

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
MESTRADO

ANA BEATRIZ BRUSCO

**A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS POR RECUSA EM FORNECER
MEDICAMENTO NOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE
ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

BRASÍLIA

2020

ANA BEATRIZ BRUSCO

**A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS POR RECUSA EM FORNECER
MEDICAMENTO NOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE
ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional

BRASÍLIA

2020

ANA BEATRIZ BRUSCO

**A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS POR RECUSA EM FORNECER
MEDICAMENTO NOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

Data da defesa

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador

Filiação

Prof. Avaliador 1

Filiação

Prof. Avaliador 2

Filiação

Prof. Avaliador 3 (Se houver)

Filiação

PARA GUSTAVO, MARIA ELIDIA,
NICOLAU E ANDRÉ.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	8
1 DANO MORAL E SUA QUANTIFICAÇÃO	15
1.1 ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DE DANO MORAL 15	
1.2 POR QUE INDENIZAR O DANO MORAL?	19
1.3 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL	25
1.4 A VISÃO DO STJ SOBRE A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL.....	32
1.4.1 As funções da indenização de danos morais na jurisprudência do STJ.....	32
1.4.2 O método bifásico de quantificação de indenização.....	36
1.4.3 O papel uniformizador do STJ.....	38
2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA RESPONSABILIDADE CIVIL	41
2.1 O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	42
2.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE DANOS <i>LATO SENSU</i>	48
2.2.1 Teorema de Coase.....	55
2.2.2 A fórmula de Learned Hand	57
2.2.3 Cheapest cost avoider	58
2.2.4 Apuração de indenização para danos imateriais.....	59
2.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE DANOS INTENCIONAIS.....	62
2.3.1 Análise econômica dos danos intencionais cíveis	62
2.3.2 Análise econômica do crime.....	64
2.4 INDENIZAÇÃO POR QUEBRA DE CONTRATO NA ANÁLISE ECONÔMICA	67
3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA NA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS POR RECUSA AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO EM CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	70
3.1 O ARTIGO 20 DA LINDB E AS CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES JUDICIAIS	70

3.2 PROPOSTA DOGMÁTICA PARA A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS.....	76
3.3 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA RECUSA de medicamento EM CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO TJDFT	85
3.1 Dano moral decorrente da recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar sem dano à saúde.....	85
3.2 Análise da jurisprudência do STJ	87
3.3 Análise da jurisprudência do TJDFT	89
3.4 Achados após a análise	94
CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	101
APÊNDICE.....	107
I – Planilha de julgados do STJ	107
II – Planilha de julgados do TJDFT.....	117
III – Gráficos com valores das condenações	125

RESUMO:

Nesse trabalho, estudou-se a quantificação de danos morais nos casos de recusa ao fornecimento de medicamentos por prestadoras de assistência à saúde sob a perspectiva da análise econômica do Direito. O objetivo central foi analisar em que medida essa disciplina pode contribuir para o julgador quantificar danos morais nessa espécie de lesão. Utilizou-se a metodologia de revisão bibliográfica sobre danos morais, aliada ao estudo da visão do STJ, para investigar as funções da indenização por danos morais e como se fazer a quantificação. Ainda, revisou-se a bibliografia da análise econômica do Direito de danos para procurar contribuições que a disciplina fornece na apuração do dano extrapatrimonial e se analisou os julgados mais recentes do STJ e do TJDFR para testar a proposta dogmática apresentada. Os objetivos específicos foram de compreender as razões de se indenizar danos morais e quais as funções que a indenização deve cumprir, investigar o método bifásico do STJ, analisar como deve ser feita a quantificação por danos morais no caso selecionado, com base nos conceitos de análise econômica do Direito estudados. Conclui-se que o método bifásico necessita ser implementado na prática judicial e que a análise econômica do Direito é capaz de fornecer instrumentos para a atualização dessa forma de quantificar danos morais, à luz do disposto no art. 20 da LINDB, bem como de propiciar melhor tutela da dignidade humana ao permitir a avaliação das consequências práticas das decisões judiciais e a geração dos incentivos adequados aos agentes em casos futuros.

Palavras-chave: dano moral – quantificação – análise econômica do Direito – medicamento.

ABSTRACT:

In this work, the valuation of nonpecuniary losses in the cases of refusal to supply medicines by health care providers was studied from the perspective of the economic analysis of the Law. The central objective was to analyze the extent to which this discipline can contribute for the judge to value nonpecuniary losses in this type of injury. The methodology of bibliographic review on nonpecuniary losses was used along with the study of the STJ's vision, to investigate the functions of the indemnity for nonpecuniary losses and how to make the valuation. It was also reviewed the bibliography of the economic analysis of the Law of damages in order to seek for the contributions that the discipline provides in the determination of nonpecuniary losses damage and the most recent judgments of the STJ and TJDFT were analyzed to test the dogmatic proposal presented. The specific objectives were to understand the reasons for indemnifying nonpecuniary losses and what functions the indemnity should fulfill, to investigate the STJ's biphasic method and to analyze how the valuation for nonpecuniary losses should be done in the selected case, based on the concepts of analysis economic law studied. It was concluded that the biphasic method needs to be implemented in judicial practice and that the economic analysis of the Law is capable of providing instruments for updating this way of quantifying nonpecuniary losses, in the light of the provisions of art. 20 of LINDB (act that introduces the rules of Brazilian Law), as well as providing a better protection of human dignity by allowing the assessment of the practical consequences of judicial decisions and the generation of adequate incentives for agents in future cases.

Keywords: nonpecuniary losses – valuation – economic analysis of law – medication.

INTRODUÇÃO

A aproximação entre Direito e Economia busca avaliar as consequências práticas das normas jurídicas e das decisões judiciais e compreende que o Direito não pode ser alheio à realidade concreta. Este trabalho estudará em que medida a interdisciplinaridade da análise econômica do Direito pode auxiliar o julgador na quantificação de danos morais nos casos de recusa ao fornecimento de medicamentos por prestadoras de assistência à saúde¹.

A avaliação das consequências práticas das decisões judiciais permite aferir se a tutela dos bens jurídicos é adequada. A quantificação dos danos morais, sob essa perspectiva, deve levar em consideração a lesão extrapatrimonial sofrida e os reflexos do montante apurado sobre a conduta dos agentes envolvidos em casos futuros, a fim de se atingir a proteção desejada do bem jurídico lesado.

Enquanto ainda se debatia sobre a possibilidade ou não de indenizar o dano moral, a principal objeção que se colocava era a dificuldade de apurar seu valor, de quantificar a indenização a ser fixada². A essa objeção, respondeu-se que os percalços enfrentados na fixação da indenização não podem servir de óbice à reparação ou de pretexto para deixar impune a violação a bens jurídicos extrapatrimoniais³.

A resposta à objeção se sagrou vitoriosa no debate jurídico e hoje não há mais controvérsia acerca da possibilidade de reparação por danos extrapatrimoniais. A dificuldade indicada na objeção, contudo, permanece. Uma das tarefas mais difíceis com que se depara o magistrado é atribuir um valor à indenização por danos morais.

As demandas que versam sobre danos morais apreciam a violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana, que cause um prejuízo material, viole um direito da pessoa ou que consista na prática de um mal ou uma perturbação à dignidade do seu titular, ainda que não se reconheça categoria jurídica específica⁴.

¹ O trabalho utiliza a expressão “prestadoras de assistência à saúde” para abranger de forma ampla e indistinta as formas contratuais de assistência à saúde.

² Essa objeção é tratada amplamente na doutrina, como se observa na obra em CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 91 e ss; CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 38 e ss; e SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 160 e ss. Para uma abordagem histórica e de direito comparado mais ampla: DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 846 e ss.

³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 849.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 184.

Não há correlação monetária direta entre os bens jurídicos violados e a lesão praticada. Cuida-se, em verdade, de quantificar o inestimável. Como atribuir um valor à perda de um ente querido? Ou ao vexame sofrido em exposição indevida da vida privada? Ou, ainda, às angústias experimentadas em razão da recusa indevida de medicamento quando a saúde da pessoa, ou mesmo sua sobrevivência, está em jogo?

A questão é tormentosa. Complica-se ainda mais com a possibilidade de redução equitativa do *quantum* indenizatório pelo magistrado em razão da capacidade econômica do ofensor, da excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano e para os casos de injúria, difamação e calúnia⁵.

A despeito dessas dificuldades, o método de quantificação dos danos morais pelo arbitramento judicial foi o adotado pelo legislador. “Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.”⁶.

Cumprido ao julgador se cercar do instrumental adequado para realizar a árdua tarefa, pois como legislador estabeleceu o “[...] arbitramento fundado exclusivamente no bom senso e na equidade, ninguém além do próprio juiz está credenciado a realizar a operação de fixação do quantum com que se reparará a dor moral.”⁷.

Os critérios de bom senso, equidade e prudente arbítrio não oferecem um campo seguro para se determinar qual o valor a ser indenizado à vítima. É preciso quantificar o dano moral de modo a compensar adequadamente a vítima e, como adverte Aguiar Dias, “Cumprido, porém, que o juiz não permita que a parte converta essa verba em enriquecimento ilícito, nem mesmo em imposição de ônus desarrazoados ao responsável.”⁸.

Assim, a quantificação de indenização por danos morais não possui critério estabelecido na lei, cabe ao julgador estimar o valor devido segundo seu prudente arbítrio e há necessidade de se fazer interpretação de valores jurídicos abstratos relativos à dignidade humana.

⁵ Veja-se: “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.”, “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” e “Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.”. 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/2002/110406.htm>. Acesso em 1º jul. 2020.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 91.

⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. em e-book. Rio de Janeiro, Forense, 2016, cap. I, p. 44.

⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 872.

A fixação inadequada do montante indenizatório pode, ao invés de proteger o bem jurídico, incentivar sua ofensa com a distorção de incentivos aos agentes. É célebre a indenização fixada no *The General Motors Malibu Fuel Tank case*⁹.

Patricia Anderson, seus quatro filhos e um amigo da família estavam indo para casa, depois de saírem da igreja, na noite de natal de 1993. Ao pararem no sinal vermelho, um motorista embriagado atingiu a parte de trás do veículo. O veículo pegou fogo. As pessoas dentro do automóvel Malibu sofreram queimaduras severas e uma das crianças teve seu rosto desfigurado e perdeu sua mão direita.

O incêndio aconteceu em razão de um defeito no veículo. Os engenheiros automobilísticos tinham ciência desse defeito e da forma de corrigi-lo. Ainda assim, a GM escondeu do público, dos reguladores e das Cortes de Justiça esses fatos por 27 anos.

Foi revelado no processo um memorando interno (o famoso *Ivey Memo*) que trazia o cálculo do custo estimado de consertar todos os veículos em comparação com as condenações judiciais por danos deles decorrentes. Constatou-se que era mais barato pagar as indenizações do que fazer o *recall* e consertar o defeito.

Por conta disso, foi fixada indenização de US\$ 4,9 bilhões, de forma que fosse mais caro pagar a indenização do que permitir novas demandas judiciais.

O caso ilustra bem como as decisões judiciais antecedentes estavam gerando incentivos para se repetir a ofensa ao bem jurídico. A dosagem inadequada dos danos morais vulnerou ainda mais as pessoas e as sujeitou a ulteriores lesões.

Esse julgado também revela não ser possível ao julgador ficar alheio às consequências práticas de suas decisões. É preciso aproximar o direito dos fatos da vida que ele regula, ter em perspectiva os incentivos da matriz institucional por ele criada, levar em consideração as consequências práticas das decisões judiciais.

Por instituição, deve se compreender o aparato normativo, as regras gerais de interação social. Organizações, por seu turno, são grupos de indivíduos que se unem ligados por um conjunto de regras específicas¹⁰. A matriz institucional cria incentivos, que podem ser bons ou ruins.

As organizações criadas refletem as oportunidades oferecidas pela matriz institucional. A matriz institucional corresponde à sinalização da sociedade aos agentes privados e à forma

⁹ A notícia do caso está disponível na página do New York Times: < <https://www.nytimes.com/1999/07/10/us/4.9-billion-jury-verdict-in-gm-fuel-tank-case.html>>. Acesso em 1º jul. 2020.

¹⁰ NORTH, Douglass. An introduction to institutions and institutional change. In **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511808678.003, 1990, pp. 3-10.

de regência da atuação dos agentes do Estado. Se o aparato normativo recompensa determinada prática, sua ocorrência se dará de modo mais frequente. É dever do Estado buscar promover os bons incentivos.

As decisões judiciais trazem regras jurídicas para os casos concretos colocados sob análise do julgador, mas também geram expectativas aos agentes quanto a casos futuros, por meio de efeitos prospectivos, de segunda ordem. Assim, essas decisões compõem, juntamente com a legislação e as normas expedidas pelo Poder Executivo, a matriz institucional do país.

Nesse contexto, o julgador deverá estar atento aos incentivos que suas decisões irão gerar na sociedade. No que toca à quantificação dos danos morais, deve se pautar nas balizas da justa punição e da dissuasão, com o cuidado de não causar a banalização das demandas, o enriquecimento sem causa e o fomento à indústria do dano moral.

A positivação da preocupação com as consequências práticas das decisões judiciais no Brasil veio com a edição da Lei nº 13.655/2018, que inseriu o artigo 20 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹¹. Passou-se a prever, expressamente, a necessidade de as decisões judiciais considerarem suas consequências práticas quando se valerem de valores jurídicos abstratos.

A consideração das consequências práticas das decisões judiciais é, justamente, o escopo da análise econômica do Direito. Cuida-se de disciplina que visa estudar o Direito, com o manejo do instrumental da Economia, para expandir a compreensão e o alcance das normas jurídicas e das decisões judiciais, aperfeiçoar seu desenvolvimento, observar sua aplicação e avaliar seus efeitos, tendo sempre em mente suas consequências práticas¹².

Para os economistas, as normas e as decisões judiciais são incentivos para a mudança de comportamento, consistem em preços implícitos e operam como instrumentos para

¹¹ Confira-se: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” e “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 1º jul. 2020.

¹² GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Foco, 2019, p. 01.

determinados objetivos. O Direito precisa da Economia para entender suas consequências no comportamento das pessoas¹³.

A concepção que contribui para a efetividade das decisões judiciais confere melhor proteção ao bem jurídico. Ademais, a racionalidade e a confiança na jurisdição atuam no combate à loteria judicial e na construção de matriz institucional adequada.

O intuito da inserção dos novos artigos à LINDB foi, justamente, promover a segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais, aliando aspectos práticos à fundamentação dos julgadores. A análise econômica contém instrumental teórico capaz de auxiliar nessa tarefa de aproximação do Direito aos fatos que regula.

As dificuldades apresentadas na quantificação dos danos morais são enfrentadas pela jurisprudência. Na tentativa de superar esse problema e de trazer alguma racionalidade para os valores das condenações, o Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o tema, criou o método bifásico e passou a admitir a revisão das quantias fixadas na instância recursal especial em hipóteses de quantias consideradas irrisórias ou exorbitantes.

O método geral criado pelo STJ se incorporou ao nosso sistema normativo de balizas ao julgador e melhorou o aparato à disposição dos juízes. Não resolveu, contudo, a questão por completo, tanto que o recurso especial e seus sucedâneos recursais continuam a ser empregados para uniformização dos montantes indenizatórios¹⁴.

Ainda, quando concebida essa forma de apuração do dano extrapatrimonial pela Corte Superior, não havia sido inserido o art. 20 na LINDB e o método nada menciona sobre as consequências práticas das decisões.

Dessa forma, é necessário avaliar como tem sido feita a utilização do método bifásico, com vistas a buscar a aplicação que promova a segurança jurídica e a sistematicidade da quantificação dos danos morais, propósitos esses que justificaram sua concepção pelo STJ, e atualizar a metodologia de quantificação, para incorporar a consideração das consequências práticas da decisão.

Nesse contexto, o objetivo central deste trabalho é investigar em que medida a análise econômica do Direito pode auxiliar o julgador na quantificação do dano moral em caso de recusa a fornecimento de medicamentos por prestadoras de serviço na área da saúde.

¹³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 9.

¹⁴ A busca por “dano e moral e revisão e valor” na pesquisa de jurisprudência do STJ realizada em 06.07.2020 retornou mais de oito mil resultados de acórdãos publicados, sendo 287 julgados em 2020, a demonstrar que a necessidade de uniformização ainda se mostra presente e a dificuldade na quantificação dos danos morais está longe de ser resolvida.

Os objetivos específicos são compreender a justificativa para se indenizar o dano moral e quais as funções que a indenização deve cumprir, investigar o método bifásico do STJ enquanto meio para conferir maior racionalidade e previsibilidade nas indenizações fixadas por recusa indevida ao fornecimento de medicamentos, analisar como deve ser feita a quantificação de danos morais e quais os conceitos da análise econômica do Direito que podem ser utilizados para tanto.

A metodologia a ser utilizada consiste na revisão bibliográfica, aliada ao estudo da jurisprudência do STJ, sobre dano moral, suas funções e as formas de quantificação. Será estudada a jurisprudência da Corte Superior por se tratar do Tribunal responsável pela interpretação da legislação infraconstitucional e ser a última instância que avalia questões referentes aos danos morais e valores indenizatórios.

Também será feita revisão bibliográfica da análise econômica do Direito de danos, com o fim de encontrar as contribuições da disciplina para o caso de quantificação de indenização extrapatrimonial decorrente da recusa ao fornecimento de medicamentos por prestadora de serviços de assistência à saúde.

O trabalho procura trazer para o Direito as contribuições da análise econômica. Assim, a revisão bibliográfica de análise econômica será feita de forma a se tornar mais acessível possível à linguagem do Direito. Por isso, não se fará uso de fórmulas ou se repetirá demonstrações de achados da análise econômica. Estes podem ser encontrados na vasta bibliografia sobre análise econômica do Direito. Neste trabalho, as conclusões do estudo dos direitos de dano serão o ponto de partida para a análise a ser feita.

A partir dos conceitos trabalhados na revisão bibliográfica e no estudo da jurisprudência do STJ sobre danos morais, serão analisados os cem julgamentos mais recentes do STJ e do TJDFR sobre quantificação de danos morais em recusa ao fornecimento de medicamentos. Da Corte Superior, por se tratar da última instância que avalia questões referentes aos danos morais e valores indenizatórios e do TJDFR por ser Tribunal que reanalisa fatos e provas ordinariamente e não apenas de maneira excepcional, por ser a sede da pesquisa e em função da relação da pesquisadora com a Corte e por se tratar do Tribunal de segunda instância situado no centro político do País, que conta maior proximidade aos Tribunais Superiores, inclusive o STJ.

O trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, será estudado o dano moral, a justificativa de se indenizar esse tipo de lesão, sua quantificação e a visão do STJ, com a abordagem do método bifásico criado pela Corte.

O segundo capítulo traçará as premissas básicas da análise econômica do Direito que serão utilizadas nos itens seguintes e desenvolverá os estudos sobre o direito de danos. A disciplina da análise econômica trata os danos não intencionais no tópico da responsabilidade civil, os danos intencionais juntamente com os crimes e os danos contratuais com os contratos, por isso é necessário também adentrar nesses aspectos, no que for pertinente para o trabalho

Por fim, no terceiro capítulo, será abordada a alteração da LINDB e seu diálogo com a análise econômica do Direito. Após, far-se-á o estudo conjunto da bibliografia de danos morais e de análise econômica, para se consolidar uma proposta dogmática de quantificação de danos morais. Ao fim, serão analisados os cinquenta julgados mais recentes do STJ e o cinquenta julgados mais recentes do TJDFT sobre indenização por danos morais decorrentes de recusa ao fornecimento de medicamento por prestadoras de assistência à saúde.

1 DANO MORAL E SUA QUANTIFICAÇÃO

1.1 ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DE DANO MORAL

O jurista romano Ulpiano elaborou três grandes pilares do direito: *honestum vivere, alterum laedere e suum cuique tribuere*, que consistem nos preceitos de viver honestamente, não lesar outrem e dar a cada um o que é seu. A contrapartida desses direitos é dever geral, imposto a todos e no interesse da coletividade¹⁵.

O *alterum laedere* ou *neminem laedere* é a base do direito de danos. Segundo esse preceito, cada um deve viver honestamente, sem prejudicar seus semelhantes ou lhes causar danos. Há um dever amplo de não lesar¹⁶. Qualquer conduta em sentido contrário será tida como imprópria e ilícita¹⁷.

A obrigação de indenizar nasce a partir da violação desse dever geral e faz surgir o direito à reparação da parte lesada. Assim, o conceito de dano está ligado à ofensa ao preceito do *alterum laedere*, por meio da violação do dever geral e do consequente surgimento do direito à indenização.

O dano pode surgir, também, da ofensa a um dever especial, decorrente de convenção das partes em determinado negócio jurídico¹⁸. A responsabilidade civil será contratual quando a violação de direitos ocorrer no contexto de um dever especial, pactuado entre as partes envolvidas, e extracontratual se violado o dever geral de não lesar¹⁹.

Para a caracterização do dano, não se exige que a ofensa possua repercussão patrimonial direta, pois “[...] dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral [...]”²⁰. Bem jurídico deve ser entendido em sentido amplo, de forma a abarcar tanto patrimônio monetizável do sujeito, quanto os bens que compõem a tutela jurídica dada ao ser humano em sua existência digna.

Segundo Yussef Said Cahali, a noção de dano é conexa: “[...] à ideia de um efeito penoso, isto é, de uma diminuição do bem-estar, seja moral, seja material; qualquer limitação

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 56, n. 386, p. 26-35, dez. 1967.

¹⁶ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 38.

¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, cap. 1, p. 2.

¹⁸ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-4.11.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1190.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71.

conceitual que se pretenda impor à palavra *dano* mostra-se arbitrária e incompatível com os sentimentos humanos.”²¹.

Seguindo o mesmo raciocínio, Aguiar Dias explica que dano é conceito único e não se discrimina em patrimonial ou extrapatrimonial em decorrência de sua origem, mas sim quanto aos efeitos que produz. O dano moral é “[...] a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão.”²².

A diferença entre o dano material e o dano moral, portanto, será percebida não pela origem, mas sim pelos seus efeitos, como também explica Cahali²³. Dessa forma, a ação ou a omissão voluntária do agente que causar lesão ao patrimônio material ou imaterial, monetizável ou não-monetizável de outrem será capaz de gerar um dano²⁴.

Muito embora os danos material e moral tenham a mesma causa, qual seja a violação de direitos, produzirão efeitos diversos. O dano material importa numa diminuição do patrimônio atual ou futuro da parte lesada e tutela o direito de propriedade, ao passo que o dano moral gera ofensa ao bem psíquico e tutela a pessoa humana na dimensão constitucional que lhe foi dada e que se vivencia no século XXI²⁵.

A existência do dano moral decorre da proteção integral do ser humano nos aspectos corporal e psíquico²⁶. O ordenamento jurídico tutela a pessoa em sua integridade física e psíquica e na realização de seu projeto de vida. A ofensa a tais aspectos gera lesão de um bem jurídico e, portanto, dano.

A concepção tradicional de dano moral adotava um conceito negativo, segundo o qual dano moral seria todo dano não-patrimonial. Conceituava-se essa espécie de lesão como as ofensas praticadas contra bens jurídicos do sujeito que não resultassem na diminuição do seu patrimônio.

Héctor Valverde Santana propõe que se abandone o conceito negativo, ou por exclusão, de dano moral e enfatiza a necessidade de se focar a lesão ou a privação de um direito da personalidade, que independe de repercussão patrimonial direta²⁷.

²¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

²² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 850-851.

²³ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 18.

²⁴ REIS, Clayton. **Dano moral** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-2.1.

²⁵ REIS, Clayton. **Dano moral** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-2.3-rb.2.4.

²⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 17.

²⁷ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-4.10.

A Constituição Federal trouxe novo paradigma e colocou a pessoa humana no centro da ordem jurídica. Não mais se orienta o direito positivo, primordialmente, pela tutela do patrimônio. A dignidade humana foi alçada a fundamento da República Federativa do Brasil²⁸ e, nessa mudança de perspectiva patrimonialista para personalista²⁹, passou a ser a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.

Por isso, conforme explica Cahali, entende-se que “[...] dano moral molesta direitos inerentes à personalidade do ser humano e a sua reparação tem por objeto interesses juridicamente protegidos e definidos”³⁰.

Assim, o dano moral pode ser concebido como a violação do direito à dignidade³¹, porquanto essa dignidade é a base e a essência dos bens jurídicos relativos à integridade física e psíquica da pessoa e a seu direito a um projeto de vida. Os bens jurídicos a ele pertinentes são definidos e tutelados pelo ordenamento jurídico, como aspectos da existência digna.

Como explica Paulo Gonet, o princípio da dignidade humana inspira os típicos direitos fundamentais e atende às exigências do respeito à vida, à liberdade, a integridade e à estima de cada um. Ao mesmo tempo, esse princípio traz em si a necessidade de se limitar o poder, prevenir o arbítrio e a injustiça³².

Maria Celina Bodin de Moraes esclarece acerca do dano extrapatrimonial: “[...] tanto será dano moral reparável o efeito não-patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial (hipótese de dano moral subjetivo), quanto a afronta a direito da personalidade (dano moral objetivo), sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro.”³³.

A autora conclui que dano moral é a violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana, que cause um prejuízo material, viole um direito da pessoa ou que consista na prática

²⁸ Vide art. 1º, III, da Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”. BRASIL. **Constituição Federal**. 1988 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 jun. 2020.

²⁹ A propósito da mudança do ordenamento jurídico da visão patrimonialista para a personalista, confira-se a abordagem da problemática do dano moral dada pela autora Maria Celina Bodin de Moraes. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 17-56.

³⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80.

³² BRANCO, Paulo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 140.

³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 157.

de um mal ou uma perturbação à dignidade do seu titular, ainda que não se reconheça categoria jurídica específica³⁴.

Dessa forma, estará caracterizado o dano moral quando houver a lesão a um direito patrimonial que acarrete efeitos não-patrimoniais³⁵, bem como nos casos de ofensa direta a um aspecto da personalidade do sujeito³⁶.

Não se exige a presença de reação psíquica da vítima. A existência de dor, sofrimento, angústia, tristeza, vexame ou humilhação não é essencial para que se configure a lesão extrapatrimonial. Há dano moral com a mera violação da dignidade, ainda que não se verifiquem alterações anímicas no sujeito e independentemente de haver ou não categoria jurídica específica para o aspecto da dignidade violado³⁷.

O dano extrapatrimonial é, portanto, a lesão à dignidade humana, é o dano com efeitos extramateriais que abarca os aspectos existenciais do ser humano. Funda-se na iníqua lesão, de qualquer ordem ou natureza, à pessoa, com efeitos nas situações jurídicas existenciais³⁸.

Cuida-se de dano causado por ofensa que atinja um patrimônio imaterial da vítima, desvinculado de qualquer expressão econômica imediata. Pode ter reflexos íntimos consistentes em dor, humilhação, tristeza, vergonha e sentimentos afins, ou externos, prejudicando a fama ou reputação³⁹, embora tais reflexos não sejam essenciais à sua caracterização.

A configuração do dano moral está, também, ligada à frustração do projeto de vida da pessoa. É o atentado à forma de realização da pessoa em sua vocação, é a lesão a afetos e a sentimentos, a sua desfiguração física ou dos seus sentidos, o menoscabo à vida, à integridade, à liberdade, à honra, à vida privada e às relações no meio social⁴⁰.

Como dano moral pode ocorrer com qualquer violação a direitos da personalidade, as pessoas jurídicas são potenciais vítimas de tais lesões, pois gozam de proteção quanto a esses direitos⁴¹.

³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 184.

³⁵ A título de exemplo de dano moral resultante da lesão a um direito patrimonial, cita-se o caso de cancelamento de voo internacional, como decidido pelo STJ no AgInt no AREsp 1612595/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24/08/2020, DJe 15/09/2020.

³⁶ A ofensa direta a aspecto da personalidade pode ser exemplificada no caso de publicação difamatória de matéria jornalística, conforme julgado pelo STJ no REsp 1681339/PI, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/09/2020, DJe 18/09/2020.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80.

³⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008, 201.

³⁹ REIS, Clayton. **Dano moral** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-2.6.

⁴⁰ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 114.

⁴¹ Nesse sentido, há previsão expressa do Código Civil, confira-se: “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o

O dano moral poderá ser pessoal ou direto, quando atingir a dignidade da própria vítima, ou indireto, derivado ou por ricochete, quando alcançar terceiro ligado à vítima ou um objeto de estima. Será, ainda, objetivo, puro ou presumido (*in re ipsa*) nos casos em que independer de prova da lesão e se contentar com a demonstração do ato ilícito e subjetivo ou impuro se necessária a demonstração dos danos morais sofridos⁴².

1.2 POR QUE INDENIZAR O DANO MORAL?

A Constituição Federal dispõe expressamente sobre o cabimento do dano moral, ao elencá-lo juntamente ao direito de resposta e à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem⁴³. Além disso, prevê a competência da Justiça do Trabalho para julgar causas em que se discuta danos morais decorrentes da relação de trabalho⁴⁴, de forma a explicitar a possibilidade desse tipo de demanda.

O legislador infraconstitucional, por seu turno, consagrou o princípio da reparação integral no art. 944 do Código Civil⁴⁵. Como ressalta Aguiar Dias, a orientação legislativa de que é indenizável o dano moral vem, ainda, do art. 186 do CC⁴⁶, que estabelece ser reparável todo tipo de dano⁴⁷.

Se todo o dano é indenizável e o montante reparatório deve se medir pela extensão da lesão, não restam dúvidas de que também o dano moral foi objeto de tutela jurídica. Não se fez diferenciação entre o dano monetizável e o não-monetizável. A extensão da lesão pode

Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 28 maio 2020.

⁴² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008, p. 202.

⁴³ “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: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”. BRASIL. **Constituição Federal**. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 1º jul. 2020.

⁴⁴ “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;”. BRASIL. **Constituição Federal**. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 1º jul. 2020.

⁴⁵ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 1º jul. 2020.

⁴⁶ “Art. 186. 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. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 1º jul. 2020.

⁴⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 861.

transcender o patrimônio da vítima e afetar aspectos de sua dignidade, que também merecem ser levados em conta no momento da fixação do montante da indenização.

O princípio da reparação integral, como explana Silvano Flumigan, pode ser decomposto em três valores: fundante, sistemático e dogmático. O valor fundante decorre da razão de ser da responsabilidade civil, em que se busca o retorno ao estado anterior ao dano como medida de justiça. O valor sistêmico diz respeito à organização da indenização com base na reparação. O valor dogmático consiste em ser essa a diretriz fundamental a ser utilizada pela jurisprudência na quantificação da indenização⁴⁸.

A dificuldade da quantificação não pode impedir sua reparação. Não se questiona o cabimento da indenização por danos materiais, ainda que trabalhosa, demorada e complexa sua liquidação. Ao contrário, busca-se superar tais obstáculos com a previsão de diferentes formas de liquidação de sentença⁴⁹.

De igual modo, os percalços para se chegar ao *quantum* da compensação por ofensa extrapatrimonial não podem servir de pretexto para se esvaziar a tutela jurídica ao dano moral e deixar impune a infração à dignidade e aos direitos da personalidade da vítima, sob pena de se estimular novas agressões⁵⁰.

Como o dano moral consiste em ofensa à pessoa na dimensão de sua dignidade, recusar tutela jurídica à vida, à liberdade e à honra se revela injusto⁵¹. São muitas as dificuldades em encontrar a adequada proteção da pessoa humana com uso do mecanismo da responsabilidade civil e a reparação natural se mostra quase sempre impossível.

A honra maculada não se restaura plenamente, ainda que publicada a retratação da matéria jornalística ofensiva. O dano estético pode ser atenuado por cirurgias reparadoras e, mesmo assim, deixar marcas permanentes no corpo da vítima. Não há como desfazer a exposição indevida da vida privada e a perda de um ente querido jamais será compensada, por maior que seja o ônus patrimonial imposto ao agente causador do dano.

A reação extrapenal à violação dos bens que se configuram como objeto de direitos da personalidade se justifica na tutela direta do interesse privado e se concretiza em um direito do

⁴⁸ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A distinção entre dano moral, dano social e *punitive damages* a partir do conceito de dano-evento e dano-prejuízo: o início da discussão. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Recife, v. 87, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1588>>. Acesso em 17 out. 2020.

⁴⁹ Artigos 509 a 512 do Código de Processo Civil. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 81.

⁵¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

sujeito prejudicado⁵². A dificuldade imposta pela sua quantificação não deve deixar ao desamparo jurídico a vítima da ofensa ou tornar inútil a tutela constitucional da dignidade humana.

O objetivo principal do Direito Civil é o pleno desenvolvimento do projeto de vida de cada pessoa⁵³. A reparação de danos morais é um dos instrumentos legais voltados a assegurar a concreção desse objetivo, pois confere compensação à vítima do ilícito, contribui para o sentimento de justiça e de valoração da dignidade humana e exterioriza a não aceitação da lesão praticada pela ordem jurídica.

Para Yussef Cahali, a regra geral da reparação de danos, *neminem laedere*, possui natureza mista de tutela e punição, pois: “O dever de indenizar representa por si a obrigação fundada na sanção do ato ilícito.”⁵⁴

Em posicionamento similar, Humberto Theodoro Junior, sustenta que a reparação assume o caráter de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral e cumpre o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência⁵⁵.

A sanção jurídica tem como função garantir o cumprimento do preceito. Sua natureza é híbrida, tanto de satisfação do interesse anteriormente sacrificado e de aflição imposta àquele que violou o direito⁵⁶. Assim, a natureza punitiva dos danos morais se evidencia da necessidade de garantir o cumprimento do preceito legal que tutela a dignidade humana e para punir aquele que ofendeu o bem jurídico.

Em verdade, o fundamento do dever de indenizar danos morais é similar ao da reparação dos danos materiais. O ordenamento jurídico não tolera a perda ou a diminuição injusta de um bem jurídico, seja ele material ou imaterial, monetizável ou não-monetizável.

A indenização se justifica pela privação de bem-estar oriunda do uso e gozo dos direitos da personalidade do titular do interesse lesado. A compensação monetária possibilita que a vítima se valha da indenização para fazer desaparecer, neutralizar ou atenuar os efeitos do ilícito. Ainda, o injusto não pode ficar sem sanção⁵⁷.

Héctor Valverde Santana aponta as finalidades compensatória, punitiva e preventiva. Caracteriza a primeira como meio de satisfação da vítima em razão da privação ou da violação

⁵² CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Afonso Celso Furtado Rezende (trad.). São Paulo: Quorum, 2008, p. 45.

⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 140.

⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

⁵⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, cap.1, p. 3.

⁵⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

⁵⁷ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 65-68.

de seus direitos da personalidade. A finalidade punitiva serve para sancionar o agente causador do dano. A prevenção deve ser entendida como medida de desestímulo e de intimação não só do ofensor, mas de todos os integrantes da coletividade⁵⁸.

Nessa mesma linha, Clayton Reis descreve as mesmas finalidades da reparação civil e acrescenta que a compensação ou reparação se volta para a vítima, a prevenção para os danos que podem ocorrer no futuro e a punição ao ofensor⁵⁹.

O caráter punitivo da indenização por danos morais não é aceito pacificamente. Alguns autores sustentam não ser possível a utilização desse critério para a quantificação da reparação extrapatrimonial. Argumentam, em síntese, não haver previsão legal, o ensejo à insegurança jurídica e a dupla punição ao ofensor.

Para Pablo Frota, o sistema jurídico brasileiro não contemplou o caráter punitivo do dano moral⁶⁰, a natureza punitiva imporia dupla punição ao ofensor quando o mesmo fato for previsto como tipo penal⁶¹ e a utilização desse critério de fixação geraria insegurança ao jurisdicionado pela disparidade grande entre condenações.

O autor admite, excepcionalmente, que se considere a função punitiva nas hipóteses de dano social⁶². Dessa forma, as condenações por dano moral não comportariam, em regra, o critério sancionador da lesão para sua fixação, salvo se atingidas muitas pessoas ou se tratasse de fragmentação tal dos danos, que as demandas individuais fossem insuficientes para a fixação satisfatória do montante indenizatório.

Maria Celina Bodin de Moraes também critica a função punitiva do dano moral e argumenta que a fixação de uma parcela punitiva no *quantum* indenizatório gera insegurança e imprevisibilidade das decisões judiciais e que há paradoxo em se compensar a vítima sem gerar seu enriquecimento ilícito e punir adequadamente o ofensor. A autora ainda destaca o incentivo à mercantilização das relações existenciais e a falta de previsão legal da função punitiva⁶³.

Theodoro Junior aponta uma razão ética para o caráter punitivo da indenização por danos morais, pois a indenização serviria não só ao ressarcimento do psiquismo afetado pela

⁵⁸ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-5.1.

⁵⁹ REIS, Clayton. **Dano moral** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-3.2.

⁶⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008, p. 215.

⁶¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008, p. 221.

⁶² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008, p. 226-227.

⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30-33.

conduta lesiva, mas também como sanção em face do ofensor, tendente a inibir ou desestimular a repetição de condutas semelhantes⁶⁴.

Quanto à crítica de insegurança jurídica, idêntica objeção pode ser colocada em relação a todo e qualquer dano moral fixado, pois não existem parâmetros legais específicos para sua quantificação. A resolução da questão da insegurança jurídica, da imprevisibilidade e das disparidades das condenações passa pela uniformização da jurisprudência e pelo estabelecimento de *standards* gerais e particulares, conforme cada tipo de violação à dignidade, para a apuração dos danos morais.

Em relação ao argumento da falta de previsão legal dessa função, cabe a ponderação de que não há previsão legal alguma sobre a forma de cálculo da indenização ou suas funções. Não se pode concluir, de antemão, que a fixação equitativa pelo magistrado, com base na razoabilidade e na proporcionalidade, exclui por completo a punição ao ofensor.

Por outro lado, não é possível dizer que fixação do mesmo montante de indenização por danos morais nos casos de nenhuma diligência e de diligência insuficiente pelo causador dos danos observa o princípio da isonomia.

A objeção do *bis in idem* na punição ao causador dos danos pode ser superada pela ponderação do cumprimento de sanção penal pelo ofensor no momento da fixação do montante punitivo da indenização por danos morais, bem como pela independência relativa das instâncias penal, administrativa e civil, tão sedimentada na jurisprudência dos Tribunais Superiores⁶⁵.

A mercantilização dos danos morais, por seu turno, está mais relacionada ao que se considera dano moral, ao tipo de lesão extrapatrimonial que merece a tutela jurídica, do que ao montante. Ou o fato é contrário ao direito e a vítima faz jus à compensação monetária, ou não é contrário ao direito e inexistente o dever de indenizar.

A perseguição em juízo da reparação não deve ser combatida pelo número de demandas por si só. Desde que tenham, efetivamente, ocorrido todas as lesões que resultaram em demandas judiciais, as vítimas devem ter seus prejuízos reparados. A banalização dos danos

⁶⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, cap. 1, p. 42.

⁶⁵ A título de exemplificação, confira-se os seguintes julgados do STF: ARE 691306 RG, Relator(a): Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/2012, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - mérito DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012; AI 747753 AgR, Relator(a): Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJe-207 DIVULG 27-10-2010 PUBLIC 28-10-2010 EMENT VOL-02422-02 PP-00325; MS 22899, Relator(a): Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2003, DJ 16-05-2003 PP-00109 EMENT VOL-02110-02 PP-00279 e HC 86047, Relator(a): Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 18-11-2005 PP-00010 EMENT VOL-02214-02 PP-00207. Ainda, os julgados do STJ: AgInt no RMS 58.931/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 28/09/2020, DJe 30/09/2020; AgRg no AREsp 1664039/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/09/2020, DJe 21/09/2020; EDcl no MS 25.222/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 10/06/2020, DJe 14/08/2020 e AgRg no HC 509.346/RN, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020.

morais resulta do tratamento dos famosos “meros aborrecimentos” ou “dissabores” como situações lesivas à dignidade humana.

Diminuir o montante indenizatório para desestimular novas demandas judiciais por quem, de fato, teve sua dignidade afetada vai de encontro à tutela constitucional da dignidade humana. A leitura da compensação deve ser feita em benefício da vítima e não do agente, nunca para desestimular o ingresso em juízo.

Por fim, quanto ao argumento de ser contraditória a conciliação da função punitiva com o enriquecimento ilícito da vítima, o critério da punição do ofensor não é suficiente para mudar radicalmente a condição socioeconômica da vítima, bem como é possível se utilizar da vedação ao enriquecimento ilícito como balizador do máximo do *quantum* indenizatório.

A defesa da função punitiva se baseia na jurisprudência dos tribunais brasileiros, mormente do STJ⁶⁶ e na necessidade de censura do agente ofensor pela prática do ato atentatório aos direitos da personalidade de outrem⁶⁷.

Não se confunde a função punitiva com a indenização punitiva. A primeira diz respeito à consideração do grau de culpa ou do dolo do agente, o nível de diligência adotado no caso concreto e a necessidade de reprimenda da lesão praticada.

Já o dano moral punitivo ou *punitive damages* aplicado ao dano moral consiste na superação da equivalência entre a compensação e a lesão. Aplica-se apenas em casos excepcionais, nos quais há condutas dolosas ou com culpa grave, depende de previsão legal específica e não está, necessariamente, atrelado à violação de direito da personalidade, podendo ter origem, inclusive, na quebra de contrato que gere apenas danos materiais⁶⁸.

A adoção da indenização punitiva no Brasil é extremamente controversa e, mesmo quando admitida, restringe-se a casos excepcionalíssimos. Cavalieri Filho, por exemplo, admite a indenização punitiva quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável, pois exercido com dolo ou culpa, ou, ainda que sem culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou reiterar a ofensa⁶⁹.

⁶⁶ Destaca-se o entendimento do STJ por se tratar da Corte Superior responsável por fixar a interpretação da legislação infraconstitucional. As funções da indenização do dano moral na jurisprudência do STJ serão abordadas no tópico 1.4.1.

⁶⁷ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-5.2.

⁶⁸ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A distinção entre dano moral, dano social e *punitive damages* a partir do conceito de dano-evento e dano-prejuízo: o início da discussão. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Recife, v. 87, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1588>>. Acesso em 17 out. 2020.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 95.

Embora não exista regra expressa que admita o dano moral punitivo no ordenamento jurídico brasileiro, sua aceitação passaria pela mudança de paradigma da responsabilidade civil, que hoje atende a dois objetivos: prevenção de novas ofensas, com a dissuasão de potenciais novos ofensores, e a punição, no sentido da redistribuição⁷⁰.

A discussão sobre o cabimento ou não dos *punitive damages* transborda dos objetivos deste trabalho, no qual se pretende analisar apenas a quantificação dos danos morais e não a admissão ou inadmissão dessa outra modalidade indenizatória no ordenamento jurídico brasileiro.

Como esclarecido, os danos punitivos podem ser aplicados tanto em casos de danos materiais, quanto em casos de danos morais e visam ao incremento substancial do montante indenizatório, ao ponto de romper a equivalência entre a lesão e a reparação.

Por vezes, há confusão entre os dois institutos na doutrina e na jurisprudência. Para o presente estudo, basta o registro das diferenças entre *punitive damages* e função punitiva dos danos morais e a ressalva quando for feita tal confusão de conceitos.

1.3 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

A fase de quantificação dos danos morais pressupõe o esgotamento da discussão sobre a existência do dever de reparar (*an debeatur*)⁷¹. Nessa etapa, o julgador se volta ao *quantum debetur* após ter sido verificada e demonstrada a ocorrência de violação aos direitos da personalidade da vítima.

O Código Civil estabelece que a indenização deve se medir pela extensão do dano e admite a redução equitativa do *quantum* fixado se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, bem como determina que se leve em conta eventual culpa concorrente da vítima⁷².

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94.

⁷¹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-5.4.

⁷² Disposição contida nos artigos 944 e 945 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.” e “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”. 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/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

Sobre a apuração do montante devido em obrigações indeterminadas, como é o caso dos danos morais, reporta à legislação processual⁷³. A legislação processual, por seu turno, prevê mecanismos de apuração do *quantum* devido que são pensados para determinar o prejuízo material sofrido pela parte e não o dano moral⁷⁴.

Nos casos específicos de indenização decorrente de injúria, difamação, calúnia ou ofensa à liberdade pessoal, a lei estipula que a fixação será equitativa pelo juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto⁷⁵.

Assim, o legislador estabeleceu alguns critérios a serem observados pelo julgador, como a extensão do dano, proporção da gravidade da culpa do agente e culpa concorrente da vítima. Não previu, contudo, parâmetros para o arbitramento da indenização por danos morais. Ficou a cargo do magistrado sua fixação por arbitramento, segundo seu prudente arbítrio e observadas as balizas da razoabilidade e da proporcionalidade.

Theodoro Junior explica que “A previsão legislativa do ressarcimento do dano moral está contida numa espécie de norma legal em branco, já que o legislador não fornece dado algum para delimitar o montante da reparação.”⁷⁶.

Segundo Yussef Cahali, a sanção do dano moral não resulta em uma indenização, no sentido técnico da palavra, uma vez que, para tanto, o prejuízo deveria ser eliminado. Como não é possível fulminar o prejuízo extrapatrimonial, a reparação deve ser feita por meio de uma compensação⁷⁷.

Dito de outro modo, não é possível indenizar o dano moral, pois se trata de dano a interesse não monetizado, caso em que dificilmente a parte será restituída ao estado anterior à lesão. O que se estabelece na quantificação é a compensação a ser recebida pela vítima em razão

⁷³ “Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.”. 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/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁷⁴ Nesse ponto, observa-se que o legislador processual se refere à parte líquida e ilíquida do julgado, a cálculo aritmético e à atualização financeira, mecanismos tipicamente relacionados à apuração de danos materiais e não morais. Vide artigos 509 a 512 do Código de Processo Civil. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁷⁵ A esse respeito, estabelecem os artigos 953 e 954: “Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.” e “Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.”. 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/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁷⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, cap. 1, p. 57.

⁷⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

da violação à sua dignidade, com vistas a promover a punição ao agente e a prevenir novas ofensas.

A doutrina prega que se deve evitar a indenização simbólica, em patamares irrisórios, ao mesmo tempo em que se faz necessário coibir o enriquecimento ilícito. Aguiar Dias ressalta que a avaliação foi deixada a cargo do juiz e deverá ser concedida sem que se indague o valor pago a título de indenização por danos materiais⁷⁸.

A reparação moral nunca conseguirá encontrar a perfeita equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento e, por isso, Humberto Theodoro Junior enfatiza que os critérios de sua fixação não podem descambar para rígidos cálculos aritméticos em função do patrimônio do agente ofensor ou de multiplicadores sobre dado econômico envolvido no ilícito⁷⁹.

A ausência de indagação acerca do valor pago a título de indenização por danos materiais deve ser lida com o devido temperamento. Se o dano moral tem como função punir o agente causador do ilícito e prevenir futuras lesões ao bem jurídico, pode se mostrar útil e necessária alguma avaliação relativa ao prejuízo material sofrido pela vítima.

A lesão ao direito não pode ser mais vantajosa para o ofensor do que o cumprimento da lei ou do negócio jurídico pactuado entre as partes. Isso não significa, contudo, que deva ser feita a quantificação dos danos morais sempre atrelada ao prejuízo material sofrido pela parte ou precise o *quantum* corresponder a alguma proporção ou multiplicação dos danos materiais.

Humberto Theodoro Junior propõe, ainda, que a apuração do dano moral seja feita com base no prudente arbítrio dos juízes e tendo em mente um jogo duplo de noções: punição do infrator e compensação pelo dano suportado⁸⁰. O arbitramento judicial, para ele, deverá ser equitativo e levar em consideração o nível econômico das partes e as condições da ofensa⁸¹.

Quanto ao aspecto da compensação da vítima, Theodoro Junior explica que a via satisfativa ficaria sujeita ao critério equitativo do juiz, que deve fixar quantia suficiente para indenizar a vítima, com base na razoabilidade e sem se mostrar irrisória ou exorbitante⁸².

Em relação à punição do culpado, o autor destaca a necessidade de se considerar as condições econômicas e sociais e a gravidade da falta cometida, com o limite de não se criar fonte injustificada de lucros e vantagens sem causa⁸³.

⁷⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 874.

⁷⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, cap. 1, p. 43.

⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, cap. 1, p. 38.

⁸¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, cap. 1, p. 46.

⁸² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, cap. 1, p. 41.

⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, cap. 1, p. 40.

Cavaliere Filho, em posicionamento similar, defende que a melhor forma de se fixar o dano moral é pelo arbitramento judicial, com atenção à repercussão do dano e à possibilidade econômica do ofensor. Sobre as especificidades do caso concreto, o autor pugna pela valoração deve ser compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento da vítima e as condições sociais do ofendido⁸⁴.

Yussef Cahali indica alguns critérios para a quantificação de danos morais quando aborda a compensação à violação da integridade física. O autor sustenta que devem ser levados em conta: a natureza da lesão e a extensão do dano; as condições pessoais do ofendido, especialmente a repercussão da deformidade e suas novas condições de vida; as condições pessoais do responsável e suas possibilidades econômicas; a equidade, a cautela e a prudência, pois a indenização não pode levar ao enriquecimento sem causa da vítima nem à ruína econômica do ofensor; a gravidade da culpa, se houver; a natureza e a finalidade da indenização, a qual é essencialmente reparatória⁸⁵.

Pablo Frota, além das balizas de se evitar a quantificação irrisória e o enriquecimento sem causa, destaca a horizontalidade dos direitos fundamentais e o princípio da máxima reparação. Como parâmetros específicos, defende que se afastem os critérios patrimoniais e se considere as condições pessoais (idade, saúde, profissão e estado civil da vítima), a repercussão social e a gravidade do dano⁸⁶.

Para fins de punição, nos casos em que entende cabível a utilização deste critério, o autor defende que devem ser especificados o grau de responsabilidade do lesante e a contumácia na prática de ilícitos⁸⁷.

Para Héctor Valverde Santana, a par de critérios específicos, variáveis e flexíveis de acordo com cada caso concreto, devem ser considerados: o grau de culpa do ofensor, a intensidade de alteração anímica verificada na vítima, a repercussão do ato ilícito no meio social, a situação econômico-financeira do ofensor e as condições pessoais da vítima⁸⁸.

O autor, ainda, destaca que a fundamentação da sentença que impõe o dever de indenizar deve indicar e motivar cada item considerado para encontrar o valor da indenização por danos

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 91-94.

⁸⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 637.

⁸⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008, p. 229.

⁸⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008, p. 220.

⁸⁸ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-5.4.

morais e, dessa forma, viabilizar o controle do *quantum* encontrado pelas instâncias superiores⁸⁹.

Héctor Valverde Santana se opõe à prática da tarifação do dano moral e argumenta que tal modelo atenta contra os direitos subjetivos daquele que sofreu o dano, ao transferir para a vítima o dever de suportar o valor excedente que previamente fora estipulado em lei. Destaca, sobretudo, determinados casos concretos em que se identifica grau intenso de culpa, em sentido amplo (dolo ou culpa), do ofensor e em que há significativa repercussão social do ato ilícito⁹⁰.

Antonio Jeová Santos também repudia a tarifação do dano moral e argumenta ser a tarifação rígida violadora dos princípios do direito de danos, especialmente da reparação integral⁹¹.

Sua proposta é de utilização de um método trifásico. Para o autor, a primeira fase deve considerar o interesse jurídico lesado, com base em precedentes do STJ. Após, consideram-se as peculiaridades do caso concreto, por meio do arbitramento equitativo do juiz. Por fim, a terceira e última fase consistiria em evitar a culpa lucrativa, com a graduação do dano moral para mais, de modo a abranger eventual ganho que o agente teve com a conduta lesiva⁹².

Em relação aos critérios particulares, Jeová Santos defende que a base a ser adotada leve em consideração o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano e as condições pessoais do ofendido, como idade, estado civil, sexo, atividade social, local em que vive e vínculos familiares⁹³.

O autor traz, ainda, interessante ressalva relativa ao contexto econômico do Brasil. Destaca não ser possível se pretender que as indenizações aqui fixadas atinjam patamares tão altos quanto vistos em países desenvolvidos, tendo em mente a realidade do custo-Brasil e as consequências que uma indenização exagerada pode ter⁹⁴.

Clayton Reis, de igual modo, propõe um método trifásico, mas se utiliza dos critérios de arbitramento dos *punitive damages* estabelecidos pelo *Book of Approved Jury Instructions*

⁸⁹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-5.4.

⁹⁰ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-54.

⁹¹ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 223.

⁹² SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 215-221.

⁹³ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 201-203.

⁹⁴ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 225.

(BAJI), que instrui os júris cíveis da Califórnia, quais sejam: caráter do ato praticado pelo réu, natureza e extensão do dano causado ou que se pretendia causar e a riqueza do réu⁹⁵.

A primeira fase consistiria na análise do bem jurídico atingido e das indenizações fixadas em julgamentos anteriores de casos similares. Na segunda fase, são avaliadas as peculiaridades do caso concreto (extensão do dano, natureza, gravidade e repercussão da ofensa na esfera da vítima) e, na terceira, verifica-se a necessidade de aplicação de acréscimo punitivo-pedagógico, conforme o grau de culpa e a reprovabilidade da conduta)⁹⁶.

O autor sustenta que se fixe a indenização baseada nos lucros do ofensor (*disgorgement of profits*), em que se fixa a quantidade de compensação da vítima com base na exata extensão de sua participação nos lucros ilícitos que foram auferidos pelo ofensor. Com isso, inviabiliza-se que o agente extraia valor da sua conduta ilícita⁹⁷.

Para Francisco Batista, a fixação dos danos morais deve levar em conta os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, a análise das circunstâncias do caso concreto, inclusive com apuração de eventual participação da vítima no evento danoso.

Defende a aferição das condições socioeconômicas do ofendido, como forma de evitar que a indenização seja fator de enriquecimento do lesado, e condições socioeconômicas do ofensor e benefícios que obteve com o fato. A função punitiva funcionaria como meio de se impor uma pena civil ao causador do dano⁹⁸.

A enorme polêmica que envolve a consideração ou não das condições socioeconômicas do ofendido coloca, de um lado, o princípio da isonomia, a dignidade humana não pode ser valorada segundo o potencial econômico da vítima, e, de outro, o limite da vedação do enriquecimento sem causa.

O entendimento de que a indenização por danos morais não pode mudar radicalmente as condições socioeconômicas da vítima parece indicar que deva se considerar o porte patrimonial do ofendido na fixação do *quantum*.

A contradição desaparece quando se entende que a indenização alta não implica, necessariamente, em enriquecimento ilícito da vítima. Desde que o montante se justifique pela

⁹⁵ REIS, Clayton. **Dano moral** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-3.3.

⁹⁶ REIS, Clayton. **Dano moral** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-3.9.

⁹⁷ REIS, Clayton. **Dano moral** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-3.5.

⁹⁸ BATISTA, Francisco Diego Moreira. Critérios para fixação dos danos extrapatrimoniais. **Revista de Direito**. Viçosa, v. 6, n.1, jul. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1543/716>>. Acesso em: 17 out. 2020.

relevância do interesse jurídico lesado, magnitude e extensão dos danos sofridos, repercussão social e na vida do ofendido, o valor fixado não será enriquecimento ilícito.

Afinal, o valor suficiente para modificar as condições socioeconômicas da vítima necessitaria ser de porte considerável, muito acima dos montantes usualmente praticados nos tribunais brasileiros.

Por outro lado, não há como concluir que a compensação pela morte de um ente querido, por exemplo, configura enriquecimento ilícito da vítima. A vida não tem preço e, em condições prévias ao evento lesivo, ninguém, em sã consciência, trocaria seu ente querido por montante vultoso em dinheiro ou perceberia tal troca com vantajosa, por maior que fosse o montante. Não há como se concluir que a vítima restou em situação melhor após a lesão do que antes.

Combater o enriquecimento ilícito da vítima demanda análise do interesse jurídico lesado e as soluções dadas pela jurisprudência a casos análogos ou similares. A aferição do contexto socioeconômico do ofendido não se mostra necessária para tanto e, ainda, traz em si a possibilidade de se ferir a isonomia com a fixação de patamares mais baixos de indenização para vítimas mais pobres.

Por fim, Maria Celina Bodin de Moraes enxerga na reparação integral a medida necessária e suficiente para proteger a pessoa humana nos aspectos que a individualizam e coloca o foco da indenização na vítima e não no agente causador do dano.

A autora propõe uma análise inicial das condições pessoais da vítima para depois se passar ao exame do dano, que deverá ser avaliado quanto à sua magnitude, duração e repercussão social.

Afasta a possibilidade de valoração de critérios punitivos ou que possuam pertinência com a conduta em si, tais com a proporcionalidade entre a vantagem obtida por quem o praticou e o prejuízo causado a terceiro, intenção, previsibilidade, boa-fé, utilidade⁹⁹.

Assim como Pablo Frota, admite o uso excepcional do critério punitivo quando se mostrar imperiosa a necessidade de dar uma resposta à sociedade, por se tratar de conduta particularmente ultrajante à consciência coletiva ou de prática reiterada ou lesão que afete número substancial de pessoas, como acontece em relação de consumo ou na esfera do Direito Ambiental¹⁰⁰.

⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 303-311.

¹⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 330-331.

A finalidade punitiva do dano moral já foi abordada no tópico anterior. Os critérios afetos ao grau de culpa e do seu nível de diligência do causador do dano operam como importantes fatores de consolidação da isonomia, pois colocam em patamares diferentes sujeitos que vulneram de formas diversas a dignidade humana.

Ademais, a tutela jurídica necessita de um olhar prospectivo e geral, pois as decisões judiciais servem, em alguma medida, de balizas para o comportamento futuro de pessoas em situações análogas. A prevenção de novos danos futuros depende da adequada calibragem da indenização segundo o comportamento esperado do agente.

A finalidade punitiva permite graduar a indenização conforme a diligência adotada pelo agente. A precaução, ainda que insuficiente, é preferível à ausência de diligência, pois o bem jurídico é vulnerado em menor intensidade. O critério punitivo na quantificação do dano moral incentiva a menor exposição possível da dignidade humana a ofensas.

1.4 A VISÃO DO STJ SOBRE A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

1.4.1 As funções da indenização de danos morais na jurisprudência do STJ

O estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para se compreender as funções da indenização de danos morais, o método de sua quantificação e como tem sido feita a uniformização dos casos apreciados pelo Poder Judiciário se justifica pela vocação conferida a esta Corte pela Constituição Federal.

O constituinte, ao criar o STJ, conferiu-lhe a missão institucional de guardião da legislação federal infraconstitucional e dos tratados internacionais sem *status* de emenda constitucional¹⁰¹.

A função de guardião da legislação federal infraconstitucional é extraída da competência recursal da Corte Superior, que envolve a apreciação de insurgências contra decisões que contrariem tratado ou lei federal ou lhes neguem vigência, atos de governos locais que atentem contra lei federal e sobre a interpretação da legislação federal¹⁰².

¹⁰¹ Os tratados que integram o parâmetro de controle de constitucionalidade são aqueles que versem sobre direitos humanos e tenham sido aprovados na forma do § 3º do art. 5º da Constituição. Ressalva-se, ainda, os casos de *status* supralegal conferido pelo STF a tratados sobre direitos humanos que não tenham observado a técnica de aprovação do § 3º do art. 5º.

¹⁰² A esse respeito, confira-se a previsão constitucional do cabimento do recurso especial: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] II - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local

Muito embora a Constituição Federal preveja o dano moral, sua densificação conceitual é dada pela legislação infraconstitucional, especialmente pelo Código Civil, cuja interpretação final é fixada pelo STJ. O STF, por seu turno, não se aprofunda na análise desses requisitos nos feitos de sua competência, pois entende se tratar de questão infraconstitucional¹⁰³.

Assim, a interpretação das funções do dano moral, de sua quantificação e da forma de uniformização das condenações é adequadamente compreendida à luz do entendimento adotado pelo STJ.

Diogo Naves Mendonça destaca a tentativa do STJ de conferir algum nível de sistematicidade ao tratamento da quantificação dos danos morais e identifica as funções compensatória e punitiva na jurisprudência da Corte, sendo esta última também chamada de retributiva, pedagógica, ou de desestímulo¹⁰⁴.

Para Júlia Antunes, a análise da jurisprudência da Corte Superior permite identificar três funções da indenização por dano moral:

- (i) compensação, satisfação ou reparação - seria o papel fundamental da indenização. Dada a impossibilidade de retorno à situação anterior, o pagamento em moeda funciona como compensação pela dor ilicitamente infligida, como recompensa pelo desconforto;
- (ii) punição ou sanção - imposição de uma reprimenda pelo comportamento lesivo, para que o causador da lesão não se mantenha impune. A sanção revela-se pela diminuição do patrimônio como retribuição pelo mal praticado;
- (iii) prevenção, desestímulo, inibição ou sanção indireta - tem por finalidade desestimular o ofensor a repetir o ato lesivo. Ao figurar como advertência de não-aceitação de comportamento lesivo, a indenização exerce o papel de prevenir futuras ofensas.¹⁰⁵

contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”. BRASIL. **Constituição Federal**. 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º jun. 2020.

¹⁰³ A título exemplificativo, os seguintes julgados podem ser mencionados: ARE 945271 RG, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, processo eletrônico DJe-124 DIVULG 15-06-2016 PUBLIC 16-06-2016; ARE 687876 RG, Relator(a): Ministro Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2012, acórdão eletrônico DJe-248 DIVULG 13-12-2013 PUBLIC 16-12-2013; ARE 743473 AgR, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, acórdão eletrônico DJe-180 DIVULG 12-09-2013 PUBLIC 13-09-2013 e ARE 696341 AgR, Relator(a): Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, acórdão eletrônico DJe-100 DIVULG 27-05-2013 PUBLIC 28-05-2013.

¹⁰⁴ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 87.

¹⁰⁵ ANTUNES, Júlia Caiuby de Azevedo. A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 169-184, jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 out. 2020.

De fato, alguns julgados enumeram apenas as funções compensatória e punitiva¹⁰⁶ da indenização por danos morais, enquanto outros trazem, de forma mais completa, a chamada tríplice função dos danos morais.

No julgamento do REsp nº 1771866/DF, por exemplo, o relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze explica que: “[...] a indenização por danos morais possui tríplice função, quais sejam: a) a compensatória, voltada a mitigar os danos sofridos pela vítima; b) a repressiva, a fim de responsabilizar o autor do ato ilícito; e, c) a preventiva, marcada por um caráter pedagógico, visando a coibir novas condutas.”¹⁰⁷.

A Ministra Maria Isabel Gallotti elencou as mesmas funções da indenização por danos morais no REsp nº 1440721. Confira-se o seguinte trecho do voto:

Assim delineada a controvérsia, ressalto que a indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para reparar os danos sofridos pela vítima, a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos.

Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito, cumprindo de forma adequada e satisfatória as funções acima mencionadas¹⁰⁸.

No REsp nº 1698701/RJ, o STJ se deparou com a questão relativa ao dever de restituir o lucro obtido com o uso indevido do direito de imagem de atriz em campanha publicitária. Não se chegou a afirmar que se trata de dano moral, pois o relator categorizou o dever de reparação como restituição de lucro de intervenção e fundamentou sua decisão na vedação ao enriquecimento ilícito.

Não obstante, a ofensa praticada é afeta à dignidade da vítima, pois diz respeito ao seu direito de imagem e se fixou o entendimento de que não pode o agente causador da ofensa se apropriar do lucro resultante da lesão. A conclusão do voto do relator traz boa delimitação do *quantum* a ser indenizado naquele caso concreto, confira-se:

De todo modo, diante das peculiaridades do caso em análise, caberá ao perito, na condição de auxiliar da Justiça, a tarefa de encontrar o melhor método de quantificação do que foi auferido, sem justa causa, às custas do uso não autorizado da

¹⁰⁶ Aparece de forma recorrente a alusão somente a esses dois critérios. Apenas para ilustrar, cita-se os seguintes julgados: AgInt no REsp 1600378/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 04/10/2016, DJe 18/10/2016; AgRg no REsp 1241655/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016 e REsp 656.375/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 09/03/2006, DJ 27/03/2006, p. 170.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1771866/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1440721/GO, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016.

imagem da autora em campanha publicitária, observados os seguintes critérios: a) apuração do quantum debeat com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes mediante abatimento dos valores correspondentes a outros fatores que contribuíram para a obtenção do lucro, tais como a experiência do interventor, suas qualidades pessoais e as despesas realizadas, e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica. Encerrada essa fase, incumbirá ao Juízo da Liquidação verificar se a metodologia utilizada e o resultado encontrado se adequam ou não aos limites objetivos do título judicial exequendo.¹⁰⁹

No informativo de jurisprudência nº 538 da Corte Superior, foi dado destaque ao REsp nº 1354536/SE, julgado sob a sistemática de recursos repetitivos. Nesse julgado, entendeu-se ser inadequado conferir ao dano moral, em matéria ambiental, caráter punitivo imediato, pois a punição é função afeta aos ramos do direito ambiental e penal.

Importante ressaltar que não se afastou o critério punitivo, mas sim a incidência automática do instituto dos *punitive damages*. Para tanto, destaca-se o seguinte trecho do voto do relator:

O art. 225, § 3º, da CF estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Nesse passo, no multicitado REsp 1.114.398/PR, julgado no procedimento dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ n. 08/2008), foi consignado ser patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, sendo devida a compensação por dano moral, fixada, por equidade:

[...]

Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro - que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (*punitive damages*) -, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal).¹¹⁰

O que foi afastado no julgado foi o descompasso entre extensão do dano e indenização. Não se admitiu a incidência automática do *punitive damages* em matéria ambiental, sob o argumento de que existem outras esferas de punição incidentes sobre o agente.

Não se afastou o critério da punição para a quantificação, no sentido de levar em conta o grau de culpa do agente. O voto, inclusive, prossegue com a explicitação de que se deve levar

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1698701/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1354536/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014.

em conta o grau de culpa do causador do dano e é feita ponderação da falta de diligências por parte da empresa causadora do dano ambiental para mitigar os impactos no local dos fatos no momento da fixação do valor da indenização.

Dessa forma, é possível se extrair da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o dano moral deve atender às funções compensatória, punitiva, preventiva e de coibir o enriquecimento sem causa decorrente e o lucro de intervenção.

1.4.2 O método bifásico de quantificação de indenização

No tópico 1.3, constatou-se que a doutrina repudia a tarifação dos danos morais. De igual modo, o STJ também rejeita o tabelamento dos montantes indenizatórios. O superado enunciado da súmula da jurisprudência nº 281¹¹¹ já trazia a consolidação do afastamento da indenização tarifada, então prevista na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967¹¹²).

Sem aceitar a possibilidade de tarifação legal do montante compensatório, a Corte Superior se viu diante da necessidade de uniformizar a interpretação das normas sobre a quantificação dos danos morais, ao mesmo tempo em que se deparou com a abertura textual da legislação infraconstitucional acerca do quanto a ser indenizado.

Para tentar conferir sistematicidade à matéria, o STJ desenvolveu o método bifásico de quantificação dos danos morais¹¹³. A edição nº 125 da jurisprudência em teses, que tratou do tema dano moral, trouxe uma coletânea de julgados sobre tal método¹¹⁴. A leitura do inteiro teor dos paradigmas colacionados na edição nº 125 permite se extrair como devem ser realizadas as duas etapas do método.

¹¹¹ Confira-se a redação da súmula: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 281**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

¹¹² O enunciado restou superado pelo reconhecimento de não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988 no julgamento da ADPF nº 130. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130, Relator(a): Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020.

¹¹³ Foi publicada, inclusive, notícia sobre o método bifásico, na qual são destacadas as etapas da quantificação e há citação de julgados sobre o tema. Notícia disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-10-21_06-56_O-metodo-bifasico-para-fixacao-de-indenizacoes-por-dano-moral.aspx>. Acesso em: 20 out. 2020.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses**. Edição nº 125: responsabilidade civil – dano moral. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%20125:%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20-%20DANO%20MORAL>>. Acesso em: 18 out. 2020.

Como explica o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do AgInt no REsp nº 1.533.342, na primeira fase, “[...] deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.”¹¹⁵.

Assim, o julgador irá fixar um valor padrão na primeira etapa da quantificação. Para tanto, levará em consideração o interesse jurídico envolvido e observará julgados anteriores que apreciaram casos semelhantes.

A segunda etapa tem por finalidade permitir a valoração das peculiaridades do caso concreto para se chegar ao arbitramento definitivo do *quantum* indenizatório, como explica o Ministro Marco Aurélio Bellizze, no REsp nº 1.771.866¹¹⁶.

Silvano Flumignan destaca que a segunda fase do método bifásico terá grande utilidade quanto às funções punitiva e dissuasória da indenização, pois permite que se observe o dolo do agente, as consequências do prejuízo, a conduta e as balizas da razoabilidade e da equidade a serem postas pelo julgador¹¹⁷.

A Corte não desenvolveu com a mesma minúcia que se analisou na doutrina (tópico 1.3) as peculiaridades a serem avaliadas pelo julgador. Para fixação que é o método bifásico, apenas se menciona que as peculiaridades do caso concreto devem ser sopesadas pelo julgador, a fim de adequar a indenização a cada tipo de violação extrapatrimonial.

A primeira fase, por seu turno, permite que se estabeleça um ponto de partida na quantificação dos danos morais, pois deve levar em conta a relevância do interesse jurídico lesado, com base em montantes fixados em casos análogos.

Para a segunda etapa, é necessário o socorro às contribuições doutrinárias, para que se possa identificar as peculiaridades do caso a serem avaliadas pelo julgador, e que se considere as finalidades da compensação dos danos morais, quais sejam: compensatória, punitiva, preventiva e de coibir o enriquecimento sem causa decorrente e o lucro de intervenção.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1533342/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/03/2019, DJe 27/03/2019.

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1771866/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019.

¹¹⁷ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A distinção entre dano moral, dano social e *punitive damages* a partir do conceito de dano-evento e dano-prejuízo: o início da discussão. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Recife, v. 87, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1588>>. Acesso em 17 out. 2020.

1.4.3 O papel uniformizador do STJ

O STJ firmou o entendimento de que deve ser superada a súmula nº 7¹¹⁸ quando se discute o valor fixado a título de indenização por danos morais. O caso paradigmático que ensejou a edição do aludido verbete é o REsp nº 53.321/RJ¹¹⁹, no qual se entendeu que o valor da indenização por dano moral não poderia escapar ao controle do STJ.

A revisão das condenações pela instância especial revela, mais uma vez, a preocupação da Corte com a sistematicidade e coerência das decisões judiciais que envolvem danos morais. Para o STJ, justifica-se tal revisão se o valor for exorbitante, excessivo, motivador de comprometimento irremediável da situação financeira do ofensor e de enriquecimento indevido da vítima ou valor ínfimo, irrisório, que cause ultraje ao direito da personalidade da parte ofendida¹²⁰.

A fim de informar os valores praticados pela Corte Superior em determinados assuntos, foi publicada uma notícia no sítio eletrônico do STJ, em 13 de setembro de 2009, que trouxe uma tabela com o evento danoso, o valor fixado pela 2ª instância, o valor fixado pelo STJ e o número do recurso¹²¹. Veja-se a tabela:

Evento	2º Grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	REsp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	R\$ 4,65 mil	REsp 801181
Cancelamento injustificado de voo	R\$ 8 mil	R\$ 8 mil	REsp 740968

118 Diz o verbete: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

119 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 53.321/RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 16/09/1997, DJ 24/11/1997, p. 61192.

120 SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-5.6.

121 O link de acesso à notícia pode ser encontrado no artigo: BATISTA, Francisco Diego Moreira. Critérios para fixação dos danos extrapatrimoniais. **Revista de Direito**. Viçosa, v. 6, n.1, jul. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1543/716>>. Acesso em: 17 out. 2020. O autor indica o link: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.tex-to=93679>, que não funciona mais. A tabela, contudo, está transcrita no corpo do artigo e, também, na notícia veiculada no CONJUR: <<https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

Compra de veículo com defeito de fabricação; resolvido pela garantia	R\$ 15 mil	Não há dano	REsp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes	R\$ 232,5 mil	R\$ 10 mil	REsp 1105974
Revista íntima abusiva	Não há dano	R\$ 23,2 mil	REsp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	R\$ 200 mil	REsp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	REsp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	R\$ 360 mil	REsp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	R\$ 52 mil	REsp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	22,5 mil	REsp 401358
Preso erroneamente	Não há dano	R\$ 100 mil	REsp 872630

Francisco Batista explica que a notícia gerou grande repercussão. Especulou-se sobre a existência de tabelamento das condenações da Corte e a imprensa oficial do STJ acabou por lançar uma nota explicando que se tratava de matéria puramente jornalística, voltada a facilitar o acesso dos leitores e que não havia tabelamento oficial sobre o tema¹²².

Júlia Antunes constatou, em estudo sobre as condenações por danos morais em relações de consumo bancárias, que a maioria dos acórdãos do STJ não especifica de forma clara o critério utilizado para se chegar ao valor condenatório final, apesar de haver certa previsibilidade dos montantes finais a serem alcançados em sede de recurso especial¹²³.

Dessa forma, o STJ buscar dar coerência às decisões judiciais que quantificam danos morais, com a fixação de *standards* condenatórios para cada tipo de violação. A não aceitação de tabelamento dos valores permite que se trabalhe com certa flexibilidade, conforme cada caso concreto.

¹²²BATISTA, Francisco Diego Moreira. Critérios para fixação dos danos extrapatrimoniais. **Revista de Direito**. Viçosa, v. 6, n.1, jul. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1543/716>>. Acesso em: 17 out. 2020.

¹²³ ANTUNES, Júlia Caiuby de Azevedo. A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 169-184, jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 jun. 2018.

Ainda que se constate certa previsibilidade dos montantes condenatórios conforme o tipo de violação, não há esclarecimentos sobre como se chegou ao valor arbitrado para os julgados utilizados na primeira fase do método bifásico, tampouco como a segunda fase serviu para majorar ou diminuir a condenação ou, ainda, quais os valores aptos a compensar, quais aqueles utilizados para punir a conduta.

Assim, mesmo diante dos esforços do STJ para sistematizar e racionalizar a quantificação dos danos morais, persiste a indefinição e a dificuldade para se chegar a um valor condenatório. Como se valorar o interesse jurídico afetado sem saber o valor relativo à primeira fase nas condenações anteriores? De que forma deve ser feita a diferenciação do agente que foi pouco diligente em relação àquele que agiu com dolo? Qual a medida da prevenção de novas ofensas em casos de reiteração?

A análise econômica do Direito pode contribuir para a superação dessas dificuldades, pois fornece instrumental para verificar se o *quantum* atende às funções da condenação e permite avaliar quais os incentivos gerados pelos patamares praticados na jurisprudência.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste tópico, será abordado o que é análise econômica do Direito e quais são suas principais vertentes. Embora existam outras linhas mais modernas e diversificadas de diálogo entre Direito e Economia¹²⁴, o estudo se limitará a diferenciar as três formas de estudar análise econômica do Direito mais tradicionais, por ser suficiente para explicar como se fará uso da disciplina para construção da proposta dogmática no capítulo seguinte.

A divisão do estudo do direito de danos será apresentada nos três tópicos seguintes. A análise econômica da responsabilidade civil será abordada em relação ao direito de danos *lato sensu*, aos danos intencionais e aos danos oriundos de relação contratual.

Essa divisão se deve à forma como se estuda a responsabilidade civil na análise econômica do Direito, disciplina com origem na *common law*. O direito de danos aborda os casos de acidente ou de responsabilidade por conduta culposa. Já os danos intencionais são usualmente tratados em tópico à parte ou juntamente com o direito criminal. Por isso, a seção dos danos intencionais traz parte do conteúdo relativo às infrações penais, com o recorte pertinente à responsabilidade civil. Os danos referentes ao inadimplemento de contratos são encontrados na análise econômica dos contratos e, portanto, serão analisados em tópico próprio.

Os conceitos introdutórios análise econômica do Direito e os aspectos do direito de danos (danos *lato sensu*, danos intencionais e danos por quebra de contrato) serão abordados tendo em mente o recorte deste trabalho, ou seja, apenas naquilo que for relevante para a quantificação da indenização.

Não se pretende esgotar a vasta gama de conceitos usualmente estudados na parte introdutória da disciplina ou tudo o que é tratado pela análise econômica quando estuda o direito de danos. Este trabalho tem como objetivo estudar o segundo momento da decisão que condena o requerido a indenizar danos morais, quando já se estabeleceu que há o dever de reparação e se passa a apurar o montante devido, e a seleção dos conteúdos analisados leva em consideração esse objetivo.

¹²⁴ Para uma visão mais abrangente das linhas da disciplina, o trabalho de Battesini traz de forma detalhada as correntes de pensamento da análise econômica do direito. BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 82-99.

2.1 O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Karl Popper propôs que as premissas das ciências empíricas deveriam ser falseáveis e não necessariamente verificáveis. Segundo o autor, é preciso adotar um critério que permita a admissão de leis gerais, ainda que não possam ser verificadas. Não é a verificação, mas sim a possibilidade de falseamento que deve ser levada em conta na ciência¹²⁵.

Para Fux e Bodart, ciência consiste na investigação do mundo exterior por meio de proposições universalmente reconhecidas, traduzidas em leis gerais. Tais leis podem ser provadas e testadas. Por meio dessas proposições, as ciências são capazes de fornecer base para um juízo de prognose sobre situações futuras.

Os autores destacam que o Direito não possui capacidade preditiva. Os argumentos jurídicos não são falseáveis e as normas jurídicas não podem ser consideradas leis gerais, universalmente reconhecidas. A Economia, por sua vez, fornece estrutura básica e geral, com método científico para analisar o comportamento humano¹²⁶.

A análise econômica do Direito consiste no uso das ferramentas da Economia para resolver problemas e dilemas do Direito¹²⁷. A aproximação das duas disciplinas resulta, portanto, da tentativa de conferir capacidade preditiva ao Direito e da vontade de testar suas afirmações. Assim, a análise econômica pode ser qualificada como análise científica do Direito¹²⁸.

Essa interdisciplinaridade viabiliza a avaliação das possíveis consequências das normas jurídicas e das decisões judiciais, fornece base empírica para a proposição de reformas legislativas e para a formulação de políticas públicas.

Em síntese, a análise econômica do Direito é o estudo das normas jurídicas e de suas consequências, pois a abordagem econômica permite a previsão das consequências de determinada norma e a construção de uma estrutura jurídica mais apta a realizar o bem comum¹²⁹.

¹²⁵ POPPER, Karl. **The logic of science discovery**. 2. ed. revisada. Nova Iorque: Routledge, 2005, p. 18-19.

¹²⁶ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 3.

¹²⁷ TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 3.

¹²⁸ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 3-4.

¹²⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 30.

A análise econômica do Direito aplica o instrumental analítico e empírico da Economia, especialmente da Microeconomia e da Economia do Bem-Estar Social, para explicar, compreender e prever as implicações fáticas e a lógica do ordenamento jurídico¹³⁰.

A metodologia da análise econômica do Direito consiste em identificar o conteúdo e o alcance das normas. Rompe-se com a postura predominantemente *ex post* do raciocínio jurídico e se persegue a realização de diagnóstico e de prognóstico. A disciplina “[...] procura compreender e prever as consequências decorrentes da adoção de determinada norma jurídica, qualquer que seja o ramo do direito em que ela se insira.”¹³¹.

A análise econômica considera o ambiente normativo e os impactos econômicos das regras de conduta, com os efeitos que as normas trazem sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados¹³².

A Economia trabalha com a noção de custo de oportunidade, segundo a qual a “[...] *escassez* dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes [...]”¹³³. Toda escolha impõe um custo ao agente, pois, ao realizar determinada opção, renuncia às demais alternativas que estavam disponíveis.

Custo de oportunidade, portanto, é o custo de uma determinada alternativa que foi rejeitada em prol da escolha tomada. Assim, a análise econômica do Direito estuda os chamados *trade-offs*, já que as escolhas implicam em renúncias¹³⁴.

Sob o olhar da Economia, os agentes atuam mediante a ponderação de custos e benefícios de cada alternativa de conduta que se coloca diante deles. Uma alteração na estrutura de incentivos pode levar o agente a adotar outra conduta, uma vez que as pessoas respondem a incentivos¹³⁵.

Com a análise econômica do Direito, é possível verificar quais são os incentivos criados pelo Direito, buscar alternativas para mudança de conduta dos agentes e analisar os incentivos

¹³⁰ GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 13-14.

¹³¹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

¹³² ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 3.

¹³³ GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 19.

¹³⁴ TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 5.

¹³⁵ GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 19.

necessários para a alteração de comportamento. A análise econômica do Direito, todavia, não diz o que é justo ou injusto, o que é certo ou errado.

O desperdício é tido como espécie de injusto, pois os recursos são escassos. A disciplina ajuda a identificar desperdícios e, assim, a verificar parte do que é injusto ou ineficiente. Preocupa-se com a compreensão das consequências das regras¹³⁶.

Conforme destaca Posner, a Economia não responde questões sobre justiça ou qual deve ser a regra prescritiva, embora ajude a prever os efeitos das leis e sua eficiência¹³⁷. O autor acrescenta que os recursos são empregados de forma eficiente quando nenhuma realocação aumentaria seu valor e, por isso, diz que os recursos tendem a gravitar para os usos mais valiosos¹³⁸.

Por outro lado, é a justiça que atua na distribuição com a eficiência, pois há mais no conceito de justiça do que eficiência. Isso, contudo, não afasta a necessidade de se almejar algum grau de eficiência, uma vez que, diante da escassez de recursos, o desperdício deve ser tido como imoral¹³⁹.

Como explicam Cooter e Ulen, as decisões judiciais servem a dois propósitos: à resolução da disputa e à criação de regra a partir do caso concreto. A análise econômica do Direito estuda como a norma criada afetará as partes futuras e se o comportamento previsto é o desejado¹⁴⁰.

A decisão do caso concreto afetará o futuro, porque estabelecerá ou confirmará uma regra para guiar as pessoas em casos similares. Em razão disso, Posner propõe que o julgador deve considerar o impacto provável das alternativas de julgamento no comportamento futuro de partes envolvidas na atividade que deu ensejo à disputa resolvida no processo¹⁴¹.

O método da análise econômica do Direito traz em si o consequentialismo, no sentido de ser necessário levar em conta as possíveis consequências dos atos decisórios. Trabalha-se com tais consequências a partir de dados e, dessa forma, é possível avaliar o comportamento estratégico das partes envolvidas e as consequências práticas do Direito¹⁴².

¹³⁶ GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 27.

¹³⁷ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 15.

¹³⁸ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 11.

¹³⁹ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 30-31.

¹⁴⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 5-6.

¹⁴¹ No texto original: "The judge must therefore consider the probable impact of alternative rulings on the future behavior of people engaged in activities that give rise to the kind of accident involve in the case before him.". POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 28.

¹⁴² TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 5.

Luciano Timm ressalta que o consequencialismo não é estranho ao sistema jurídico e cita os artigos 20 e 21 da LINDB, os princípios da economia processual e da não decretação de nulidade sem que existam prejuízos¹⁴³. O artigo 20 da LINDB¹⁴⁴ incorporou, de maneira expressa, a necessidade de se avaliar as consequências práticas das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro e será analisado mais detalhadamente no capítulo seguinte.

Os princípios da economia processual e da não decretação de nulidade sem que existam prejuízos, por seu turno, combatem o desperdício de atos processuais. Se não há nenhum proveito concreto a se extrair do ato, não se justifica sua realização.

A análise econômica do Direito traz, ainda, a aplicação da teoria da escolha racional ao Direito. Essa teoria está ligada aos conceitos de capacidade e de imputação, ou seja, o sujeito racional possui capacidade de praticar atos jurídicos e pode sofrer as consequências legais se praticar ato ilícito.

Com essa forma de pensar, as normas jurídicas são analisadas levando-se em conta os prêmios e as punições como associados às instituições e à racionalidade econômica¹⁴⁵. O agente racional busca, de forma intencional, os melhores meios possíveis para atender às suas preferências, dadas as limitações existentes¹⁴⁶.

A teoria da escolha racional parte de três premissas: (i) todo agente possui preferências; (ii) suas preferências gozam de completude; e (iii) as preferências são transitivas. Os agentes possuem preferências e se comportarão para atender aos seus interesses da melhor forma. A completude e a transitividade significam que o agente é capaz de ordenar as suas preferências, estabelecendo uma ordem de prioridade (completude) e que há compatibilidade lógica entre as ordens de preferência (transitividade)¹⁴⁷.

Há críticas à teoria da escolha racional. Diversos vieses de comportamento são demonstrados por experimentos empíricos¹⁴⁸. Luciano Timm, inclusive, prefere falar em

¹⁴³ TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 6.

¹⁴⁴ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

¹⁴⁵ SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 80-82.

¹⁴⁶ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 14.

¹⁴⁷ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 11-12.

¹⁴⁸ A propósito, confira-se as notas acerca da economia comportamental em FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 17-22. Posner também aponta críticas ao paradigma da racionalidade e traz exemplos de irracionalidade, hiper-racionalidade e de aplicação da teoria dos

racionalidade limitada e compara a racionalidade à capacidade jurídica e à imputação penal.

Explica o autor:

A presunção de racionalidade trabalhada pela AED não é estranha ao sistema jurídico. Ao contrário, é o que está por trás da personalidade e da responsabilidade civil, assim como na culpabilidade penal. Vale dizer, celebrar atos e negócios civis e responder por suas escolhas, presume uma escolha racional ou pelo menos supõe a racionalidade humana como capaz de tomar decisões. E justamente a ausência disso implicará incapacidade.¹⁴⁹

Landes e Posner analisam a crítica ao paradigma da racionalidade que argumenta não ser a lei método efetivo para impedir comportamento ineficiente. Os autores respondem a essa crítica no sentido de que o mesmo poderia ser dito em relação à lei criminal e aos crimes violentos e citam estudos empíricos de que a severidade e a certeza da punição possuem efeito substancial de dissuasão da prática de tais crimes¹⁵⁰.

Toda análise que se pretenda fazer parte de uma simplificação da realidade. É impossível avaliar todas as peculiaridades das complexas relações jurídicas. Para fins de simplificação da realidade neste trabalho, a teoria da escolha racional atende à proposta de estudo, em que se procura avaliar como prestadoras de serviço na área de saúde respondem a incentivos criados por decisões judiciais que quantificam danos morais.

As pessoas jurídicas praticam atos a partir da exteriorização da vontade de pessoas naturais. Não obstante, a atuação sob o regime concorrencial de mercado e em nicho sujeito à regulamentação estatal favorece a racionalidade desses agentes. Ao ignorar os incentivos dados pelo Direito, inclusive pelas decisões judiciais, as prestadoras de serviço na área saúde sofrerão as consequências no mercado concorrencial, em seus balanços contábeis e na própria viabilidade de consecução de seus fins.

Ademais, como explica Diogo Naves Mendonça, a maximização racional das utilidades, que incluem satisfações monetárias e não monetárias, não precisa ser consciente, basta que exista alguma adequação de meios e fins, sem que se exija uma demorada meditação sobre as opções¹⁵¹.

jogos. POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 19-23.

¹⁴⁹ TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 4.

¹⁵⁰ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 10.

¹⁵¹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 20.

Para encerrar esta parte introdutória, cabe analisar quais são as vertentes da análise econômica do Direito e como cada uma faz uso do instrumental da Economia nos estudos jurídicos.

As linhas tradicionais de estudo dividem a análise econômica do Direito em normativa, positiva e institucional, conforme o uso que se dê ao instrumental econômico. A vertente positiva se preocupa em investigar quais as consequências de um determinado arcabouço jurídico, ao passo que a linha normativa estuda como deveria ser, qual a norma deveria ser adotada para um determinado fim¹⁵².

A análise positiva realiza um juízo de prognose, uma aferição da eficiência. Identificam-se as possíveis alternativas normativas e prováveis consequências de cada uma, com o uso da análise econômica do Direito¹⁵³. Essa linha de estudo tem como expoente o trabalho de Richard Posner, considerado o marco da fundação da “Escola de Chicago”¹⁵⁴.

A análise normativa consiste na ponderação das alternativas previamente estipuladas, visa embasar a escolha de uma política pública ou a aprovação de uma lei, com base em objetivos previamente definidos¹⁵⁵. Associa-se essa linha à Escola de Yale e aos estudos de Guido Calabresi¹⁵⁶.

Há, ainda, uma terceira linha, da Economia Institucional e da Nova Economia Institucional, na qual se destacam Douglass North e Steven G. Medema, cujo foco está na ciência política e na escolha pública¹⁵⁷.

North sustenta que a chave para a compreensão do crescimento econômico reside na habilidade da sociedade de criar e fazer valer instituições que reduzam as incertezas, minimizem as externalidades e os custos de transação envolvidos na atividade econômica e torne possível a coordenação dos agentes e a operação eficiente dos mercados¹⁵⁸.

¹⁵² GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 14-15.

¹⁵³ GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 16-17.

¹⁵⁴ SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 77.

¹⁵⁵ GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 17.

¹⁵⁶ SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 77.

¹⁵⁷ SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 77.

¹⁵⁸ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 60.

Por instituição, deve se compreender o aparato normativo, as regras gerais de interação social. Organizações, por seu turno, são grupos de indivíduos que se unem ligados por um conjunto de regras específicas¹⁵⁹. Como exemplos, é possível citar a instituição do Direito Canônico e a organização da Igreja, a instituição do estatuto e a organização do partido político. A matriz institucional cria incentivos, que podem ser bons ou ruins.

Como este trabalho busca a aproximação entre Direito e Economia para a interpretação do direito positivo vigente na quantificação de danos morais, sem proposta de alteração legislativa ou de instituição de políticas públicas, a linha a ser seguida será de análise positiva.

Alguns temperamentos das vertentes normativa e institucional guiarão de forma indireta a proposta dogmática do capítulo seguinte, visto que se busca a interpretação a ser adotada dentre várias alternativas e a formulação de base institucional adequada, que crie bons incentivos para as partes.

2.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE DANOS *LATO SENSU*

Ao se engajar em determinadas atividades, os agentes geram externalidades capazes de atingir outras pessoas. Por externalidades, deve-se entender os efeitos externos da atividade desenvolvida, sejam eles positivos ou negativos. É o caso, por exemplo, da poluição sonora ou do ar (externalidades negativas) e da polinização que as abelhas de um apicultor geram para o cultivo de maçãs do vizinho (externalidade positiva)¹⁶⁰.

As leis de responsabilidade civil servem para que os custos dos danos (externalidades negativas) sejam internalizados por quem os causou, por meio da instituição do dever de ressarcir¹⁶¹. Dito de outra maneira, a ameaça de responsabilização serve como incentivo para que as partes tomem mais cuidado ou reduzam seu nível de atividade¹⁶².

¹⁵⁹ NORTH, Douglass. An introduction to institutions and institutional change. In **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511808678.003, 1990, p. 3-10.

¹⁶⁰ Os exemplos foram retirados de COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 39.

¹⁶¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 190.

¹⁶² VISSCHER, Louis T. Tort damages. Ch. 6. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 153.

A responsabilidade civil é utilizada para abordar o que o mercado faria, mas não consegue¹⁶³. De igual modo, a responsabilidade civil pode ser utilizada para casos em que a coletividade não deseja a troca de titularidade do direito ou em que há inalienabilidade¹⁶⁴.

Assim, a responsabilidade civil atua para a internalização dos custos gerados quando a atividade desenvolvida por uma pessoa causa danos a outrem, nos casos em que não há possibilidade de as partes negociarem a troca de direitos ou essa troca foi compulsória ou, ainda, quando não se deseja a transação sobre o direito.

A necessidade de internalização de custos da atividade ocorre, por exemplo, quando a construção de um empreendimento gera danos no imóvel vizinho. Ainda a título ilustrativo, a impossibilidade de negociação no mercado se verifica no caso de acidente de trânsito, em que seria impossível a todos os condutores negociarem previamente a forma de indenização na hipótese de ocorrer uma colisão, a troca compulsória acontece em crimes patrimoniais e a inalienabilidade nos acidentes que resultam em morte.

Em uma sociedade economicamente perfeita, na qual os indivíduos sabem exatamente os custos e benefícios de suas ações e os sopesam antes de agir, as leis de responsabilidade civil servem para prevenir acidentes e danos¹⁶⁵.

Dessa forma, partindo das premissas que os agentes envolvidos sabem os custos totais de suas ações, o que envolve os seus custos diretos e as externalidades a serem internalizadas, conhecem os benefícios de suas ações e os sopesam, há prevenção dos acidentes e dos danos como decorrência das regras de responsabilidade civil.

Isso se explica por serem os acidentes e os danos externalidades negativas que resultam em gastos para seu causador. A fim de evitar os gastos, o agente aumenta seu nível de precaução ou reduz a intensidade com que realiza a atividade e, por conseguinte, diminui o total de acidentes e danos.

O objetivo econômico da responsabilidade civil é minimizar os custos da precaução e dos danos causados por acidentes¹⁶⁶. As premissas de que os indivíduos são informados (conhecem os custos e benefícios de suas ações) e agem racionalmente (sopesam tais custos e

¹⁶³ CALABRESI, Guido. **The future of law & economics**. Essays in reform and recollection. New Haven: Yale University Press, 2016, p. 127.

¹⁶⁴ CALABRESI, Guido. **The future of law & economics**. Essays in reform and recollection. New Haven: Yale University Press, 2016, p. 120.

¹⁶⁵ LINDNBERGH, Siewert D.; KIPPERSLUIS, Peter P. M. van. Non pecuniary losses. Ch. 8. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 218.

¹⁶⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 223.

benefícios antes de agir) servem para a construção e concepção do sistema jurídico de responsabilidade civil.

A formulação do sistema de responsabilidade civil também leva em conta os casos em que os indivíduos não são informados¹⁶⁷ ou não são capazes¹⁶⁸ de sopesar os custos e benefícios de suas ações antes de agir, com a previsão de normas específicas para tais situações.

Para a análise econômica do Direito, dano é a diminuição na função de utilidade ou de proveito da vítima e a indenização em dinheiro serve para corrigir os efeitos externos do evento danoso, com retorno ao estado anterior ou aumento de utilidade ou proveito à vítima¹⁶⁹.

O objetivo da análise econômica do Direito é de maximizar a utilidade total da sociedade, ou seja, o resultado da comparação entre os custos da atividade e seus benefícios deve ser positivo em prol da coletividade. Assim, a compensação da vítima apenas irá contribuir para tal intento se a indenização lhe trouxer maior utilidade do que a redução de utilidade sofrida pelo agente¹⁷⁰.

O dano evitável pode ser visto como desperdício social e, como advertem Landes e Posner, ensejar indignação e desejo de retribuição, para os quais a responsabilidade civil serve de remédio e faz convergirem os conceitos de justiça e de eficiência¹⁷¹.

Ao regular a responsabilidade civil, o Estado evita o manejo da tutela privada desordenada e favorece a criação de um ambiente de segurança jurídica. Nesse ponto, é importante que a jurisprudência seja capaz de estabelecer critérios de precaução eficientes e parâmetros claros de comportamento, sob pena de surgirem incentivos adversos para os agentes¹⁷².

Os *standards* de comportamento adequados podem ser encontrados em normas, regulamentos, convenções sociais, normatizações administrativas, códigos de ética

¹⁶⁷ Nosso sistema jurídico regula a falta de informações, por exemplo, ao tratar da reserva mental (art. 110 do Código Civil), do vício redibitório (arts. 441 a 446 do Código Civil), no estabelecimento da responsabilidade do fornecedor por fato do produto ou do serviço ou por acidente de consumo em razão da insuficiência das informações (arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor) e na vedação de publicidade enganosa (art. 37 do Código de Defesa do Consumidor).

¹⁶⁸ Nesse ponto, aplicam-se as regras pertinentes à incapacidade do agente (artigos 3º e 4º do Código Civil) e as respectivas causas de nulidade e anulabilidade dos negócios jurídicos (art. 104, I, 119, 166, I e 171, I do Código Civil) ou de responsabilidade civil (art. 928 do Código Civil).

¹⁶⁹ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 327-328.

¹⁷⁰ LINDNERBERGH, Siewert D.; KIPPERSLUIJ, Peter P. M. van. Non pecuniary losses. Ch. 8. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 224.

¹⁷¹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 14.

¹⁷² PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 194.

profissionais e precedentes judiciais¹⁷³. As Cortes também podem obter informações de *experts* ou acessar regulamentos internos que especifiquem o comportamento esperado.

Não há necessidade de se adotar um padrão específico para cada caso concreto. Os custos para se obter a informações conforme as particularidades mais individuais de cada caso concreto seriam muito altos. Por isso, faz-se a utilização do padrão do homem-médio¹⁷⁴, embora hipóteses excepcionais admitam temperamentos.

Para Calabresi, o regime jurídico da responsabilidade civil permite que uma pessoa que deseje ou precise de determinado direito o obtenha mediante o pagamento de custos de administração, ainda que o detentor daquele direito não consinta com a troca, numa mistura pragmática de abordagens de comando e mercado¹⁷⁵.

Assim, aquele que sofreu um dano consegue obter a indenização respectiva, mediante o pagamento dos custos com patrocínio jurídico e das custas judiciais, ainda que o causador da ofensa não consinta com a troca, em abordagem similar ao que ocorreria no mercado.

Nesse ponto, é importante ressaltar que a análise econômica do Direito não recomenda ou advoga pela aplicação de um liberalismo econômico desenfreado. Como advertem Bussani e Mattei, o uso do instrumental da Economia no Direito não significa a preferência pelo livre mercado em detrimento das regulações existentes, principalmente, em países subdesenvolvidos, nos quais a difusão regulatória é maior¹⁷⁶.

Nessa mistura de abordagens de comando e de mercado, a análise econômica do Direito enxerga o aumento do valor das indenizações como fator que afeta o mercado e gera preços maiores ao consumidor. O remédio usualmente sugerido para evitar esse efeito é a limitação das indenizações. Essa limitação não é capaz de tornar as indenizações mais previsíveis e, portanto, não serve para reduzir o montante de acidentes.

Assim, ao invés de impor teto indenizatório, é preferível ter valores estáveis e previsíveis¹⁷⁷, os quais contribuem para a segurança jurídica, estabilização das expectativas das partes e previsibilidade dos custos e benefícios das atividades.

¹⁷³ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 281.

¹⁷⁴ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 126-127.

¹⁷⁵ CALABRESI, Guido. **The future of law & economics**. Essays in reform and recollection. New Haven: Yale University Press, 2016, p. 117.

¹⁷⁶ BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. Making the other path efficient: economic analysis and tort law in less developed countries. In: BUSCAGLIA, Edgardo; RATLIFF, William; COOTER, Robert (Ed.). **The law and economics of development**. Greenwich Conn: JAI Press, 1997.

¹⁷⁷ LINDENBERGH, Siewert D.; KIPPERSLUIS, Peter P. M. van. Non pecuniary losses. Ch. 8. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 225.

O sistema de responsabilidade civil é parte intrínseca das instituições sociais para a promoção de segurança. Para funcionar adequadamente, do ponto de vista da análise econômica, os benefícios obtidos em termos de dissuasão na prática de danos devem superar os custos da litigância e outros custos associados¹⁷⁸. Assim, as leis que regulam os acidentes devem buscar reduzir os custos totais deles¹⁷⁹.

Os custos dos acidentes envolvem os custos das partes envolvidas, inclusive com a precaução, e custos administrativos. Estes consistem nos custos ligados ao processo de decisão do juiz e abrangem todo o aparato estatal necessário para a aplicação da lei.

Seguindo o raciocínio de Cooter e Ulen, os custos administrativos são meramente instrumentais e sua redução, desacompanhada do aumento dos acidentes, é puro ganho. A redução dos custos administrativos ocorre com o aumento da responsabilização e a diminuição na frequência dos julgamentos¹⁸⁰.

A fixação da indenização deve levar em conta, ainda, o nível de atividade das partes, pois seu incremento favorece a ocorrência de danos. A parte cujo nível de atividade mais afeta a frequência de acontecimentos de eventos danosos deve suportar os custos do dano¹⁸¹.

A otimização do bem-estar social exige que o causador de danos em potencial se engaje em níveis de atividade que balanceiem adequadamente a utilidade obtida da atividade em relação ao risco adicional criado¹⁸².

Assim, para quem executa determinada atividade que causa danos a terceiros com frequência, o montante de danos pode ser considerado uma externalidade negativa da atividade¹⁸³ e deve ser computado nos custos internalizados de sua atividade. Ainda, quanto mais grave for o provável dano a ser causado pela atividade do agente, maior deverá ser a precaução por ele adotada¹⁸⁴.

A indenização fixada em juízo serve, portando, para incentivar o comportamento ótimo das partes. O comportamento ótimo é encontrado na convergência entre menores gastos e maior

¹⁷⁸ VELTHOVEN, Ben C. J. van. Empirics of tort. Ch. 16. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 488.

¹⁷⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 30.

¹⁸⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 224.

¹⁸¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 213.

¹⁸² SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 22.

¹⁸³ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 195.

¹⁸⁴ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 100.

precaução possível. A capacidade de se evitar danos com novas medidas de precaução é limitada e, a partir de determinado ponto, os custos de medidas preventivas adicionais se tornam muito superiores aos danos evitados.

Por isso, como explica Antonio Porto, sob a perspectiva da análise econômica do Direito, “[...] determinada regra de responsabilização é desejável se fornece incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução no exercício de suas atividades.”¹⁸⁵.

As leis de responsabilidade civil trazem o nível mínimo de precaução aceitável¹⁸⁶. Não se adota precaução ilimitada. Como explica Eugênio Battesini, a sociedade não almeja evitar acidentes a qualquer custo, sendo necessário ponderar os custos e os benefícios envolvidos no processo de tomada de decisões que versem sobre a responsabilidade civil¹⁸⁷.

A análise econômica do Direito parte de um conceito instrumental de precaução, considerada a partir de sua capacidade de promover eficiência econômica¹⁸⁸. A precaução será eficiente quando seu custo marginal¹⁸⁹ for igual à redução no custo esperado dos danos¹⁹⁰.

A compensação dada à vítima não precisa ser exata para induzir o aumento da precaução tomada pelo potencial causador do dano. Como explica Visscher, contanto que os custos da precaução sejam mais baixos do que os custos de um nível menor de precaução somados à indenização fixada, haverá incentivo para que agente aumente seu nível de cuidado¹⁹¹.

A precaução não deve ser vista somente da perspectiva do causador do dano. A conduta da vítima também pode influenciar decisivamente a probabilidade de ocorrência do evento danoso. As medidas de precaução mais eficientes podem estar à disposição apenas da vítima.

¹⁸⁵ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 180.

¹⁸⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 197.

¹⁸⁷ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 54.

¹⁸⁸ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 181.

¹⁸⁹ Custo marginal consiste no custo de se adotar uma unidade a mais de precaução em relação ao patamar já praticado pelo agente. Compara-se o custo de mais precaução com a respectiva redução dos danos. Haverá eficiência quando o valor gasto para o aumento da precaução for igual ao dos danos evitados com aquela precaução adicional.

¹⁹⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 201.

¹⁹¹ VISSCHER, Louis T. Tort damages. Ch. 6. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 155.

Por isso, é necessário que os incentivos sejam desenhados para a vítima também adote níveis eficientes de precaução¹⁹² e a indenização deve se basear, igualmente, no cuidado adequado pela vítima, como forma de induzi-la a mitigar suas perdas.

Assim, o montante da condenação deve se pautar pelo nível de mitigação das perdas somado ao custo incorrido pela vítima. Tais custos devem abranger todas as despesas em que incorreu o lesado, subtraído qualquer benefício eventualmente derivado do evento danoso¹⁹³.

É socialmente desejável que a vítima mitigue suas perdas quando os custos para essa mitigação são inferiores à perda mitigada. Essa análise leva em conta o objetivo social de redução de custos dos acidentes¹⁹⁴. A compensação não deve abranger danos que a vítima teria ainda que o agente tivesse tomado cuidado em nível adequado¹⁹⁵.

Nesse contexto, Posner indica duas razões para se ter a compensação de danos no sistema da responsabilidade civil. A primeira é para incentivar a vítima a ingressar em juízo. Essa conduta da vítima é essencial para manter o sistema de responsabilidade civil eficiente e apto a promover a dissuasão de danos. A segunda é para prevenir a precaução excessiva da vítima¹⁹⁶.

Também é objetivo da responsabilidade civil, correlato à criação de incentivos para a adoção de nível de precaução eficiente, que as partes obtenham nível de informação eficiente sobre o grau de risco, de modo que possam fazer a valoração acurada dos custos esperados dos acidentes e, assim, tomar decisões ótimas sobre o nível e o tipo de precaução a ser adotado¹⁹⁷.

O comportamento adequado das partes deverá ser estabelecido pela legislação e pela jurisprudência na análise dos casos concretos. Conforme a aproximação e distanciação do padrão visado, gradua-se a culpa dos envolvidos e calibra-se a indenização, como forma de induzir os comportamentos desejados.

Discute-se o papel da situação financeira do causador dos danos na fixação da indenização. O argumento recorrente, como ressalta Visscher, é de que a consideração da riqueza do agente distorce os incentivos para o trabalho e que as regras de responsabilidade

¹⁹² PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 185.

¹⁹³ VISSCHER, Louis T. Tort damages. Ch. 6. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 156-157.

¹⁹⁴ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 142-143.

¹⁹⁵ VISSCHER, Louis T. Tort damages. Ch. 6. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 158.

¹⁹⁶ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 209.

¹⁹⁷ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 1410-141.

civil não são o meio mais adequado para a redistribuição de riquezas. O autor rebate essa linha com base nas diferentes habilidades das pessoas para aumentar sua precaução e adquirir mais riqueza¹⁹⁸.

Na prática, não se mostra viável fazer a análise completa da relação custo-benefício do sistema de responsabilidade civil, pois não há dados suficientes, especialmente sobre os custos indiretos, como de precaução dos potenciais causadores de danos, custos de oportunidade de bens e serviços envolvidos nos danos, falências, dentre outros. Ainda assim, a busca por alternativas mais eficientes permanece aberta¹⁹⁹.

Shavell propõe uma abordagem combinada para a redução de riscos, que se valha de regulações de segurança e de responsabilização. Segundo o autor, é desejável que as partes necessitem observar padrões mínimos de segurança e que possam sofrer a imposição de pagar indenização. As regulações servem para os potenciais ofensores que não detêm níveis de informação adequados, fazendo-os adotarem certas precauções mesmo sem entenderem o porquê. Já a ameaça de responsabilização induz o ofensor que possua um grau alto de informações a adotar o nível de precaução adequado²⁰⁰.

Outro problema prático que se coloca é o fato de os juízes serem suscetíveis ao erro, pois não possuem informações suficientes para determinar o nível ótimo de precaução no caso concreto. As partes, por sua vez, tendem a apresentar informações enviesadas.

Os erros de estimativa do ofensor só afetam os custos de precaução se forem grandes²⁰¹ e o erro judicial puramente aleatório não muda a expectativa de responsabilidade do causador do dano, pois os excessos e as deficiências se compensam²⁰².

2.2.1 Teorema de Coase

O estudo do direito de danos sob a perspectiva da análise econômica do Direito se desenvolveu, em grande medida, com base nos estudos de Ronald Coase. Segundo Coase, em ambientes sem custos de transação, a alocação inicial de propriedade não importa.

¹⁹⁸ VISSCHER, Louis T. Tort damages. Ch. 6. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 172.

¹⁹⁹ VELTHOVEN, Ben C. J. van. Empirics of tort. Ch. 16. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 490.

²⁰⁰ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 286.

²⁰¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 219.

²⁰² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008p. 221.

Os custos de transação são aqueles utilizados para transferir, capturar e proteger os direitos de propriedade. Se tais custos não existissem, haveria a transferência livre do direito de propriedade e cada um acabaria por deter os bens que lhe trazem maior utilidade, independentemente da alocação inicial de bens.

Como o modelo teórico de custos de transação iguais a zero não existe na prática, a alocação inicial do direito de propriedade interfere na distribuição final. Assim, é preciso criar instituições que reduzam os custos de transação, de forma que os indivíduos se engajem em transações que resolvam os problemas alocativos de seus direitos²⁰³.

Para determinados tipos de danos, os custos de negociação são tão altos que as partes não podem cooperar. Os custos de transação são obstáculos à negociação e podem derivar desde impedimentos emocionais até assimetrias de informação. Esses custos de transação serão maiores em casos de responsabilidade civil extracontratual e menores na responsabilidade civil contratual²⁰⁴.

O autor ressalta que a premissa de ser desejável que os negócios causadores de danos sejam forçados a indenizar quem os sofre não leva em conta a comparação do produto total obtido com outros arranjos sociais²⁰⁵.

O tratamento jurídico dado à responsabilidade civil não pode ter como finalidade apenas coibir danos. É preciso aferir se o ganho obtido ao impedir a atividade danosa ou ao determinar a internalização dos danos causados pelo agente causador superam a perda sofrida em razão do declínio da atividade²⁰⁶.

Coase se vale de comparações do valor do produto e utiliza o parâmetro do mercado. O custo de exercer um direito pode representar a perda de outra pessoa. Deve-se levar em conta o custo e o benefício total do exercício daquele direito²⁰⁷.

O autor enxerga o problema das externalidades negativas de forma recíproca, pois a atividade danosa também traz danos ao próprio agente responsabilizado. Assim, a questão passa

²⁰³ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 6.

²⁰⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 189.

²⁰⁵ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, vol. 3 (Out., 1960), pp. 1-44 (44 pages). publicado por: The University of Chicago Press. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/724810>>. Acesso em 20 jun. 2020.

²⁰⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 33-35.

²⁰⁷ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, vol. 3 (Out., 1960), pp. 1-44 (44 pages). publicado por: The University of Chicago Press. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/724810>>. Acesso em 20 jun. 2020.

a ser de evitar o dano mais grave. Coase critica a correção das falhas de mercado via tributação e enfatiza a necessidade de estruturar o direito para o aumento da eficiência alocativa²⁰⁸.

As decisões judiciais são mecanismos de incentivos comportamentais. Como explica Luciano Timm, o teorema de Coase evidencia os “efeitos de segunda ordem” das decisões judiciais, para além do caso concreto apreciado em juízo²⁰⁹.

2.2.2 A fórmula de Learned Hand

A fórmula Hand tem origem na jurisprudência norte-americana e sua finalidade é verificar se a conduta do causador do dano foi ou não negligente para fins de configuração do dever de indenizar. Haverá culpa²¹⁰ se os custos marginais da adoção de determinada medida adicional de precaução forem menores que a consequente redução do dano marginal esperado²¹¹.

Há uma progressiva dificuldade em se encontrar novas medidas de precaução igualmente eficientes. O custo da adoção dessas novas medidas de precaução tende a aumentar à medida que se impõe um dever maior de cuidado ao agente²¹². Sobre a fórmula Hand e os custos da precaução, explica Antonio Porto:

A regra Hand fornece, portanto, um parâmetro de diligência para fins de comparação com o comportamento supostamente culposos do causador do dano. Em linhas gerais, se os custos do acidente são menores do que os custos de se evitá-lo, uma pessoa racional não o impediria, preferindo pagar uma indenização ao lesado. [...] A regra representa, portanto, um incentivo a que se assumam medidas de precaução cujos custos sejam inferiores aos do dano esperado, incentivo que não ocorrerá caso os custos da precaução superarem aqueles do dano estimado.²¹³

²⁰⁸ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 48.

²⁰⁹ TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 99.

²¹⁰ Os autores da *common law* se referem à presença de negligência como necessária para a configuração do dever de indenizar. Nosso sistema, contudo, faz a diferenciação entre negligência, imprudência e imperícia, como subespécies de conduta culposa. Aqui, para se compreender a ideia da fórmula Hand, o termo “negligência” será utilizado como equivalente à conduta culposa, pois são requisitos similares para a responsabilização subjetiva em danos não intencionais nos dois sistemas.

²¹¹ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 182. Custos marginais, ressalta-se novamente, são os custos para a adoção de precaução adicional. Assim, a fórmula Hand determina que se verifique a negligência (ou culpa, no nosso sistema) se houver custo-benefício na adoção de precaução adicional, pois os gastos em que incorreria o causador do dano seriam inferiores ao prejuízo de que foi poupada a vítima.

²¹² PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 183.

²¹³ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 67.

A fórmula Hand apresenta critério de avaliação a conduta do agente causador do dano e permite sua classificação em diferentes gradações, o que viabiliza o estabelecimento de limites de redução ou de majoração do valor da indenização em relação ao dano²¹⁴.

Posner acrescenta que a comparação entre os custos do acidente e os custos da prevenção deve considerar valores marginais, pois permite a aferição de quanto será gasto para precaução adicional e que se saiba até que ponto a precaução é eficiente²¹⁵.

Em suma, o ofensor deve aumentar a precaução até que o custo marginal se iguale ao benefício marginal²¹⁶. Para aplicar essa regra, é preciso comparar o custo para o ofensor com todo o benefício obtido com a precaução, o que envolve a redução do risco à vítima e ao próprio ofensor²¹⁷.

2.2.3 Cheapest cost avoider

A noção de *cheapest cost avoider* ou *least-cost avoider* se aplica quando o risco do acidente puder ser eliminado se qualquer uma das partes, ofensor ou vítima, adotar precaução. Propõe-se que a parte que puder evitar o dano a um menor custo o faça, porque, dessa forma, atinge-se o objetivo de minimizar o custo total do acidente²¹⁸.

Assim, “[...] de acordo com o princípio do *cheapest cost avoider*, nas hipóteses em que qualquer das partes estivesse em condições de evitar o acidente, os custos primários devem ser suportados por quem poderia tê-lo feito a custos menores, eis que possuía vantagem comparativa para fazê-lo e não o fez [...]”²¹⁹.

Landes e Posner explicam que a aplicação da teoria do *cheapest cost avoider* deve olhar para a vítima e para o agente causador do dano e fazer a comparação dos custos. Agregam à

²¹⁴ Battesini propõe a graduação da culpa em levíssima, leve e grave conforme a relação de custo-benefício marginal do nível de precaução adotado pelo agente causador do dano e a participação da vítima, valendo-se da fórmula Hand como ponto de partida. BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 335-347.

²¹⁵ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 180.

²¹⁶ A exemplo do conceito de custo marginal, benefício marginal diz respeito ao ganho adicional obtido com a precaução a mais adotada.

²¹⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 215-216.

²¹⁸ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 17.

²¹⁹ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 54-55.

análise, ainda, a teoria da *last clear chance*, segundo a qual será responsabilizada a parte que teve a última chance de evitar o evento danoso²²⁰.

Esse modelo deve ser aplicado com cuidado, pois é capaz de levar a conclusões de que as regras de responsabilidade civil possam levar a comportamentos subótimos. Os estudos de responsabilidade civil de Shavell enfocam a causação bilateral. O autor ressalta que há situações em que nenhuma das partes consegue, sozinha, evitar os danos a menor custo²²¹.

2.2.4 Apuração de indenização para danos imateriais

Sob a perspectiva da análise econômica do Direito, dano não pecuniário²²² consiste na lesão a um bem que não pode ser substituído, pois não encontra no mercado similar para sua reposição. Os danos imateriais, embora não alterem, de forma direta, a utilidade marginal da riqueza da vítima, afetam o patamar de sua utilidade geral.

Há um decréscimo na utilidade geral da vítima e uma alteração, de forma indireta, na sua utilidade marginal do dinheiro. Nesse ponto, Lindenberg e van Kippersluis destacam a existência de estudos empíricos que demonstram haver queda na utilidade marginal do dinheiro quando uma pessoa se vê diante da perda de sua saúde²²³.

O valor do dano, portanto, deverá corresponder à diminuição no bem-estar social decorrente da perda do bem insubstituível²²⁴. Sob o olhar da análise econômica do Direito, o ato ilícito reduz a utilidade geral da vítima e a indenização serve como medida de compensação por aumentar sua utilidade patrimonial²²⁵.

A indenização por danos extrapatrimoniais envolverá a harmonização entre a correta compensação da vítima e a criação adequada de incentivos para os causadores de danos reduzirem o risco de sua atividade²²⁶.

²²⁰ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 92-93.

²²¹ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 18.

²²² Utilizamos a expressão “dano não pecuniário” como sinônimo de dano extrapatrimonial e de dano moral. A literatura norte-americana não utiliza a expressão que resultaria da tradução literal do termo “dano moral” (*moral damage*). É encontrada a expressão *pain-and-suffering damages*, mas seu uso é, comumente, ligado a casos de acidentes com resultado morte de familiar, vinculado ao sofrimento e à dor, e não para indenizações de lesões extrapatrimoniais de uma maneira geral.

²²³ LINDENBERGH, Siewert D.; KIPPERSLUIS, Peter P. M. van. Non pecuniary losses. Ch. 8. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 221.

²²⁴ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 133.

²²⁵ VISSCHER, Louis T. Tort damages. Ch. 6. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 164.

²²⁶ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 232.

O problema na fixação de indenização para reparar danos morais é que não é possível estimar quanto a pessoa estaria disposta a receber para renunciar ao bem imaterial envolvido no acidente. Posner cita o caso de compensação por morte, pois nenhuma pessoa estaria disposta a desistir da própria vida por menos que uma soma infinita de dinheiro²²⁷.

O autor propõe a utilização de estudos sobre custos com precaução, como gastos com equipamentos de segurança, salários para empregos arriscados e disposição a pagar mais caro por veículos mais seguros²²⁸.

Geistfeld reconhece a dificuldade na quantificação dos danos morais, em especial os decorrentes da dor e do sofrimento, e conclui pela necessidade de haver método estabelecido pelas Cortes para determinar o valor da condenação. O autor explica que, se não houver a compensação, os agentes que violam tais direitos não terão incentivos suficientes para prevenir sua ocorrência²²⁹.

Para computar os danos extrapatrimoniais, Geistfeld propõe uma análise *ex ante* de compensação integral nos casos de negligência, que consiste em considerar os danos atuais e futuros do demandante, bem como a falta de intenção do demandado em lesioná-lo.

A análise *ex ante* leva em conta a soma de dinheiro que uma pessoa razoável aceitaria como justa compensação para o caso sob análise²³⁰. O paradigma da pessoa racional e razoável servirá para apurar quanto seria pago para eliminar o risco e a amplitude desse risco²³¹.

Lindnbergh e van Kippersluis explicam a abordagem da “predisposição a pagar” para a fixação de indenização por danos não pecuniários como uso do mecanismo de *trade off* implícito entre o dinheiro e o risco em escolhas de mercado²³².

Trazem, ainda, três métodos para a apuração de danos extrapatrimoniais, que variam segundo o objetivo visado pela legislação. O primeiro é de reparação da vítima *ex post*, que busca a indenização necessária para compensar a vítima. O segundo visa o montante necessário

²²⁷ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 215.

²²⁸ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 216.

²²⁹ GEISTFELD, Mark. Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries. **California Law Review**, vol. 83, n. 3, 1995, pp. 773–852. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3480865>. Acesso em 18 set. 2020.

²³⁰ GEISTFELD, Mark. Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries. **California Law Review**, vol. 83, n. 3, 1995, pp. 773–852. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3480865>. Acesso em 18 set. 2020.

²³¹ GEISTFELD, Mark. Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries. **California Law Review**, vol. 83, n. 3, 1995, pp. 773–852. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3480865>. Acesso em 18 set. 2020.

²³² LINDNBERGH, Siewert D.; KIPPERSLUIJ, Peter P. M. van. Non pecuniary losses. Ch. 8. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 223.

para dissuadir o agente causador do dano. Por fim, o terceiro se relaciona com o valor de seguro que a parte optaria por contratar para afastar o risco²³³.

Hugo Acciarri traz ressalva quanto à complexidade de se trabalhar com um sistema de seguros para calcular o valor de indenização por danos extrapatrimoniais. O autor explica que a aversão ou predisposição ao risco operam como fatores importantes e que se deve levar em conta quanto a parte efetivamente gastou com precaução e quanto custaria a contratação de um seguro. Por fim, conclui:

Provavelmente, seja mais frutífero conceber o problema no marco de um mecanismo de coordenação mais abrangente, e como um setor mais sujeito ao mercado, entendido este em um sentido mais amplo, nos que se conjugam preferências sobre alternativas, compostas por combinações de riscos e atividades, mas com vias de ajuste intermediadas por instituições. [...] Talvez, finalmente, explicitar essas relações e esses dados, e integrar os diversos instrumentos de investigação possíveis (mesmo os experimentais) seja um requisito inicial do caminho, sempre perfectível, para revelar as demandas e ofertas de seguridade, de indenização e de cobertura, e poder captar os modelos de comportamento e estruturas de preferências implicados.²³⁴

Pode ser o caso de ter sido feita uma escolha entre o risco e o dinheiro, ou seja, a parte pode ter optado em aceitar o risco de dano e não arcar com os custos da prevenção. Nesse caso, a análise deve levar em conta a diferença do que foi gasto em prevenção e quanto custaria o seguro ou na diferença entre o nível de precaução adotado e o nível suficiente para afastar o dano.

No caso de dano extrapatrimonial reduzido, Shavell defende que as Cortes não deverão tentar estimá-los, pois os custos administrativos superarão a indenização a ser fixada. Acciarri, no entanto, destaca que: “[...] se o procedimento de quantificação é suficientemente barato, não há obstáculo para que se indenizem ainda estes danos.”²³⁵

Já para as perdas extrapatrimoniais grandes e, especialmente se os danos materiais forem pequenos, as Cortes devem tentar fazer essa estimativa, para evitar que se comprometam os incentivos à redução de riscos²³⁶.

Shavell propõe que se considere na fixação do montante indenizatório o decréscimo de utilidade experimentada, a precaução adotada, o nível de desvio do comportamento desejado e

²³³ LINDNBERGH, Siewert D.; KIPPERSLUIS, Peter P. M. van. Non pecuniary losses. Ch. 8. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 224.

²³⁴ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coord.). 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, cap. VI.

²³⁵ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coord.). 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, cap. VI.

²³⁶ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 134.

os ganhos ilícitos obtidos com a conduta danosa. Dessa forma, permite-se que os agentes causadores de dano em potencial façam estimativas de custo-benefício adequadas²³⁷.

2.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE DANOS INTENCIONAIS

2.3.1 Análise econômica dos danos intencionais cíveis

Landes e Posner conceituam danos intencionais como aqueles resultantes da conduta que notoriamente possui alta probabilidade de produzir determinado resultado danoso, ou que o resultado danoso provável seja de dano de enorme severidade ou, ainda, que o custo de evitar o dano seja muito baixo²³⁸.

Assim, os danos são considerados intencionais quando a conduta do agente ou sua atividade apresenta enorme possibilidade de produzir o resultado danoso. É o caso, por exemplo, de um condutor de veículo automotor que decide dirigir com os olhos vendados em avenida movimentada durante o horário de pico de trânsito e vem a causar um acidente.

Será intencional, ainda, o dano conforme a severidade do resultado, como sucede com defeitos em projeções de engenharia que levam à ruína completa do edifício, ou o baixo custo de ser evitado, nos casos de instalação de filtros de ar que previnem poluição do ar em chaminés de fábricas.

Os autores diferenciam, ainda, casos em que os custos de transação do mercado são altos e o criminoso se vale da prática ilícita para evitá-los. Nessa hipótese, dizem que os danos adicionais devem levar em conta e serem limitados ao custo adicional da transação no mercado²³⁹.

Outra hipótese colocada pelos autores é de custos de transação baixos, nos quais é importante que o valor da indenização seja superior ao custo da transação em mercado, para não gerar a indiferença entre recorrer à prática ilícita ou barganhar pelo bem em questão²⁴⁰.

Os valores praticados no mercado servem para guiar a fixação da indenização. O julgador deve se preocupar em criar um ambiente institucional em que a prática de danos

²³⁷ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 147.

²³⁸ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 152-153.

²³⁹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 160-161.

²⁴⁰ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 159-160.

intencionais não seja vantajosa. Dessa forma, o montante da reparação a ser paga pela vítima precisa superar o ganho que o agente teve ao evitar os custos de transação do mercado.

Posner explica que, como se busca viabilizar a alocação de recursos por meio do mercado tanto quanto possível, é preciso que ao sujeito não seja permitido ser indiferente entre roubar o carro do vizinho ou comprá-lo²⁴¹.

A imposição do dever de indenizar os danos intencionais deve se pautar pela necessidade de induzir as partes a se comportarem de modo eficiente quando a atividade envolvida é lícita e não se deseja a completa dissuasão de sua prática²⁴². Como já alertava Coase, é preciso avaliar o ganho total para a coletividade, que se beneficia da prática de certas atividades suscetíveis a causar danos para determinadas pessoas.

Dessa forma, a indenização precisa ser suficiente para compensar a vítima e dissuadir a prática de novos ilícitos, mas não excessiva a ponto de coibir a prática da atividade de maneira geral. Companhias áreas devem compensar consumidores pela perda de bagagem e serem incentivadas a se prevenirem para evitar novos extravios de malas, mas não se deve fixar indenização de tal monta que sirva de desestímulo a prestação do serviço de transporte aéreo.

Posner considera alguns danos acidentais como intencionais se for possível redução da probabilidade de sua ocorrência com a tomada de maior precaução pelo agente causador do dano²⁴³. O autor sugere, ainda, que não se admita a defesa da negligência concorrente em casos de dano realmente intencional, pois o custo de evitar o dano será menor para o agente do que para a vítima²⁴⁴.

As vítimas que ingressam em juízo servem ao objetivo social de dissuasão, pois geram a possibilidade de os agentes internalizarem os danos que causaram. Nesse aspecto, os custos da litigância exercem importante influência no comportamento dos potenciais demandantes.

Se os custos forem muito altos, ainda que praticado o ato ofensivo, não haverá ingresso em juízo²⁴⁵. Por outro lado, se os custos de litigar forem excessivamente reduzidos, as vítimas ingressarão em juízo, ainda que o nível de cuidado do agente tenha sido adequado²⁴⁶.

²⁴¹ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 227.

²⁴² LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 156.

²⁴³ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 224.

²⁴⁴ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 227.

²⁴⁵ VISSCHER, Louis T. Tort damages. Ch. 6. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 167-168.

²⁴⁶ VISSCHER, Louis T. Tort damages. Ch. 6. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 154.

É preciso considerar, ainda, a escolha adequada do nível de atividade da vítima. O equilíbrio no valor dos custos da litigância permite que o causador do dano seja dissuadido da prática de novos ilícitos, mas incentiva também a vítima a adequar seu nível de atividade para não precisar se socorrer ao processo judicial a todo momento.

Em estudo sobre infrações de trânsito, Bar-Ilan e Sacerdote concluíram que multas mais altas aumentam a dissuasão em todos os grupos de condutores, inclusive os já condenados por crimes violentos e por crimes contra o direito de propriedade²⁴⁷. Os experimentos foram conduzidos em Israel e São Francisco.

Os pesquisadores verificaram que condutores previamente condenados por crimes violentos ou contra a propriedade praticavam infrações de trânsito mais frequentemente²⁴⁸. A resposta ao aumento das multas foi a mesma para condutores com antecedentes criminais e sem antecedentes criminais.

Os autores trazem o resultado das análises e de estudos que corroboram a assertiva de que criminosos tomam decisões racionais em relação à prática ou não de atividades ilícitas e que respondem a incentivos como o aumento das multas²⁴⁹.

Com base nesse estudo, verifica-se que o aumento no rigor da sanção imposta aos responsáveis por danos intencionais serve para dissuadir a prática de novos danos e possui capacidade dissuasória tanto para quem já sofreu punição anterior quanto por quem ainda não foi sancionado. Dessa forma, o incremento no nível de danos intencionais pode ser combatido com o aumento da sanção imputada ao agente.

2.3.2 Análise econômica do crime

A análise econômica do crime busca identificar suas principais causas e propor medidas eficientes para melhorar o nível de segurança pública²⁵⁰. A disciplina se baseia na relação delito-punição como determinante para o nível de criminalidade. O objetivo social é tornar nulo

²⁴⁷ BAR-ILAN, Avner; SACERDOTE, Bruce. The response of criminals and noncriminals to fines. **The Journal of Law & Economics**, vol. 47, n. 1, 2004, p. 1–17. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/10.1086/380471>. Acesso em: 17 nov. 2020.

²⁴⁸ BAR-ILAN, Avner; SACERDOTE, Bruce. The response of criminals and noncriminals to fines. **The Journal of Law & Economics**, vol. 47, n. 1, 2004, p. 1–17. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/10.1086/380471>. Acesso em: 17 nov. 2020.

²⁴⁹ BAR-ILAN, Avner; SACERDOTE, Bruce. The response of criminals and noncriminals to fines. **The Journal of Law & Economics**, vol. 47, n. 1, 2004, p. 1–17. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/10.1086/380471>. Acesso em: 17 nov. 2020.

²⁵⁰ SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Análise econômica do crime. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 311.

o retorno lucrativo médio do crime, com a maximização de seus custos e/ou a minimização dos seus lucros²⁵¹.

Para a análise econômica do Direito, as transações voluntárias são tidas como eficientes, pois não aconteceriam se as partes envolvidas não acreditassem que vão estar melhor após a sua realização.

Já os atos ilícitos são ineficientes, porque resultam de transações involuntárias²⁵², por meio das quais se transfere, compulsoriamente, riqueza da vítima para o agente causador do dano num cenário de custos de transação baixos²⁵³.

Há, também, um custo social associado à criminalidade, pois o aumento da prática de crimes pode arrefecer o nível de atividade econômica de uma região e desestimular novos investimentos²⁵⁴. A necessidade de prevenir ou de arcar com prejuízos decorrentes da prática criminosa impõe custos adicionais à produção, aumenta o preço repassado ao consumidor e age como fator importante no custo de oportunidade da decisão de empreender ou não empreender naquele local.

Considerado precursor no estudo da análise econômica do crime, Gary Becker coloca a questão das decisões ótimas no combate à criminalidade como aquelas que minimizam as perdas sociais diante das ofensas. Essas perdas são um agregado de custos de apreensão, de condenação e de aplicar as penalidades impostas²⁵⁵.

O objetivo da lei criminal, portanto, deve ser a dissuasão eficiente da prática criminosa. Essa finalidade é atingida com a minimização do custo social do crime, que consiste na soma do mal causado com os custos totais da persecução criminal²⁵⁶.

A análise econômica do Direito explica como uma pessoa racional e amoral decide praticar crimes. Por racional e amoral, deve-se entender quem determina, cuidadosamente, a forma para atingir as finalidades ilegais, sem culpa ou moral internalizada²⁵⁷.

²⁵¹ SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Análise econômica do crime. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 320.

²⁵² POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 17.

²⁵³ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 225-226.

²⁵⁴ SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Análise econômica do crime. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 312.

²⁵⁵ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal of Political Economy**, vol. 76, n. 2, 1968, pp. 169–217. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1830482>. Acesso em 20 jul. 2020.

²⁵⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 474.

²⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 463.

A punição do crime é apenas uma probabilidade e não uma certeza. Os criminosos racionais e amorais levam em conta a punição esperada e a probabilidade de ser punido em comparação com o ganho do crime. A prática criminosa será preferível para o potencial ofensor quando houver pequenas chances de ser pego ou em caso de punição insuficiente²⁵⁸.

Dessa forma, para a análise econômica, o criminoso atua como agente racional e reage aos incentivos que lhe são colocados. O lucro esperado com o crime é comparado ao risco de ser responsabilizado e, então, o agente toma a decisão de praticar ou não o ilícito.

Os fatores que levam o criminoso amoral e racional a cometer crimes são a gravidade da punição, a probabilidade de ser punido e a oportunidade para praticar ilícitos. Esses fatores são elaborados para crimes premeditados, em que há uma prévia valoração dos prós e contras pelo agente antes de decidir se comete o ilícito ou não.

Como explicam Cooter e Ulen, no caso de crimes espontâneos, os criminosos agem como se tivessem feito essa deliberação prévia. Diante da oportunidade de cometer crimes, há resposta imediata aos benefícios e riscos, como se houvesse sido feita a deliberação e esse comportamento pode ser explicado pelo modelo econômico²⁵⁹.

Luciano Timm, ao abordar a questão da Justiça Criminal entre a ressocialização e a punição, explica que a análise econômica enxerga o criminoso como pessoa comum e o crime enquanto atividade econômica como outra qualquer. Ainda que a racionalidade do agente não seja perfeita, existe uma margem de escolha²⁶⁰.

É preciso analisar, também, o custo da penalização em relação ao custo da tolerância do delito. A criminalização pode se tornar ineficiente e algumas penas podem trazer benefícios inferiores a seus custos. Ainda, é preciso comparar os custos das diferentes penas²⁶¹.

²⁵⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 465.

²⁵⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 469-470. Os autores apresentam uma série de estudos empíricos que corroboram a assertiva de que, mesmo em crimes espontâneos, o criminoso age como se tivesse realizado a deliberação prévia de custo-benefício do crime (p. 492-497). Os autores ressaltam, contudo, que os experimentos demonstraram que as pessoas possuem pouca memória de longo prazo e o acréscimo da pena abstratamente cominada em dois anos para três anos, por exemplo, tem pouco efeito na decisão futura de cometer novos crimes. Acrescentam, ainda, que a certeza da punição tem maior efeito dissuasório do que o aumento do tempo de prisão.

²⁶⁰ TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 71-72.

²⁶¹ SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Análise econômica do crime. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 320.

Para diminuir a prática de determinado ilícito, pode se mostrar mais eficiente aumentar a pena do que aumentar a fiscalização, pois chega-se à mesma pena esperada²⁶² com um custo menor²⁶³.

A maioria dos crimes também gera danos indenizáveis. Se a responsabilização civil causa a internalização dos custos do ilícito, a tipificação penal seria desnecessária do ponto de vista econômico.

A tutela penal se justifica pela limitação das possibilidades da compensação, que não é perfeita na maioria dos casos, e em razão da escolha de se proteger o bem jurídico ao invés de compensar sua violação. A diferença está na finalidade de internalização ou de dissuasão²⁶⁴.

2.4 INDENIZAÇÃO POR QUEBRA DE CONTRATO NA ANÁLISE ECONÔMICA

Para a análise econômica do Direito, os contratos funcionam sob a lógica de mercado e é preciso pensá-los nesse contexto. Luciano Timm explica que a função social dos contratos é permitir o fluxo de trocas do mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras²⁶⁵.

Os danos contratuais, sob a perspectiva da análise econômica, têm por objetivo reforçar e incentivar o adimplemento espontâneo pelas partes. A quebra contratual não será incentivada se o inadimplemento for mais ineficiente do que o cumprimento da avença. É preciso alinhar os incentivos para que não seja mais vantajoso para a parte romper o negócio do que adimpli-lo, pois os agentes deixarão de quebrar os contratos se os custos do rompimento forem maiores que seus benefícios²⁶⁶.

Sob a concepção de expectativa, a indenização devida pelo rompimento do contrato deverá alcançar o montante necessário para colocar a vítima em uma situação similar àquela

²⁶² Pena esperada é o resultado da operação de multiplicação da pena prevista pela probabilidade da punição. Assim, se a probabilidade de punição é de 10% e a pena esperada é de 10 anos, a pena esperada será de 1 ano. O aumento da pena esperada depende da majoração de um dos dois fatores: pena prevista ou probabilidade de punição.

²⁶³ TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 10.

²⁶⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 461-462.

²⁶⁵ TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 61.

²⁶⁶ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 9.

em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido²⁶⁷, pois o descumprimento da obrigação contratada causa à parte prejudicada uma privação da utilidade por ela barganhada na formação do negócio jurídico.

A medida de danos na quebra contratual será apropriada se levar em conta os valores que as partes alçariam caso tivessem barganhado o inadimplemento em condições ideais, uma vez que poderiam alinhar suas expectativas, proteger a confiança, facilitar o planejamento e fornecer os incentivos adequados para a performance específica e a precaução²⁶⁸.

Cooter e Ulen identificam três remédios diferentes para o descumprimento contratual: a sanção prevista no contrato, os danos fixados judicialmente e a estimação da performance específica²⁶⁹. Em relação aos danos fixados judicialmente, os autores sustentam que a parte que sofreu a inadimplência deve ser colocada na situação que estaria se o contrato fosse cumprido ou naquela em que estaria se nunca tivesse contratado com a outra parte²⁷⁰.

Ressaltam os autores, ainda, que é preciso levar em conta o custo de oportunidade perdido pela parte em relação a outros possíveis contratos que poderiam ter sido firmado no lugar do vínculo inadimplido e que a compensação perfeita deixa o sujeito em situação de igual utilidade, tanto se o contrato tivesse sido adimplido, quanto no caso de inadimplemento mais o recebimento da indenização²⁷¹.

²⁶⁷ COOTER, Robert; EISENBERG, Melvin Aron. Damages for breach of contract. *California Law Review*, vol. 73, n. 5, 1985, pp. 1432–1481. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3480408>. Acesso em 17 nov. 2020.

²⁶⁸ COOTER, Robert; EISENBERG, Melvin Aron. Damages for breach of contract. *California Law Review*, vol. 73, n. 5, 1985, pp. 1432–1481. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3480408>. Acesso em 17 nov. 2020.

²⁶⁹ No ordenamento jurídico brasileiro, a execução da obrigação específica (art. 536 do CPC) é similar à estimação de performance específica a que se referem Cooter e Ulen. Confira-se: “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. § 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento. § 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência. § 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber. § 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

²⁷⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 309-311.

²⁷¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 311-315.

Ao tratar da responsabilidade civil decorrente de fornecimento de produtos e de acidente industrial, Landes e Posner expõem que os fornecedores podem reduzir o número de eventos danosos mediante a adoção de medidas extras de precaução ou reduzindo o volume de produtos fornecidos²⁷². Assim, associam a redução de danos contratuais ao aumento da precaução ou à redução do nível de atividade por parte do fornecedor.

O inadimplemento contratual também pode decorrer de escolha de uma das partes para se evitar prejuízo considerável ou por ser mais lucrativo o rompimento do que o adimplemento. O prejuízo considerável como consequência do cumprimento do negócio jurídico pode resultar da imprevisão contratual ou da má formulação do negócio jurídico. Em qualquer dos casos, poderá o ordenamento jurídico prever instrumentos para a revisão ou extinção da avença²⁷³.

Como adverte Posner, uma importante função dos contratos é transferir o risco para quem pode suportá-lo melhor. Assim, se o risco se materializar, a parte que o assumiu deve pagá-lo²⁷⁴.

Luciano Timm e João Guarisse tratam do inadimplemento contratual como natureza secundária da responsabilidade civil, ou seja, o inadimplente arcará com os custos da parte prejudicada e os lucros razoavelmente esperados do negócio²⁷⁵.

²⁷² LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 275.

²⁷³ Exemplo dessa possibilidade é a resolução por onerosidade excessiva prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil.

²⁷⁴ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998, p. 133.

²⁷⁵ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019, p. 173.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA NA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS POR RECUSA AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO EM CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

3.1 O ARTIGO 20 DA LINDB E AS CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Lei nº 13.655/2018 incluiu o artigo 20²⁷⁶ na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Esse dispositivo prevê a necessidade de o julgador considerar as consequências práticas da decisão quando se basear em valores jurídicos abstratos, bem como de motivar a necessidade daquela decisão em face de outras possíveis alternativas.

O projeto de lei que resultou na alteração da LINDB (PL nº 7.448/17) foi apresentado pelo Senador Anatasia, que explicou que o intento da norma foi de “[...] incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público.”²⁷⁷.

Esse dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 9.830/2019. A norma regulamentadora considerou como “valores jurídicos abstratos” os previstos em normas jurídicas de alto grau de indeterminação e abstração, esclareceu que as consequências práticas indicadas na decisão necessitam ser apenas aquelas vislumbradas no exercício diligente de atuação do tomador de decisão e incluiu os critérios de adequação, proporcionalidade e razoabilidade²⁷⁸.

²⁷⁶ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

²⁷⁷ ANASTASIA, Antonio. Justificativa. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

²⁷⁸ “Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão. § 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração. § 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos. § 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.”. BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos arts. 20 ao 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

A finalidade do art. 20 da LINDB foi de reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões²⁷⁹. Buscou-se orientar a forma de aplicação de normas com alto grau de generalidade e abstração por meio da exigência de explicitação das razões que levaram àquela solução de concreção dos conceitos e da justificativa da escolha adotada em face de outras possíveis alternativas.

A incidência do art. 20 da LINDB se dá nos casos de aplicação de regras de maior densidade jurídica e, portanto, nos quais há atividade criativa mais intensa do prolator da decisão²⁸⁰. A norma traz uma técnica a ser utilizada pelo julgador para enfrentar o problema da abertura conceitual na legislação.

Critica-se a introdução do art. 20 da LINDB por conferir o exercício de funções exclusivas do legislador para o Judiciário, por retirar do texto legal o limite semântico ao intérprete e permitir arbitrariedades e voluntarismos²⁸¹.

Não houve atribuição de funções do legislador ao juiz. A norma orienta a interpretação de leis postas pelo legislador. Dizer qual o sentido da norma geral e abstrata diante do caso concreto é função precípua do Poder Judiciário. Não é possível ao legislador antever todas as peculiaridades da vida prática e, por isso, vale-se de conceitos abertos no texto da lei.

Como explica Justen Filho, há uma proliferação de normas gerais e abstratas, dotadas de elevado grau de generalidade. Com isso, surge uma gama de possíveis soluções para resolver o caso concreto, o que propicia dificuldades relevantes ao aplicador do direito²⁸². O artigo 20 vem para auxiliar na superação de tais dificuldades.

Também não é possível se extrair do texto que a literalidade da norma não será mais o limite semântico para a sua interpretação. Dizer o sentido de um conceito abstrato não é a mesma coisa que substituir a previsão legal por outra. É possível extrapolar o limite semântico considerando ou não as consequências práticas da decisão tomada. Uma situação não decorre, necessariamente, da outra.

²⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

²⁸⁰ AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco. Lei nº 13.655/18 – Análise dos arts. 20 a 30 da LINDB e primeiras impressões de sua utilização na conformação das atuações dos diferentes órgãos de controle. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 19, n. 215, p. 9-21, jan. 2019.

²⁸¹ DUARTE, Leonardo Avelino; PEREIRA, Danilo Elias. A LINDB e a autofagia do direito. **Revista de Direito Privado**. vol. 94. ano 19. p. 29-41. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

²⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

A título ilustrativo, “ativo e probo” podem ser considerados conceitos abstratos e genéricos²⁸³. O julgador deverá determinar, na apreciação do caso concreto, se houve atuação condizente com os conceitos de pessoa ativa e proba.

A consideração de quais as consequências práticas da decisão ao estabelecer que uma conduta foi ou não ativa e proba não importa em substituição desse parâmetro legal por “inerte e desonesto”. Aferir em que medida a decisão afeta a administração de sociedades na prática não é a mesma coisa que desvirtuar o sentido literal da norma.

Ainda, a fuga à literalidade da norma pode ocorrer mesmo que não se considerem as consequências práticas da decisão tomada ou as alternativas disponíveis. É possível, embora não seja a melhor técnica decisória, que o julgador interprete “ativo e probo” como “não ostensivamente negligente” e nada mencione acerca das consequências práticas de sua decisão.

O mesmo argumento serve para afastar a crítica do ensejo à arbitrariedade e a voluntarismos. Esses vícios decisórios não dependem da consideração das consequências práticas. Do contrário, é mais fácil aplicar uma retórica voluntarista e fora do limite semântico da literalidade da lei sem ter de analisar as decorrências do que se está decidindo ou as demais alternativas possíveis para o caso concreto.

Importante salientar, como explica Justen Filho, que o aludido artigo “[...] não impôs a preponderância de uma concepção consequencialista do direito. Não estabeleceu que a avaliação dos efeitos determinará a solução a ser adotada, independentemente das regras jurídicas aplicadas.”²⁸⁴.

Segundo José Vicente Santos de Mendonça, o consequencialismo pode ser conceituado como a postura, interpretativa ou cognitiva, que considera as consequências do ato, da teoria ou do conceito adotado. Assim, o autor identifica o ponto de contato entre o tema e a LINDB, pois o consequencialismo jurídico é a “[...] postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa.”²⁸⁵.

²⁸³ O exemplo se baseia no disposto no artigo 1.011, *caput*, do Código Civil: “Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.” 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/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

²⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

²⁸⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de

A alteração legislativa buscou enfocar o consequentialismo e orientar a interpretação das normas jurídicas abstratas a partir do primado da realidade²⁸⁶. O enfoque ao consequentialismo deve ser lido como a postura de aproximar a norma dos fatos que ela regula.

Similar disposição já se encontrava prevista no art. 489, § 1º, II, do CPC²⁸⁷, que determina a explicitação do motivo concreto da aplicação de conceitos indeterminados na resolução do caso prático.

A generalidade e a abstração das normas de hierarquia superior podem levar à adoção de soluções simplistas e aumentar a insegurança jurídica, por meio da adoção de fórmulas verbais destituídas de conteúdo determinado e capazes de conduzir aos mais variados resultados²⁸⁸.

Carlos Eduardo Elias de Oliveira denomina a regra contida no art. 20, *caput*, e no art. 21 da LINDB como princípio da motivação concreta, segundo o qual é necessário: “[...] que o agente público incorpore à motivação dos atos administrativos a efetiva análise de valores abstratos (*rectius*, princípios, cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados). É necessário explicitar quais serão as consequências concretas da solução jurídica.”²⁸⁹.

A justificativa da decisão judicial não pode ser genérica e abstrair as consequências concretas que serão produzidas a partir dela. Estas devem ser ponderadas para que se produza uma decisão mais equilibrada e justa²⁹⁰. Ignorar as repercussões práticas da concreção de normas genéricas e abstratas pode importar no desvirtuamento da finalidade da lei.

Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

²⁸⁶ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público: Lei 13.655/2018** [livro eletrônico]. Coleção soluções de direito administrativo: leis comentadas. Série I: Administração Pública, v. 10. MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (Coord.). 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-1.1.

²⁸⁷ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; [...]”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

²⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

²⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Por uma sistematização da recente mudança da LINDB pela Lei nº 13.655/2018. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 7, n. 18, p. 13-30, maio/ago. 2018.

²⁹⁰ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público: Lei 13.655/2018** [livro eletrônico]. Coleção soluções de direito administrativo: leis comentadas. Série I: Administração Pública, v. 10. MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (Coord.). 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-1.1.

Segundo Flávio Henrique Unes Pereira, a interpretação da lei envolve dois momentos distintos, o da validação e o da aplicação da norma. É no discurso de validação normativa que se verifica se a norma é adequada a determinado caso²⁹¹.

Ainda que não seja possível ao julgador antever e precisar as exatas consequências de sua decisão, a retórica da motivação agrega à prestação da atividade jurisdicional. As premissas de quais consequências foram levadas em conta são passíveis de serem falseáveis com dados empíricos da realidade, tanto para reforma do julgado, quanto para revisão de posicionamento adotado pela Corte. A prestação jurisdicional ganha em qualidade.

Nesse sentido, José Mendonça afirma ser melhor a retórica das consequências do que a retórica dos princípios²⁹². Não há, contudo, conflito necessário entre as duas retóricas. O caso é de complementariedade e de fornecimento de novos instrumentos para validar a retórica dos princípios.

A resolução de conflito entre direitos fundamentais com base no sopesamento entre eles é elevada com a consideração das consequências práticas da decisão tomada. A decisão judicial que defere prioridade a determinado direito pode ser aprimorada com a possibilidade de aferição se suas consequências práticas, de fato, serviram para a promoção daquele direito.

A leitura do art. 20 da LINDB não deve ser no sentido de que as consequências práticas orientam a aplicação do direito, mas sim que a finalidade pretendida pela norma não pode ceder diante da retórica jurídica quando sua aplicação prática importar em desvirtuamento do intento legal.

Dito de outro modo, feita a interpretação e a ponderação de valores jurídicos, determina-se qual o princípio que deve prevalecer no caso concreto. A instrumentalização dessa prevalência ocorre na decisão judicial, com a criação da norma jurídica que irá resolver o caso concreto.

A aferição das consequências práticas da decisão judicial serve para verificar se o princípio que se decidiu prevalente está sendo tutelado pela norma jurídica do caso concreto. É possível que a decisão judicial procure tutelar determinado bem jurídico, mas sua formulação acabe por vulnerá-lo. Não pode a retórica jurídica prevalecer nessa hipótese, porquanto o fim

²⁹¹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

²⁹² MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

atingido foi o inverso da conclusão obtida pelo julgador quando realizou a ponderação de princípios jurídicos.

Como salienta Flávio Henrique Unes Pereira, “[...] o processo e o Direito servem à vida e esta não pode ser atingida sem que sejam mensurados os efeitos de cada solução possível – isso, também, insere-se na dimensão da decisão adequada”²⁹³.

Ainda sobre as críticas à adoção do consequencialismo, Guilherme Aguiar observa que o dispositivo legal em questão não obriga que as decisões sejam tomadas com base na solução que traga menos efeitos negativos, mas sim que se fundamente a escolha adotada²⁹⁴.

Ao determinar que se considerem as possíveis soluções alternativas, não se pretendeu que o tomador de decisões buscasse todas as alternativas existentes no mundo dos fatos, o que seria impossível. Trata-se de exigência de que o julgador considere as diferentes soluções aventadas nos autos do processo²⁹⁵.

Outras possíveis alternativas que se mostrem viáveis com o passar do tempo, servirão para o amadurecimento da interpretação da lei e ao aperfeiçoamento da jurisprudência, com a criação de instanciações da norma concretizada ou mesmo da superação do entendimento anterior.

Salama e Sundfeld destacam que o art. 20 enfatiza a necessidade de que juízes e controladores pensem como políticos ao extraírem força normativa dos princípios²⁹⁶. A fundamentação das decisões judiciais adquire, portanto, especial relevância, uma vez que permite avaliar se a adequação normativa foi manejada pelo aplicador do direito²⁹⁷.

Os freios valorativos serão utilizados para limitar o cálculo utilitarista acerca das consequências da decisão, pois não se deve utilizar o sopesamento das consequências práticas

²⁹³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

²⁹⁴ AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco. Lei nº 13.655/18 – Análise dos arts. 20 a 30 da LINDB e primeiras impressões de sua utilização na conformação das atuações dos diferentes órgãos de controle. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 19, n. 215, p. 9-21, jan. 2019.

²⁹⁵ AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco. Lei nº 13.655/18 – Análise dos arts. 20 a 30 da LINDB e primeiras impressões de sua utilização na conformação das atuações dos diferentes órgãos de controle. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 19, n. 215, p. 9-21, jan. 2019.

²⁹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha lei de introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

²⁹⁷ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

como único fundamento para decidir²⁹⁸. Para tanto, a regulamentação do artigo 20 pelo Decreto nº 9.830/2019 trouxe os critérios de adequação, proporcionalidade e razoabilidade como balizas para avaliar as consequências práticas e as alternativas possíveis.

3.2 PROPOSTA DOGMÁTICA PARA A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS

No tópico anterior, vimos que o art. 20 da LINDB trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de se levar em conta as consequências práticas das decisões judiciais quando o julgador se basear em valores jurídicos abstratos e, ainda, a exigência de motivação da alternativa escolhida em face de outras possibilidades.

Ressaltou-se que a introdução do art. 20 na LINDB teve a finalidade de aumentar os índices de segurança jurídica e a eficiência das decisões judiciais. Ainda, analisou-se que o consequentialismo previsto no artigo não foi imposto como única razão de decidir e sua aplicação não deve ser feita para desvirtuar a literalidade dos comandos legais, tampouco deve servir de pretexto para decisões arbitrárias.

No capítulo 2, vimos que análise econômica do Direito consiste na aplicação do instrumental da Economia para conferir capacidade de diagnóstico e de prognóstico ao Direito. O Direito não possui capacidade preditiva, ao passo que a Economia trabalha com a análise de dados e a formulação de premissas falseáveis.

Destacou-se que a análise econômica do Direito estuda, primordialmente, as consequências das normas jurídicas e das decisões judiciais, seja para investigar a melhor forma de interpretar o direito posto (vertente positiva), seja para propor alterações legislativas (vertente normativa) ou para auxiliar a formulação de políticas públicas (vertente institucional).

Foram analisados alguns conceitos introdutórios da disciplina, que visa evitar o desperdício de recursos escassos e, dessa forma, promover a eficiência na aplicação do Direito. Verificou-se, também, que a análise econômica do Direito estuda o custo de oportunidade das escolhas adotadas, com o entendimento de que há renúncia às demais alternativas quando se faz uma determinada opção.

Destacamos que a análise econômica do Direito é neutra na avaliação do que é justo ou injusto. Seu aparato serve para verificar se determinada estrutura normativa atende aos fins por

²⁹⁸ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018 [livro eletrônico]. Coleção soluções de direito administrativo: leis comentadas. Série I: Administração Pública, v. 10. MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (Coord.). 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-1.1.

ela visado ou quais as alternativas para mudança de comportamento dos agentes. Na compreensão de que os recursos são escassos, o desperdício é visto como injusto.

Não há, contudo, como delimitar a finalidade a ser atingida pelo Direito apenas com base na eficiência econômica, pois há mais no conceito de justiça do que eficiência. Assim, o estudo do Direito sob a perspectiva da análise econômica não deve ser feito para desvirtuar a literalidade dos comandos legais, tampouco deve servir de pretexto para decisões arbitrárias.

No capítulo 1, verificou-se que dano moral é a ofensa à dignidade humana, a violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana e a forma de tutela dos bens jurídicos relativos à integridade física e psíquica e ao projeto de vida de seus titulares.

Pontuou-se que o dano moral se diferencia do dano material não por sua origem, mas sim por seus efeitos não-patrimoniais. Os reflexos da ofensa extrapatrimonial podem ser íntimos (dor, humilhação, tristeza, vergonha etc.) ou externos (fama, imagem, reputação).

A decisão que aprecia a violação por danos morais irá se deparar, portanto, com valores jurídicos abstratos e com alternativas diferentes de interpretação acerca da tutela jurídica dada ao aspecto da dignidade humana afetado no caso concreto.

A análise econômica do Direito, por seu turno, confere ao intérprete instrumental para verificar as consequências práticas do ordenamento jurídico, buscar maior eficiência na aplicação da lei e sopesar o custo de oportunidade de escolha de uma linha decisória em face das outras que se deixou de adotar.

Dessa forma, à luz do disposto no art. 20 da LINDB, a análise econômica do Direito é instrumento adequado para auxiliar o julgador na tomada de decisões sobre a quantificação de indenizações por danos morais.

Não se pretende defender a análise econômica do Direito como o único instrumento capaz de auxiliar o intérprete na quantificação da indenização por danos extrapatrimoniais ou que seja viável a utilização de seus conhecimentos em todos os casos de violação à dignidade humana.

O que se pretende demonstrar é em que medida a análise econômica do Direito pode auxiliar na busca por parâmetros a serem utilizados na apuração do dano moral em caso de recusa a fornecimento de medicamentos por prestadoras de serviço na área da saúde²⁹⁹ e, com

299 A expressão geral “prestadoras de serviço na área da saúde” é utilizada para abranger, de forma genérica, todos os casos de que celebração de contratos de assistência à saúde em quaisquer de suas modalidades. Para tanto, compreende-se que “[...] a relação contratual de consumo do segmento de assistência à saúde se forma quando se encontrar, em um dos polos, uma pessoa jurídica que oferece a prestação de serviços de assistência à saúde e, no outro, se encontrar um ou mais consumidores, e o objeto dessa relação for a prestação de um serviço de assistência à saúde.”. GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde** [livro eletrônico]: a ótica da proteção do consumidor.

isso, conferir maior previsibilidade dos valores das condenações, para alinhamento das expectativas das partes, criação de incentivos adequados à proteção do bem jurídico, incremento de segurança jurídica e tratamento isonômico de causas similares.

A espécie de lesão extrapatrimonial selecionada possui afinidade com a metodologia da análise econômica. O agente causador do dano é dotado de suficiente racionalidade, pois se trata de pessoa jurídica inserida em ramo de atividade regulado pelo Estado e que opera visando ao lucro.

A dimensão do interesse jurídico lesado pode ser comparada com o custo de oportunidade de se adimplir ou inadimplir o contrato de prestação de serviços na área da saúde. Não deve ser mais vantajoso para o requerido descumprir o contrato e pagar a indenização do que cumpri-lo.

Por outro lado, o custo da precaução já foi previamente estipulado pelas partes ao acordarem o valor da contraprestação a ser paga pelo consumidor mensalmente em troca da cobertura contratual de assistência à saúde. O pagamento para evitar o risco se mostra possível por ser a contratação de seguros explicada pela lei dos números grandes, segundo a qual eventos imprevisíveis para indivíduos são previsíveis para grupos grandes de pessoas³⁰⁰.

Sobre a justificativa da reparação por danos morais, analisou-se, no primeiro capítulo, que não há diferença entre os efeitos da lesão para se garantir o direito à indenização, pois todo tipo de dano é indenizável³⁰¹. Ainda, com base no princípio da reparação integral³⁰², a indenização se mede pela extensão do dano, de modo que o dano moral deve ser considerado para apurar a reparação total da lesão sofrida.

A vítima não pode ser restaurada ao estado anterior, tal como acontece com a reparação de danos materiais. A indenização, portanto, serve para compensar a perda extrapatrimonial sofrida. As funções da indenização por danos morais encontradas na doutrina e na jurisprudência do STJ são a compensatória, a punitiva, a preventiva, a coibição do enriquecimento sem causa e a restituição do lucro proibitivo.

Coordenação de Antonio Herman V. Benjamin e Claudia Lima Marques. 1. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-6.4.

³⁰⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 47.

³⁰¹ “Art. 186. 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. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 1º jul. 2020.

³⁰² “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 1º jul. 2020.

Para a análise econômica do Direito, o sistema de responsabilidade civil possui a finalidade de fazer os agentes internalizarem as externalidades negativas que suas atividades geram em detrimento de outras pessoas. O objetivo final a ser atingido é a redução dos custos totais dos danos, os quais incluem os custos do prejuízo da vítima, da precaução das partes e os administrativos.

Tal como visto no capítulo 1, o capítulo 2 trouxe a perspectiva da análise econômica de que a indenização por danos extrapatrimoniais não consegue recolocar a pessoa na situação anterior, pois o bem não é encontrado no mercado. A imposição do dever de indenizar serve para aumentar a utilidade total da vítima, que foi reduzida com a ofensa sofrida.

Assim, a indenização por danos morais se justifica por não haver diferença entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais quando se diz que a indenização se mede pela extensão do dano, para recolocar a utilidade geral da vítima no estado anterior à lesão e ante a necessidade de os agentes receberem os incentivos adequados do ordenamento jurídico e das decisões judiciais no que se refere à tutela da dignidade humana.

A quantificação da indenização deverá levar em conta a compensação adequada da vítima, os incentivos necessários para prevenir novas lesões, os limites da vedação ao enriquecimento sem causa e da restituição do lucro proibitivo, por meio da internalização das externalidades negativas geradas pelo causador do dano.

A análise econômica se preocupa com o fornecimento de incentivos adequados aos agentes e a maximização de utilidade total da sociedade, de modo que a compensação da vítima deverá trazer maior utilidade do que a redução de utilidade sofrida pelo agente. Assim, o ganho (indenização) deverá ser mais benéfico para a vítima do que a perda (custo adicional ao risco do negócio de prestação de assistência à saúde) para o causador dos danos.

Nesse ponto, o caso selecionado conta, em regra, com a diferença de realidades econômicas entre o causador do dano e a vítima. As prestadoras de serviço de assistência à saúde costumam ter potencial econômico muito superior ao de seus consumidores. Dessa forma, a indenização fixada será capaz de trazer aumento de utilidade para o lesado maior do que a redução de utilidade experimentada pela prestadora, desde que não seja fixada em patamar alto a tal a ponto de comprometer o equilíbrio financeiro da empresa³⁰³.

³⁰³ Para verificar se a condenação não irá comprometer a viabilidade da atividade de assistência à saúde exercida pela empresa requerida, é possível acessar os demonstrativos financeiros da parte. A Qualicorp, por exemplo, disponibiliza online seus demonstrativos dos últimos dois anos. Disponível em: <<https://www.qualicorp.com.br/demonstrativo-financeiro/>>. Acesso em 20 nov. 2020.

No que tange à quantificação dos danos morais, vimos, no capítulo 1, que o STJ desenvolveu o método bifásico de sua apuração na busca por superar a indefinição legal e com vistas a trazer sistematicidade para a quantificação dos danos morais. Segundo esse método, primeiro, é necessário se estabelecer um valor básico, tendo em conta o interesse jurídico lesado. Depois, na segunda etapa, devem ser consideradas as peculiaridades do caso concreto.

No estudo da responsabilidade civil no âmbito do Direito, são identificados vários critérios relativos às especificidades do caso concreto adequados para quantificar os danos morais, tais como a gravidade da culpa do ofensor, a existência ou não de culpa concorrente da vítima, a razoabilidade e a proporcionalidade, o critério equitativo do juiz, a repercussão do dano, a possibilidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento da vítima, as condições sociais e pessoais do ofendido, a repercussão da lesão na vida do ofendido e no seu meio social, a existência de prática reiterada pelo agente e o número de pessoas afetadas.

Os autores propõem que se parta dos valores médios concedidos em casos anteriores análogos, o que equivaleria a primeira etapa do método bifásico do STJ (relevância do interesse jurídico), e os demais critérios específicos do caso concreto, que corresponderiam à segunda fase do método bifásico (particularidades do caso concreto). Há, também, quem proponha fases posteriores de acréscimo punitivo e de vedação da culpa lucrativa.

A perspectiva da análise econômica do Direito enxerga as normas de responsabilidade civil como instrumentos para a prevenção de acidentes e danos. Para tanto, é preciso que a jurisprudência estabeleça quais são os *standards* de comportamento que as partes devem adotar, qual é o padrão médio de cuidado adequado.

Essa medida propicia a criação de um ambiente de segurança jurídica, tal como se buscou com a introdução do art. 20 da LINDB. O modelo de atuação diligente pode ser encontrado em regulamentos públicos ou privados. No caso ora estudado, a Agência Nacional de Saúde possui diversas instruções para regular o *standard* de comportamento adequado das prestadoras de serviço de assistência à saúde, conforme o tipo de moléstia, de contrato e de medicação³⁰⁴.

Quanto aos regulamentos privados, as normas contratuais e os normativos internos das próprias prestadoras de serviço também servem de comparação para verificar a adequação da

³⁰⁴ A título exemplificativo, a Resolução Normativa nº 428, de 7 de novembro de 2017, que estabelece o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para a cobertura assistencial mínima em planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º/01/1999. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg==>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

diligência adotada no caso concreto e em que medida a conduta das partes (autor e réu) se aproximou ou se distanciou dos parâmetros idealizados³⁰⁵.

O estabelecimento do *standard* de comportamento adequado serve para a indução do comportamento ótimo das partes. Não se deseja a precaução excessiva nem insuficiente. Também é necessário que as partes se engajem em níveis de atividade que balanceiem adequadamente a utilidade obtida e o risco criado.

Dessa forma, a indenização será adequada, segundo a análise econômica, se for capaz de induzir o comportamento ótimo das partes, ou seja, níveis de precaução eficiente do agente e da vítima, nível de informação eficiente sobre grau de risco e modulação indireta do nível de atividade de cada um dos envolvidos.

A prestadora de serviços não deve ser incentivada, por meio da fixação de indenizações muito baixas, a assumir mais contratos do que consegue efetivamente operar. Por outro lado, os consumidores não devem ser levados, com a fixação de patamares indenizatórios muito altos, a pedirem mais serviços do que realmente necessitam.

As duas partes devem ser incentivadas a informarem umas às outras sobre o grau de risco presente no caso. À prestadora, cumpre esclarecer quais são os limites da cobertura contratual, ao passo que ao consumidor, cabe revelar a realidade de seu quadro clínico de saúde.

Nessa linha, tal como proposto no capítulo 1 pelos autores do Direito que tratam da responsabilidade civil, a análise econômica do Direito também sustenta que se quantifique a indenização conforme a gradação da culpa de cada um dos envolvidos, ou seja, conforme se aproximaram ou se distanciaram do padrão de comportamento esperado.

Os custos administrativos são aqueles referentes ao trâmite do processo e inerentes à litigância. Como o objetivo visado pela análise econômica é a redução de custos totais do sistema de responsabilidade civil, esses custos devem ser reduzidos sempre que possível para melhorar a eficiência das demandas judiciais. Medidas processuais capazes de contribuir para esse intento, como a simplificação das provas, a inversão de seu ônus a celeridade processual, devem ser visadas por todos os atores do processo, sob a fiscalização do Estado-Juiz.

³⁰⁵ Como exemplo, a Unimed possui Código de Conduta, no qual estabelece normas relativas ao trato com clientes (empresas contratantes e beneficiários de planos de saúde). Disponível em: <http://www.unimed.coop.br/portal/conteudo/materias/1444315382231WEB2_codigo_conduta_2015.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020. A Amil também possui Código de Conduta para reger a forma de atuação de seus prepostos. Disponível em: <<https://secure.ethicspoint.com/domain/media/pt/gui/36380/codePT.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2020. A Qualicorp disponibiliza o Manual do Beneficiário online. Disponível em: <<https://www.qualicorp.com.br/para-voce-e-sua-familia/manual-do-beneficiario/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Acerca da atuação do Judiciário, a análise econômica ensina que a falta de precisão ou erro judiciário não afetam potencial de indução de comportamentos se puramente aleatórios. Assim, pequenos desvios de valores condenatórios ou erros de condenação ou não-condenação puramente aleatórios não são suficientes para comprometer os incentivos gerados pela responsabilidade civil aos agentes.

Ainda no capítulo 2, analisou-se o Teorema de Coase, segundo o qual é preciso aferir se o ganho obtido ao se impedir a atividade danosa ou ao se determinar a internalização dos danos supera a perda sofrida em razão da atividade. A preocupação de Coase é de evitar dano mais grave, para que se possa promover a eficiência alocativa.

As decisões judiciais produzem efeitos de segunda ordem, para além do caso concreto, pois servem de incentivos ao comportamento das mesmas partes em casos futuros ou de outras partes em situações análogas.

O ambiente institucional da jurisprudência deve servir de meio para incentivar os planos de saúde a cumprirem suas obrigações contratuais de fornecerem o tratamento de saúde. As indenizações não devem atingir níveis tão baixos a ponto de ser vantajoso o inadimplemento, tampouco tão altos a ponto de coibir a prestação dos serviços de assistência privada à saúde como um todo.

A atividade de prestação de serviços de assistência à saúde pela iniciativa privada é benéfica à coletividade, pois desafoga do SUS, fornece apoio operacional ao sistema público pela rede conveniada, contribui para avanços científicos na área da saúde, além de gerar emprego e renda. Assim, a internalização das externalidades negativas pelas prestadoras deve se balizar no objetivo de continuidade da atividade e de adoção de precaução eficiente para evitar novos danos.

Com a Fórmula Hand, vimos que o sistema de responsabilidade civil deve ser pensado para que somente se adotem medidas de precaução cujos custos sejam inferiores ao dano esperado. Essa fórmula permite, ainda, o estabelecimento de critério de avaliação da conduta das partes, por meio da gradação dos diferentes níveis de culpa.

No caso de serviços de assistência à saúde, o custo de precaução da prestadora deve ser menor do que o prejuízo enfrentado pelo consumidor. O custo para o ofensor deve ser comparado com todo o benefício obtido em razão da precaução adotada, inclusive o proveito em prol da própria prestadora.

Em contratos de assistência à saúde, o custo de evitar o dano a cargo de cada uma das partes pode ser visualizado na necessidade de apresentação de laudos médicos, exames, formulários, análise adequada da documentação, resposta tempestiva ao requerimento

formulado etc. Os *standards* de comportamento previamente estabelecidos viabilizam a análise da gradação da culpa segundo a Fórmula Hand.

Outros critérios apresentados pela análise econômica do Direito na responsabilidade civil são o do *cheapest cost avoider*, por meio do qual se perquire qual das partes conseguiria evitar os danos a menor custo, e da *last clear chance*, em que se verifica quem teve a última oportunidade de evitar o dano.

No caso em estudo, o julgador deverá avaliar se o quadro clínico da vítima estava adequadamente apresentado para a prestadora, se foram atendidos todos os requisitos do plano, se foi dada a oportunidade final de evitar a negativa indevida (recurso administrativo contra o indeferimento ou pedido de complementação da documentação, por exemplo). Esses fatores podem ser úteis na diferenciação dos casos concretos, para majorar ou diminuir os montantes das condenações.

Acerca dos danos extrapatrimoniais, vimos que a análise econômica traz a perspectiva *ex ante*, de quanto a parte pagaria para se prevenir do dano e que é necessário avaliar a problemática da aversão a riscos ou de aceitação de determinado nível de risco. O valor da mensalidade paga a título de contraprestação pelos serviços indica quanto o autor se dispôs a pagar para evitar o risco. Como há inúmeros tipos de serviços de assistência privada à saúde no mercado, as possibilidades financeiras da parte juntamente com o tipo de contrato firmado com a ré permitem ter alguma noção do custo da precaução.

Nos danos intencionais, analisou-se que a indenização serve para dissuadir a prática de novos ilícitos. Não pode se criar um sistema em que o agente é indiferente em praticar o ilícito ou não o praticar. O incremento de ilícitos pode ser combatido com o aumento da sanção.

Na análise econômica do crime, agentes racionais e amorais decidem praticar crimes mediante a comparação entre o lucro esperado do crime, a punição esperada (pena prevista e probabilidade de ser punido) e a oportunidade de delinquir. Vimos que há uma tendência comportamental de agir racionalmente, mesmo em crimes espontâneos.

Os crimes são ineficientes, pois são transações involuntárias e trazem custo social. Para reduzir os crimes, deve se aumentar pena esperada, ou seja, aumentar a probabilidade de sofrer a sanção ou a punição esperada. O objetivo também deve ser de redução do custo total do crime.

O valor do medicamento recusado pode ser comparado ao montante final indenizatório, para verificar se é mais vantajoso ao agente cumprir ou descumprir o contrato. Dessa forma, os efeitos de segunda ordem da sentença produzirão incentivos tendentes a diminuir a ocorrência de novos danos ou se servirão para incentivar novas recusas indevidas em casos análogos.

Como visto no capítulo 2, o dano evitável é tido como desperdício social e os benefícios da dissuasão de danos devem superar custos da litigância e custos associados. No que tange à dissuasão, é possível se valer de informações sobre os dados e planos de cada operadora, o monitoramento da garantia de atendimento de cada uma, índices de reclamações e acreditação das operadoras³⁰⁶.

Na responsabilidade civil decorrente do inadimplemento de contratos, a indenização será adequada para a análise econômica do Direito se recolocar a parte prejudicada na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido, se houvesse a negociação prévia do inadimplemento ou se não tivesse sido realizada a contratação. É importante, também, levar em conta o custo de oportunidade do contrato, pois quem sofreu com o inadimplemento poderia ter firmado outro contrato.

Aqui, novamente, o valor da medicação recusada e da contraprestação pelos serviços de saúde servem para verificar se a parte se encontra, ao final do processo, em situação similar ao adimplemento contratual. A negativa de entrega do objeto do contrato é equiparável ao caso de não ter havido qualquer cobertura do risco pela vítima. A barganha pelo inadimplemento, por sua vez, pode ser comparada à exclusão de cobertura do medicamento.

Dessa forma, o custo da precaução anual (doze mensalidades)³⁰⁷ deve ser sopesado no momento de fixação da indenização, pois seria quantia disponível à parte se não tivesse firmado contrato de assistência à saúde com o causador do dano. Os planos alternativos oferecidos pela requerida também podem servir de parâmetro para se comparar a diferença de custo da precaução se houvesse a exclusão da cobertura do medicamento do contrato firmado entre as partes.

Os conceitos vistos na análise econômica do Direito servem para guiar o julgador no momento da fixação da indenização por danos morais. Como salientado, não trazem o único critério disponível, tampouco se prestam a substituir o conceito de justiça ou mesmo a literalidade da lei, mas possuem enorme potencial para contribuir na difícil tarefa de quantificar danos extrapatrimoniais.

³⁰⁶ Essas informações estão disponíveis no sítio da ANS. Disponível em: <<http://ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

³⁰⁷ Utiliza-se o parâmetro de doze mensalidades por se tratar de prestações periódicas de trato continuado e tomando de empréstimo a regra do Código de Processo Civil sobre o valor da causa: “Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: [...] § 2º O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

A análise econômica do Direito permite que se faça um teste de eficiência em relação ao montante final apurado pelo magistrado após seguir o método bifásico do STJ. Não é preciso acrescentar novas fases na metodologia de quantificação dos danos morais. É necessário, contudo, explicitar o valor a que se chegou em cada uma das duas fases e como se alcançou tais montantes.

Na primeira fase, verifica-se qual o valor médio de casos similares concedido pelo STJ, que possui o papel de uniformizar a jurisprudência e de estabelecer a interpretação final da legislação infraconstitucional. Na segunda etapa, analisam-se as peculiaridades do caso concreto indicadas pela doutrina para se chegar ao valor final da condenação. A apuração do valor dissuasório ou de quanto se computou a título de lucro proibitivo fazem parte das peculiaridades do caso concreto e podem ser avaliadas na segunda etapa.

O teste de eficiência do valor encontrado para a condenação com o método bifásico se dará com o estabelecimento do padrão de comportamento esperado das partes, a avaliação do grau de culpa das partes conforme a aproximação ou o distanciamento desses padrões, a verificação do custo de oportunidade na adimplência ou inadimplência do contrato, o custo da precaução adotado no caso concreto, o custo do inadimplemento, o potencial dissuasório, a identificação da necessidade ou não de aumento da punição sofrida para evitar novas lesões, bem como por meio da utilização dos demais conceitos trabalhados neste tópico e no capítulo anterior.

3.3 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA RECUSA DE MEDICAMENTO EM CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO TJDFT

3.1 Dano moral decorrente da recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar sem dano à saúde

O caso escolhido para elaborar a proposta dogmática apresentada no item anterior é de indenização por danos morais decorrentes da recusa de medicamento por prestadoras de serviços na área da saúde. Essa espécie de lesão extrapatrimonial foi apreciada no segundo

julgado (REsp nº 801.181) da tabela divulgada pelo STJ em notícia veiculada no seu sítio eletrônico em 13 de setembro de 2009³⁰⁸, conforme se analisou no item 1.4.2.

A opção por selecionar um dos casos veiculados na notícia se baseou no fato de a escolha ter sido feita pela própria Corte Superior com o fim de noticiá-lo como exemplo de uniformização, o que significa que houve ampla divulgação do julgado, tanto em relação às prestadoras de serviço de assistência à saúde e seus contratantes, quanto entre os operadores do Direito.

Em relação aos demais casos da tabela, o julgado selecionado possui o diferencial de facilitação do diálogo com a análise econômica do Direito, pois os contratos de prestação de serviços de assistência à saúde operam sob a lógica de mercado, comportam o paradigma da escolha racional, viabilizam a resposta a incentivos pecuniários de indenizações por danos morais fixadas, são firmados em atividade regulamentada e há possibilidade de se aferir o custo da precaução (mensalidades), o custo de oportunidade de adimplir o contrato (preço do medicamento), a situação financeira das partes (balanços contábeis) e eventual lucro proibitivo (medicamento não fornecido e óbito posterior que o torne desnecessário, por exemplo).

O voto do Ministro relator resumiu a demanda como: “[...] ação de indenização por danos morais movida por beneficiário (titular) de plano de saúde contra a CASSI - CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL S/A, porque esta teria se negado a fornecer medicamento à esposa do autor, sua dependente.”³⁰⁹

A quantificação dos danos morais foi motivada da seguinte forma:

O caso em apreço também merece a atuação deste Superior Tribunal no tocante ao valor indenizatório, que se afigura exagerado quando fixado em R\$ 100.000,00 em virtude de recusa de fornecimento de um medicamento, em um primeiro momento e, posteriormente, efetivamente utilizado pela esposa do autor, por força de liminar em medida cautelar, tratamento que lhe garantiu sobrevivência.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e lhe dou provimento apenas para reduzir o montante da indenização ao equivalente a 10 (dez) salários mínimos, corrigidos a partir desta data.³¹⁰

³⁰⁸ Como explicado no primeiro capítulo, o link de acesso à notícia pode ser encontrado no artigo: BATISTA, Francisco Diego Moreira. Critérios para fixação dos danos extrapatrimoniais. **Revista de Direito**. Viçosa, v. 6, n.1, jul. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1543/716>>. Acesso em: 17 out. 2020. O autor indica o link: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>, que não funciona mais. A tabela, contudo, está transcrita no corpo do artigo e, também, na notícia veiculada no CONJUR: <<https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em: 17 jun. 2020. A transcrição da tabela também pode ser encontrada no item 1.4.3 deste trabalho.

³⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 801.181/MA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009.

³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 801.181/MA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009.

Como se observa, não houve utilização do método bifásico para alterar o valor da condenação fixada pela instância anterior. Fez-se a análise do valor absoluto indicado, ponderou-se que o medicamento acabou por ser utilizado posteriormente à recusa e se reduziu o montante.

Como a consolidação do método bifásico na jurisprudência do STJ somente veio a ser publicizada com a divulgação da edição nº 125 da jurisprudência em teses, que tratou do tema dano moral e trouxe uma coletânea de julgados sobre tal método³¹¹, o tópico seguinte analisará como foi feita a quantificação dos danos morais nos cinquenta julgados mais recentes do STJ em casos de recusa de fornecimento de medicamento.

3.2 Análise da jurisprudência do STJ

A pesquisa da jurisprudência do STJ foi feita utilizando os termos “dano, moral, recusa, medicamento”. Foram encontrados, ao todo, noventa resultados e analisados os cinquenta mais recentes. O corte numérico se mostrou oportuno para facilitar a visualização da planilha com os resultados encontrados³¹² e ante a constatação de repetição dos argumentos utilizados no inteiro teor dos julgados, o que não tornaria proveitoso ao estudo o esgotamento da lista de resultados.

O valor médio das condenações é de pouco mais de R\$ 10.000,00, sendo este valor, também, o mais recorrente. A menor condenação encontrada foi de R\$ 5.000,00 e a maior de R\$ 30.000,00. Houve a revisão da condenação em apenas um dos julgados analisados, nas demais, o montante anterior foi mantido pelo STJ.

Da análise dos julgados, constatou-se que o STJ não usa método bifásico, concebido pela própria Corte Superior, para quantificar danos morais. Apenas o AgInt nos EDcl no REsp 1.809.457/SP menciona o método, embora não o utilize. Confira-se:

Nesse quadro, afigura-se, a meu ver, impositivo o restabelecimento da sentença de procedência, tendo em vista, ademais, a razoabilidade do quantum indenizatório fixado, que encontra amparo na jurisprudência desta Corte que recomenda a utilização do método bifásico para o correto balizamento do valor devido à título de indenização

³¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses**. Edição nº 125: responsabilidade civil – dano moral. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%20125:%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20-%20DANO%20MORAL>>. Acesso em: 18 out. 2020.

³¹² Disponível no Apêndice I.

por danos morais (**REsp 1.445.240/SP**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10.10.2017, DJe 22.11.2017).³¹³
[grifo nosso]

O AgInt no AREsp 1.157.151/RS, único caso em que houve a revisão de valores, não se valeu do método bifásico, como se pode verificar da análise da fundamentação do voto do Ministro Relator:

Relativamente ao *quantum* indenizatório, verifica-se que o valor dos danos morais (R\$ 10.000,00) está abaixo dos parâmetros da jurisprudência, em se tratando de recusa de fornecimento de medicamento para tratamento de câncer. Deve ser ponderada, no caso concreto, a absoluta desnecessidade de se impor, tanto à paciente quanto à sua família, a aflição de ter reduzida a expectativa de vida, quando foi negado o fornecimento da medicação, enquanto ainda internada para tratamento da doença, sob justificativa de que o medicamento só poderia ser fornecido em caso de tratamento domiciliar.

Dessa forma, impõe-se o arbitramento do montante indenizatório que atenda aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de evitar o indesejado enriquecimento ilícito dos agravantes, sem, contudo, ignorar o caráter preventivo e repressivo inerente ao instituto da responsabilidade civil. [...] Forte em tais razões e atento aos precedentes do eg. STJ, majoro a reparação moral para o valor estabelecido na sentença - R\$ 30.000,00 (e-STJ Fl. 173), com as atualizações e juros legais ali fixados.³¹⁴
[grifo nosso]

Além de não se valer do método bifásico para apurar o valor da indenização, o julgado conta com outra peculiaridade. Compreende-se que o valor da condenação, de R\$ 10.000,00, está abaixo dos parâmetros da jurisprudência e, sob esse argumento, majora-se a indenização para R\$ 30.000,00.

Como verificado na análise dos julgados, o valor da condenação estava muito próximo da média dos valores praticados pelo STJ. A majoração poderia ter acontecido mediante a análise das peculiaridades do caso concreto (segunda fase), mas não sob a justificativa de disparidade com a jurisprudência (primeira fase).

O discurso adotado para o aumento da indenização, que também é encontrado nos demais julgados, é genérico, cita a proporcionalidade, a razoabilidade, a busca por se evitar o enriquecimento ilícito da vítima e a função punitiva da condenação. Não se menciona como se chegaram aos valores finais. O raciocínio empregado para majorar a condenação anterior ou, nos demais casos, para mantê-la, não é exteriorizado na fundamentação da decisão.

³¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no REsp 1809457/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/02/2020, DJe 03/03/2020.

³¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1157151/RS, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 14/09/2018.

Da análise dos julgados do STJ, é possível concluir que a Corte Superior não se vale do método bifásico, por ela mesmo concebido, que apenas foram analisadas as particularidades do caso concreto (2ª etapa do método) em dois julgados, que raramente há revisão dos valores da condenação e que não se explicita como se chegou ao montante final.

O padrão decisório encontrado é de verificação dos patamares absolutos, discurso de não serem irrisórios nem extrapolarem os limites da razoabilidade e da proporcionalidade e conclusão de haver óbice no enunciado da súmula nº 7³¹⁵, que veda a reapreciação de provas na instância recursal especial.

3.3 Análise da jurisprudência do TJDFT

Em face dos resultados encontrados na pesquisa junto ao STJ, mostrou-se necessário analisar a jurisprudência de segunda instância, a fim de verificar como é feita a quantificação de danos morais quando há apreciação de provas. Escolheu-se o TJDFT por ser o Tribunal com jurisdição na sede da pesquisa, em razão da ligação da pesquisadora com a Corte e por se tratar de Tribunal situado na Capital do país e, portanto, conta com maior proximidade com os Tribunais Superiores.

Como um dos resultados encontrados na busca anterior diz respeito à responsabilidade civil do Estado, estranho ao objeto deste estudo, foram pesquisados os termos “consumidor, dano, moral, recusa, medicamento”. Pelas mesmas razões indicadas no tópico anterior, foram analisados os cinquenta julgados mais recentes.

A média das condenações é inferior àquela encontrada no STJ. Enquanto a Corte Superior pratica condenações de cerca de R\$ 10.000,00, o TJDFT possui média um pouco inferior a R\$ 6.000,00. O valor mais recorrente é de R\$ 5.000,00. A menor condenação foi de R\$ 3.000,00 e a maior de R\$ 15.000,00.

A jurisprudência do STJ é citada em vários julgados, mas o valor da condenação não é seguido e não se explica os motivos para tanto. No Acórdão nº 1263123, por exemplo, o Relator transcreve um acórdão do STJ para justificar que há dano moral no caso concreto. No julgado da Corte Superior, a condenação foi de R\$ 10.000,00. Ao quantificar a indenização devida, conclui que a sentença, que arbitrara o dano moral em R\$ 10.000,00, praticou quantia excessiva e a indenização é reduzida para R\$ 5.000,00. Veja-se os seguintes excertos do inteiro teor:

315 Diz o verbete: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

2. Do Dano Moral

Do exposto, tem-se que a negativa de atendimento e cobertura por parte da apelante é ilegítima, desarrazoada e caracteriza ofensa aos direitos de personalidade da apelada, tendo em vista que retarda seu tratamento e prolonga injustamente seu sofrimento, sobretudo põe em risco sua saúde já debilitada.

Nesse contexto, é entendimento majoritário deste eg. Tribunal e do colendo STJ que a negativa indevida no fornecimento de medicamento por plano de saúde caracteriza ilícito indenizável.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MEDICAMENTOSO. CÂNCER DE MAMA. RECUSA INADMISSÍVEL. DANO MORAL. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que os planos de saúde podem, por expressa disposição contratual, restringir as enfermidades cobertas, sendo-lhes vedado, no entanto, limitar os tratamentos a serem realizados, inclusive os experimentais.

Considera-se abusiva a negativa de cobertura de plano de saúde quando a doença do paciente não constar na bula do medicamento prescrito pelo médico que ministra o tratamento (uso off-label). (AgInt no REsp 1795361/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2019, DJe 22/08/2019)

2. A recusa indevida pela operadora do plano de saúde em autorizar a cobertura de tratamento gera dano moral, porquanto agrava a situação de aflição psicológica e de angústia do paciente, não se tratando apenas de mero aborrecimento.

3. Verificada ofensa clara a direitos da personalidade, deve ser reconhecida a existência de dano moral.

4. Não se pode reputar, diante do caso concreto, como excessiva a quantia fixada, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1806691/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/03/2020, DJe 01/04/2020) (destaquei)

[...]

3. Dano Moral – *Quantum*

A sentença condenou a apelante em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

Quanto ao valor da indenização, o julgador deve avaliar a dor do ofendido, proporcionando-lhe um conforto material capaz de atenuar o seu sofrimento.

Noutro giro, deve mensurar as condições econômicas das partes, a fim de evitar a obtenção de vantagem indevida, contudo, não pode ser um valor irrisório, pois visa desestimular comportamento descompromissado com a inviolabilidade à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, preceitos garantidos constitucionalmente.

Feitas essas considerações, tenho que a quantia deve ser reduzida para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).³¹⁶

[grifo nosso]

Assim como ocorreu no tópico anterior, os julgados não utilizam o método bifásico para quantificar a indenização por danos morais. No TJDF, essa metodologia sequer é mencionada

³¹⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1263123, 07005975520208070001, Relator: Romulo de Araujo Mendes, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 8/7/2020, publicado no DJE: 21/7/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

nos julgados. Há passagens que permitem inferir ter ocorrido a utilização de fases isoladas do método.

No Acórdão nº 1263123, ao quantificar os danos morais, o Relator menciona julgados anteriores do próprio TJDF. Apesar de não justificar a desconsideração dos valores praticados pelo STJ, é feita, de maneira implícita, a primeira etapa de quantificação do método bifásico. Confira-se:

Feitas essas considerações, tenho que a quantia deve ser reduzida para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Nesse sentido:
 CIVIL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. SAÚDE SIM. APLICAÇÃO DO CDC. SÚMULA 608 DO STJ. CUSTEIO DE INTERNAÇÃO MÉDICO-HOSPITALAR. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA/EMERGÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. GRAVE RISCO À SAÚDE DO BENEFICIÁRIO. ATESTADO MÉDICO. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DE CARÊNCIA. RECUSA INJUSTIFICADA. DESCUMPRIMENTO DE NORMA LEGAL E CONTRATUAL. LEI Nº 9.656/98. SÚMULA 597 DO STJ. ABALO MORAL. OCORRÊNCIA. PREJUÍZO IN RE IPSA. QUANTUM COMPENSATÓRIO REDUZIDO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. NORMATIVA DA EFETIVA EXTENSÃO DO DANO (CPC, ART. 944). APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA REFORMADA.
 (...)

7. Em homenagem ao princípio da razoabilidade atinente ao caso versado nestes autos, impõe-se redução da verba compensatória fixada pelo Juízo a quo a título de danos morais, para o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), porquanto atende às peculiaridades do caso concreto e às finalidades do instituto (reprovabilidade da conduta, repercussão na esfera íntima do ofendido, caráter educativo, capacidade econômica da parte), não sendo excessiva a ponto de beirar o enriquecimento ilícito, nem ínfima, que não coíba novas práticas.

8. Apelo parcialmente conhecido e na parte conhecida provido em parte. Sentença reformada.

(Acórdão 1203558, 07001446120198070012, Relator: ALFEU MACHADO, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 18/9/2019, publicado no DJE: 1/10/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO DE PARTO. FETO PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE. TRATAMENTO EMERGENCIAL. RISCO DE MORTE. RECUSA INDEVIDA DA OPERADORA. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRAZO DE CARÊNCIA. LEI Nº 9.656/98. CONDUTA ABUSIVA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO.

1. O art. 35-C da Lei no 9.656/98 determina a obrigatoriedade da cobertura de atendimento para os

casos de emergência, uma vez que implica risco imediato de vida para o paciente, de modo que, sendo o caso de emergência ou urgência no tratamento, a lei não limita o período de atendimento, mas apenas estabelece o período máximo de carência, a saber, 24 horas, a teor do disposto no art. 12, V, da referida lei.

2. A recusa pelo plano de saúde em autorizar a realização de parto em clínica especializada em cardiopatias neonatais, conforme recomendação médica, configura conduta abusiva e indevida capaz de ensejar reparação por dano moral, seja de ordem objetiva, em razão da violação ao direito personalíssimo à integridade física (artigo 12 do Código Civil), seja de ordem subjetiva, decorrente da sensação de angústia e aflição psicológica em situação de fragilidade já agravada pela gravidez e pela doença do feto.

3. O valor fixado a título de compensação por danos morais, em que pese a falta de critérios objetivos, deve ser pautado pela proporcionalidade e razoabilidade, além de

servir como forma de compensação ao dano sofrido e de possuir caráter sancionatório e inibidor da conduta praticada. Dessa forma, o montante arbitrado deve ser reduzido se extrapolar os referidos parâmetros.

4. Apelação conhecida e parcialmente provida.

(Acórdão 1145240, 20170410026512APC, Relator: SIMONE LUCINDO, 1ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 17/12/2018, publicado no DJE: 23/1/2019. Pág.: 202/217)³¹⁷

[grifo nosso]

Nos Acórdãos nº 1260055 e 1270057, é feita a análise das peculiaridades do caso concreto para a quantificação, muito embora não se indique o valor que serviu de base para a quantificação e posterior ajuste do montante da indenização. Veja-se:

Acórdão nº 1260055

No tocante ao *quantum* fixado, a discussão do montante compensatório dos danos morais somente poderá ser realizada quando atentar contra os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, acarretando fixação excessiva ou irrisória, o que não ocorre na espécie.

Não se trata de mera resistência ou retardo injustificado no atendimento, razão pela qual o valor se presta não só para compensar o dano sofrido pelo paciente, mas também para emprestar efeito pedagógico mais incisivo visando prevenção para as situações que assim se apresentarem no futuro.

Considerando a peculiaridade do caso concreto, sobretudo em face da gravidade da lesão aos direitos de personalidade, às consequências permanentes e irreversíveis que perdurarão por todo o resto da vida do autor, o grau de reprovabilidade da conduta negligente da ré a ensejar sanção mais expressiva capaz de imprimir reprimenda e compensação respectivamente proporcionais e razoáveis, o valor arbitrado de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) foi proporcional ao dano sofrido, tendo em vista que **o paciente apresentava sinais sugestivos de derrame plural volumoso/pneumonia e necessitava de imediato tratamento.**

Tal quantia revela-se condizente com as circunstâncias fático-jurídicas, com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a teoria do desestímulo e com a situação econômica da apelada, tendo sido deferido o benefício da gratuidade de justiça (id 15917752).³¹⁸

Acórdão nº 1270057

Do quantum

O MM. Juiz *a quo* fixou danos morais em R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Para fixar o valor dos danos morais, analiso parâmetros de casos assemelhados analisados pela douta 6ª Turma, da qual faço parte.

Em outro caso de operadora de plano de saúde que se negou a cobrir o tratamento pelo fato de o medicamento não constar no rol de cobertura mínima da Agência Nacional de Saúde - ANS, considerou-se razoável a fixação no importe de R\$5.000,00 (cinco mil reais), (Acórdão n.1180169, 07019257020188070007, Relator: ALFEU MACHADO 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/06/2019, publicado no DJE: 25/06/2019).

³¹⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1263123, 07005975520208070001, Relator: Romulo de Araujo Mendes, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 8/7/2020, publicado no DJE: 21/7/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

³¹⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 126055, APC4891198, Relator: Vera Andrighi, Revisor: Romão Cícero, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 27/3/2000, publicado no DJU SEÇÃO 3: 31/5/2000. Pág.: 36.

Especificamente no caso concreto, deve ser levada em consideração a recalcitrância da ré no cumprimento da determinação judicial, com o falecimento do autor sem o fornecimento do medicamento prescrito para tratamento de câncer.

Entretanto, para a fixação do *quantum* considero a natureza jurídica da empresa ré, que se cuida de uma fundação com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada juridicamente como operadora de plano de saúde na modalidade autogestão. Nesse contexto, como emprega recursos dos participantes e das empresas na medida justa para o sustento do plano, sem encargos de remuneração de negócio, pois não têm como objetivo o lucro, a quantia não pode ser exorbitante.

Diante desses elementos e dos demais anteriormente expostos acerca do contexto fático em análise, tenho que a quantia de R\$15.000,00 (quinze mil reais) é mais pertinente ao caso ora em exame.³¹⁹

O Acórdão nº 1270057 apresenta outra característica digna de nota. No caso apreciado, houve o falecimento do paciente depois da negativa do fornecimento do medicamento para o tratamento do câncer que o acometia. Não há menção ao valor da medicação cujo fornecimento fora negado. Se o valor da medicação for superior ao da condenação fixada (R\$ 15.000,00) a decisão incentiva nova negativa em casos futuros, pois o inadimplemento do contrato foi mais vantajoso para a prestadora de assistência à saúde do que o adimplemento.

Por fim, outra constatação extraída da análise dos julgados do TJDFT é que houve a utilização da mesma fundamentação, com as mesmas palavras, para justificar a aplicação de valores distintos, sem explicar quais peculiaridades que justificariam a divergência de valores:

Acórdão nº 1265242

Como cediço, a mensuração da compensação pecuniária a ser deferida ao atingido por ofensas de natureza moral deve ser efetivada de forma parcimoniosa e em conformação com os princípios da proporcionalidade, atentando-se para a gravidade dos danos havidos e para o comportamento da ofensora, e da razoabilidade, que recomenda que o importe fixado não seja tão excessivo a ponto de ensejar uma alteração na situação financeira dos envolvidos e nem tão inexpressivo que redunde em uma nova ofensa ao consumidor atingido. Esses parâmetros, o que decorre da sua própria gênese, são de natureza eminentemente subjetiva, caracterizando matéria tormentosa para os juízes e tribunais, pois os atributos da personalidade humana não são tarifados e o arbitramento da compensação sujeita-se, então, à influência da avaliação subjetiva de cada julgador, o que, aliás, reflete a própria dialética do direito. Alinhavadas essas considerações, aferido inadimplemento contratual da operadora de saúde, evidenciado pela recusa ilegítima de custear os medicamentos prescritos, e, apurado que o fato havido afetara direito da personalidade da autora, transmudando-se em fato gerador do dano moral, legitimara sua contemplação com compensação pecuniária, o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) guarda conformidade com o ilícito havido e com os efeitos que irradiara, razão pela qual não merece reparos, igualmente neste ponto, a sentença proferida pela instância originária.³²⁰

³¹⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1270057, 07046438720208070001, Relator: Arquibaldo Carneiro Portela, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 29/7/2020, publicado no DJE: 17/8/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

³²⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1265242, 07071806620198070009, Relator: Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 15/7/2020, publicado no DJE: 3/8/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

Acórdão nº 1255297

Como cediço, a mensuração da compensação pecuniária a ser deferida ao atingido por ofensas de natureza moral deve ser efetivada de forma parcimoniosa e em conformação com os princípios da proporcionalidade, atentando-se para a gravidade dos danos havidos e para o comportamento da ofensora, e da razoabilidade, que recomenda que o importe fixado não seja tão excessivo a ponto de ensejar uma alteração na situação financeira dos envolvidos e nem tão inexpressivo que redunde em uma nova ofensa ao consumidor atingido. Esses parâmetros, o que decorre da sua própria gênese, são de natureza eminentemente subjetiva, caracterizando matéria tormentosa para os juízes e tribunais, pois os atributos da personalidade humana não são tarifados e o arbitramento da compensação sujeita-se, então, à influência da avaliação subjetiva de cada julgador, o que, aliás, reflete a própria dialética do direito. Alinhavadas essas considerações, aferido inadimplemento contratual da operadora de saúde, evidenciado pela recusa ilegítima de procedimentos médicos prescritos, e, apurado que o fato havido afetara direito da personalidade da autora, transmutando-se em fato gerador do dano moral, legitimara sua contemplação com compensação pecuniária, o montante de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) guarda conformidade com o ilícito havido e com os efeitos que irradiara.³²¹

A adoção de idêntica fundamentação para justificar valores de condenação diversos cria incentivos inadequados para a pacificação social e ao comportamento das partes. Como não é possível se extrair da jurisprudência a sanção patrimonial esperada, as partes são incentivadas a adotar comportamentos não-ótimos no curso da relação contratual de assistência à saúde. Ainda, desestimula-se a formulação de acordos, pois qualquer desfecho pode ser esperado na via recursal, e se estimula o uso ineficiente de recursos processuais, aumentando os custos administrativos da responsabilidade civil.

3.4 Achados após a análise

Após a análise dos cem julgados mais recentes do STJ e do TJDFT sobre danos morais decorrentes de recusa indevida ao fornecimento de medicamentos, verificou-se que as Cortes não estabelecem qual o padrão de comportamento esperado das partes e, com isso, fica inviabilizada a aferição do grau de culpa de cada um dos envolvidos.

O método bifásico, concebido pela Corte Superior para tentar dar sistematicidade e segurança jurídica na quantificação por danos morais, não é utilizado na prática. Além disso, nenhuma das decisões menciona o art. 20 da LINDB ou se debruça sobre as consequências práticas da decisão tomada.

³²¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1255297, 07268761520198070001, Relator: Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 10/6/2020, publicado no DJE: 26/6/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

Os parâmetros monetários que envolvem a relação jurídica contratual que gerou o dever de indenizar são desconsiderados na apuração dos danos morais. Essa prática gera distorções nos incentivos pertinentes aos efeitos de segunda ordem das decisões judiciais, uma vez que acaba por se tornar vantajoso às prestadoras de assistência à saúde ter a praxe de negar o fornecimento de medicamentos de alto custo, muito utilizados para o tratamento de câncer.

Conclui-se, também, que o papel uniformizador de valores de condenação por danos morais do STJ não é observado na prática pelo TJDFT, haja vista a significativa divergência das médias das condenações fixadas pelas duas Cortes.

As fundamentações apresentadas para quantificar os danos morais não indicam como alcançaram os valores finais condenatórios, que se resumem a serem tidos como proporcionais e razoáveis, e quais os fatores utilizados para individualizar as condenações.

Em suma, a metodologia atualmente utilizada para quantificar danos morais não explicita, com clareza, como se chegou aos valores das condenações e qual o comportamento esperado das partes. Embora exista uma tendência de valores condenatórios adotados por cada Tribunal (R\$ 10.000,00 no STJ e R\$ 5.000,00 no TJDFT), ainda há grande disparidade entre as condenações mínimas e máximas.

Essa sistemática diagnosticada das Cortes não só favorece o aumento da insegurança jurídica, o incremento da litigância e dos custos dos processos, como também a própria lesão do bem jurídico que se busca tutelar, qual seja, a dignidade humana no cumprimento dos contratos de assistência à saúde.

A adoção, na prática judicial, do método bifásico com a utilização do teste de eficiência das decisões judiciais é capaz de fornecer instrumentos que melhorem a segurança jurídica, estabelecer incentivos adequados para o comportamento esperado das partes e tutelar de maneira mais efetiva a dignidade humana no cumprimento dos contratos de assistência à saúde.

CONCLUSÃO

Os danos morais decorrem da violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana. Diferenciam-se dos danos materiais não pela origem, mas sim pelos seus efeitos, pois importam na lesão a um direito da pessoa ou na prática de mal ou perturbação à dignidade do seu titular, ainda que não se reconheça categoria jurídica específica.

A Constituição de 1988 superou o paradigma patrimonialista e colocou a tutela da dignidade humana no centro da ordem jurídica. Previu, expressamente, a possibilidade de reparação extrapatrimonial. A indenização desse tipo de lesão se justifica, ainda, pela ausência de diferenciação dos danos sofridos quando o Código Civil estabelece o princípio da reparação integral no art. 944³²² e que todo tipo de dano é indenizável, moral ou material³²³.

Justifica-se, ainda, a indenização dos danos morais pela necessidade de tutela efetiva da dignidade humana, para que não se deixem impunes os atentados ao patrimônio extramaterial das pessoas, pela necessidade de prevenção de novas lesões e para compensar a vítima afetada.

Nesse sentido, encontram-se na doutrina e na jurisprudência as funções da indenização compensatória, preventiva, punitiva e de vedação do lucro proibitivo. Muito embora não seja possível recolocar a pessoa lesada na situação anterior ao dano, a compensação visa proporcionar ganho equivalente. A prevenção se volta para a coletividade, a fim de evitar novas lesões. A punição tem olhos para o causador do dano e a vedação do lucro proibitivo neutraliza o ganho obtido a partir do ato ilícito.

Para a quantificação de danos morais, o legislador estabeleceu o método de arbitramento judicial e determinou que fique a cargo do magistrado, segundo seu prudente arbítrio, estabelecer a quantia devida, de forma a compensar adequadamente a vítima, mas sem gerar seu enriquecimento ilícito.

O critério legal não é suficiente para resolver o problema da quantificação por danos morais, por isso, a doutrina e a jurisprudência se debruçaram sobre a questão e buscaram trazer maior sistematicidade e segurança jurídica na quantificação do dano extrapatrimonial.

³²² “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”. 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/2002/110406.htm>. Acesso em: 1º jul. 2020.

³²³ “Art. 186. 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. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 1º jul. 2020.

A leitura conjunta das contribuições da doutrina com o método bifásico do STJ permite extrair que a quantificação dos danos morais deve ser feita em duas etapas. Na primeira fase, analisa-se a relevância do interesse jurídico lesado, com base na média de condenações anteriores em casos similares.

Na segunda etapa, são consideradas as especificidades do caso concreto, tais como a gravidade da culpa do ofensor, a existência ou não de culpa concorrente da vítima, a razoabilidade e a proporcionalidade, o critério equitativo do juiz, a repercussão do dano, a possibilidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento da vítima, as condições sociais e pessoais do ofendido, a repercussão da lesão na vida do ofendido e no seu meio social, a existência de prática reiterada pelo agente e o número de pessoas afetadas.

A análise econômica do Direito consiste no uso do instrumental da Economia para conferir capacidade de diagnóstico e de prognóstico ao Direito. Seus estudos permitem analisar as normas jurídicas e as decisões judiciais quanto às consequências práticas geradas e os incentivos aos agentes. Viabilizam, ainda, avaliar e comparar as alternativas possíveis em suas diferentes repercussões no mundo dos fatos, pois entendem que cada escolha impõe uma renúncia às outras opções.

A análise econômica do Direito é neutra em relação aos fins visados pelo Direito. Não serve para substituir a noção de justiça, embora enxergue o desperdício como injusto, dado que os recursos são escassos. A disciplina permite verificar se os fins visados pelas normas e pelas decisões judiciais são alcançados na prática e aferir a forma de atingi-los com maior eficiência.

No campo do direito de danos, a leitura interdisciplinar parte do estabelecimento de um padrão de comportamento esperado das partes. O *standard* deve se pautar pela adoção de precaução eficiente, com menores custos possíveis para evitar o maior número de danos.

Para a análise econômica do Direito, o sistema de responsabilidade civil serve para fazer com que o agente internalize as externalidades negativas que sua atividade causou a terceiros e que a compensação pecuniária deve reestabelecer o nível de utilidade total da vítima.

Segundo o Teorema de Coase, a internalização de custos não deve ser pensada para se evitar danos a qualquer preço. Várias atividades são benéficas à coletividade. Assim, a responsabilidade civil deve ser pensada de forma a trazer ganho global, mesmo com a imputação do dever de indenizar.

A Fórmula Hand permite a gradação de culpa do causador de danos e da gradação de culpa concorrente da vítima ao se avaliar os custos da precaução em relação à redução esperada do risco. Para sua aplicação prática, é necessário se estabelecer o *standard* de comportamento.

Com as premissas do *cheapest cost avoider* e da *last clear chance*, verificou-se formas de se evitar o dano com o menor custo possível e em todas as oportunidades que se apresentarem aos agentes.

A respeito dos danos imateriais, a análise econômica do Direito propõe uma avaliação *ex ante*, com base nos valores que a parte estaria disposta a pagar para evitar o dano e nos lucros obtidos com a lesão causada.

Em relação aos danos intencionais, verificou-se que o agente praticará o ato ilícito se a punição esperada (pena cominada multiplicada pela probabilidade de ser punido) for inferior à perspectiva de ganho. A diminuição da prática de atos ilícitos depende da capacidade dissuasória do sistema e pode ser feita com o aumento da pena cominada ou o incremento da probabilidade de punição.

Na responsabilidade contratual, a análise econômica do Direito compreende que o sistema deve ser pensado para que se incentive o adimplemento da avença. Não pode ser mais vantajoso descumprir o contrato do que honrá-lo. A parte lesada deve ser colocada na mesma situação em que estaria se o contrato fosse cumprido, se tivesse condições de barganhar o inadimplemento ou se nunca celebrasse o contrato.

A inserção do art. 20 da LINDB buscou aproximar as decisões judiciais de suas consequências práticas. Enfocou-se o consequencialismo, na concepção de que não é possível ao Direito ficar alheio à realidade por ele tutelada. Não se impôs essa forma como única razão de decidir ou se buscou desvirtuar a literalidade das normas.

Ao determinar que o julgador considere as consequências práticas de suas decisões quando analisar conceitos abstratos, a inovação legislativa abriu as portas para o diálogo da responsabilidade civil decorrente da violação de danos morais com a análise econômica do Direito.

Os danos morais envolvem conceitos abstratos por se relacionarem com a tutela jurídica da dignidade humana, que comporta valores constitucionais centrados na pessoa, ainda que não previstos em categoria jurídica específica. A análise econômica do Direito, por seu turno, tem por escopo estudar o Direito e suas consequências.

A leitura conjunta dos capítulos 1 e 2 permite que se elabore proposta dogmática para quantificar danos morais em casos de recusa ao fornecimento de medicamentos por prestadoras de assistência à saúde. O caso comporta o estudo sob a perspectiva da análise econômica do Direito, pois se trata de agente causador do dano pessoa jurídica com suficiente racionalidade, pois opera sob a lógica de mercado, é sujeito à regulação estatal e está adstrito ao dever de elaborar balanços contábeis.

A quantificação de danos morais deverá ser feita a partir de uma leitura atualizada do método bifásico do STJ, que agrega à consideração das consequências práticas da decisão na fundamentação apresentada, em observância ao disposto no art. 20 da LINDB.

Primeiro, o julgador irá se basear na relevância do interesse jurídico lesado e, para tanto, tomará por base a média de valores de condenações que passaram pela uniformização do STJ. Depois, considerará as peculiaridades do caso concreto, inclusive a necessidade de incremento punitivo ou de coibir lucro proibitivo.

Por fim, fará um teste de eficiência do montante apurado, tendo em vista o padrão de comportamento esperado (regulamentos da ANS, normas contratuais e normas internas) e os conceitos da análise econômica do Direito de danos: custos de precaução adotados pela parte (duodécuplo da contraprestação contratual), custo de oportunidade de autor e réu (valor do medicamento, valor de contraprestações de contratos alternativos), não coibir prática da atividade (balanços patrimoniais) e necessidade de incremento da punição esperada (reincidência em processos judiciais anteriores e avaliação junto à ANS).

Ao analisar os cinquenta julgados mais recentes do STJ, constatou-se que a Corte raramente revisa os valores impostos pelas instâncias inferiores. Embora exista uma tendência de condenação no valor de R\$ 10.000,00, há grande disparidade entre os valores mínimo (R\$ 5.000,00) e máximo (R\$ 30.000,00) encontrados, sem que as razões para tais diferenças sejam encontradas no inteiro teor dos acórdãos.

O STJ não se vale do método bifásico que concebeu para analisar as quantias condenatórias que confirma ou mesmo quando realiza a revisão do valor. A esmagadora maioria dos julgados avalia o valor absoluto da condenação e aplica o óbice da súmula 7 do STJ.

O estudo dos cinquenta julgados mais recentes do TJDFT demonstra que essa Corte também não se vale do método bifásico para quantificar os danos morais em suas condenações, embora existam poucas análises esparsas e implícitas da primeira ou da segunda etapa. Os valores praticados não observam os patamares uniformizados pelo STJ e são consideravelmente inferiores aos da Corte Superior (média de pouco menos de R\$ 6.000,00).

Nenhuma das duas Cortes avalia as consequências práticas das decisões judiciais e as metodologias adotadas se valem apenas da retórica jurídica. Essa sistemática gera incentivos distorcidos para os agentes em casos futuros, como, por exemplo, a negativa de medicamentos de alto custo como praxe a ser adotada, por ser mais vantajosa.

A análise econômica do Direito possui o instrumental adequado para permitir a atualização do método bifásico e sua conformação ao disposto no art. 20 da LINDB. Com o teste de eficiência do montante de indenização fixado, será possível conferir tutela mais efetiva

aos direitos da personalidade lesados, uma vez que se avaliará as consequências práticas das decisões tomadas.

É importante, contudo, que se passe a adotar de forma efetiva o método bifásico na apuração dos danos morais. A uniformidade de metodologia permite a comparação de casos anteriores, o falseamento das premissas adotadas em relação às consequências práticas verificadas no caso concreto e a criação de um ambiente de segurança jurídica, com a estabilização das expectativas das partes.

Por fim, o modelo ora proposto foi pensado para um caso específico noticiado pelo STJ ao tratar da uniformização da jurisprudência na condenação por danos morais. A transposição dessa análise para outros casos poderá se mostrar oportuna e facilitada, como na recusa ao fornecimento de tratamento médico, constante da mesma tabela da notícia, por exemplo, ou exigir novos estudos para outras espécies de lesões.

REFERÊNCIAS

ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coord.). 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco. Lei nº 13.655/18 – Análise dos arts. 20 a 30 da LINDB e primeiras impressões de sua utilização na conformação das atuações dos diferentes órgãos de controle. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 19, n. 215, p. 9-21, jan. 2019.

ANASTASIA, Antonio. Justificativa. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ANTUNES, Júlia Caiuby de Azevedo. A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 169-184, jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 out. 2020.

BAR-ILAN, Avner; SACERDOTE, Bruce. The response of criminals and noncriminals to fines. **The Journal of Law & Economics**, vol. 47, n. 1, 2004, p. 1–17. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/10.1086/380471>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. Critérios para fixação dos danos extrapatrimoniais. **Revista de Direito**. Viçosa, v. 6, n.1, jul. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1543/716>>. Acesso em: 17 out. 2020.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal of Political Economy**, vol. 76, n. 2, 1968, pp. 169–217. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1830482>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRANCO, Paulo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos arts. 20 ao 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

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/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses.** Edição nº 125: responsabilidade civil – dano moral. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%20125:%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20-%20DANO%20MORAL>>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 281.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-10-21_06-56_O-metodo-bifasico-para-fixacao-de-indenizacoes-por-dano-moral.aspx>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1771866/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1440721/GO, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1698701/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1354536/SE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1533342/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/03/2019, DJe 27/03/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1771866/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 53.321/RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 16/09/1997, DJ 24/11/1997, p. 61192.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 801.181/MA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no REsp 1809457/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/02/2020, DJe 03/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1157151/RS, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 14/09/2018.

BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. Making the other path efficient: economic analysis and tort law in less developed countries. In: BUSCAGLIA, Edgardo; RATLIFF, William; COOTER, Robert (Ed.). **The law and economics of development**. Greenwich Conn: JAI Press, 1997.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CALABRESI, Guido. **The future of law & economics**. Essays in reform and recollection. New Haven: Yale University Press, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, vol. 3 (Out., 1960), pp. 1-44 (44 pages). publicado por: The University of Chicago Press. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/724810>>. Acesso em 20 jun. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 56, n. 386, p. 26-35, dez. 1967.

COOTER, Robert; EISENBERG, Melvin Aron. Damages for breach of contract. **California Law Review**, vol. 73, n. 5, 1985, pp. 1432–1481. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3480408>. Acesso em 17 nov. 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Afonso Celso Furtado Rezende (trad.). São Paulo: Quorum, 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1263123, 07005975520208070001, Relator: Romulo de Araujo Mendes, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 8/7/2020, publicado no DJE: 21/7/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 126055, APC4891198, Relator: Vera Andrichi, Revisor: Romão Cícero, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 27/3/2000, publicado no DJU SEÇÃO 3: 31/5/2000. Pág.: 36.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1270057, 07046438720208070001, Relator: Arquibaldo Carneiro Portela, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 29/7/2020, publicado no DJE: 17/8/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1265242, 07071806620198070009, Relator: Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 15/7/2020, publicado no DJE: 3/8/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1255297, 07268761520198070001, Relator: Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 10/6/2020, publicado no DJE: 26/6/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

DUARTE, Leonardo Avelino; PEREIRA, Danilo Elias. A LINDB e a autofagia do direito. **Revista de Direito Privado**. vol. 94. ano 19. p. 29-41. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A distinção entre dano moral, dano social e *punitive damages* a partir do conceito de dano-evento e dano-prejuízo: o início da discussão. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Recife, v. 87, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1588>>. Acesso em 17 out. 2020.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GEISTFELD, Mark. Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries. **California Law Review**, vol. 83, n. 3, 1995, pp. 773–852. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3480865>. Acesso em 18 set. 2020.

GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde** [livro eletrônico]: a ótica da proteção do consumidor. Coordenação de Antonio Herman V. Benjamin e Claudia Lima Marques. 1. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of tort law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

LINDNBERGH, Siewert D.; KIPPERSLUIS, Peter P. M. van. Non pecuniary losses. Ch. 8. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público: Lei 13.655/2018** [livro eletrônico]. Coleção soluções de direito administrativo: leis comentadas. Série I: Administração Pública, v. 10. MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (Coord.). 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NORTH, Douglass. An introduction to institutions and institutional change. In **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511808678.003, 1990.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Por uma sistematização da recente mudança da LINDB pela Lei nº 13.655/2018. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 7, n. 18, p. 13-30, maio/ago. 2018.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

POPPER, Karl. **The logic of science discovery**. 2. ed. revisada. Nova Iorque: Routledge, 2005.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998.

REIS, Clayton. **Dano moral** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Análise econômica do crime. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019.

STJ define valor de indenizações por danos morais. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de setembro de 2009, 9h00. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha lei de introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Foco, 2019.

VELTHOVEN, Ben C. J. van. Empirics of tort. Ch. 16. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009.

VISSCHER, Louis T. Tort damages. Ch. 6. In: FAURE, Michael (Ed.). **Tort law and economics**. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

APÊNDICE**I – PLANILHA DE JULGADOS DO STJ**

	Recurso	Método Bifásico	1ª Fase	2ª Fase	Revisão
1	AgInt no AREsp 1498485/PE	Não	Não	Não	Manteve
2	AgInt no REsp 1889213/SP	Não	Não	Não	Manteve
3	AgInt no AgInt no AREsp 1504440/PI	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
4	AgInt no REsp 1877402/SP	Não	Não	Não	Manteve
5	AgInt no AREsp 1615038/RJ	Não	Não	Não	Manteve
6	AgInt no AREsp 1670444/SP	Não	Não	Não	Manteve
7	AgInt no REsp 1680415/CE	Não	Não	Sim	Manteve
8	AgInt no AREsp 1661348/MT	Não	Não	Não	Manteve
9	AgInt no REsp 1852794/SP	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
10	AgInt no AREsp 1536948/SP	Não	Não	Não	Manteve

Valor Final	Quantificação/Fundamentação
R\$ 10.000,00	Relativamente ao valor fixado a título de indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o quantum estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso, de modo que a sua revisão também encontra óbice na Súmula 7/STJ.
R\$ 10.000,00	Consoante asseverado na decisão agravada, as duas Turmas de Direito Privado do STJ entendem que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário (AgInt no AREsp 1.106.509/RJ, 3ª Turma, DJe de 09/10/2017; AgInt no REsp 1.647.519/CE, 4ª Turma, DJe de 13/10/2017; e REsp 1721705/SP, 3ª Turma, DJe de 06/09/2018).
Não se aplica	Responsabilidade Civil do Estado. Condenação em R\$ 10.000,00.
R\$ 5.000,00	No tocante à indenização por danos morais, o acórdão recorrido assim se manifestou (e-STJ, fl. 298): [...] No que concerne à indenização por danos morais, esta deverá se fixada em R\$ 5.000,00, mormente porque o descaso da operadora foi capaz de atingir os direitos da personalidade do menor, sendo razoável e proporcional fixá-la neste montante, de sorte a diminuir, de alguma maneira, o sofrimento físico e psicológico causado durante situação delicada por ele vivenciada.
R\$ 5.000,00	O valor do dano moral, de cinco mil reais (R\$ 5.000,00), não se mostra exorbitante, a justificar sua reavaliação em recurso especial. Portanto, correta a incidência da Súmula n. 7/STJ.
R\$ 20.000,00	Nesse contexto, eventual modificação do entendimento lançado no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de matéria fática, inviável em recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ.
R\$ 10.000,00	Quanto aos danos morais indenizáveis, melhor sorte não assiste à insurgente. A jurisprudência desta Corte é, pois, no sentido de que a recusa indevida/injustificada pela operadora de plano de saúde em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico-assistencial, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário.
R\$ 25.000,00	Com efeito, somente é possível a revisão do montante da indenização nas hipóteses em que o quantum fixado for exorbitante ou irrisório, o que, no entanto, não ocorreu no caso em exame. Isso, porque o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), não é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pela autora, que, conforme mencionado pelas instâncias ordinárias, teve cirurgia de urgência recusada indevidamente pelo plano de saúde, correndo o risco de perder sua visão.
Não se aplica	O entendimento dominante nesta Corte é o de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura e que é abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento, procedimento ou material imprescindível, prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário. Referido entendimento se estende até mesmo aos medicamentos de uso domiciliar necessários ao tratamento indicado pelo médico responsável.
R\$ 10.000,00	A revisão dessas premissas demandaria o reexame da matéria fática, procedimento vedado em recurso especial, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

	Recurso	Método Bifásico		1ª Fase	2ª Fase	Revisão
11	AgInt no AREsp 1577092/RJ	Não		Não	Não	Manteve
12	AgInt no REsp 1839055/RJ	Não		Não	Não	Manteve
13	AgInt no REsp 1836018/PR	Não		Não	Não	Manteve
14	AgInt no REsp 1849149/SP	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica
15	AgInt no REsp 1806691/SP	Não		Não	Não	Manteve
16	AgInt no REsp 1826001/PR	Não		Não	Não	Manteve
17	AgInt nos EDcl no REsp 1809457/SP	Não		Não	Não	Manteve
18	REsp 1784595/MS	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica
19	AgInt no AREsp 1573008/SP	Não		Não	Não	Manteve
20	REsp 1733013/PR	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica

Valor Final	Quantificação/Fundamentação
R\$ 5.000,00	No caso, em que a compensação foi fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), entendo bem observados os padrões de razoabilidade e proporcionalidade, não se configurando situação cuja excepcionalidade justifique a intervenção do STJ.
R\$ 7.000,00	Nesse contexto, embora a recorrente afirme que a quantia indenizatória fixada em R\$ 7.000,00 (sete mil reais) se mostre excessiva, não se justifica, no caso, a excepcional intervenção desta Corte Superior no intuito de revisar o valor da compensação por danos morais, uma vez que o montante não se mostra exagerado, por ter sido arbitrado de forma proporcional, razoável e condizente com a realidade dos autos.
R\$ 8.000,00	Em tais circunstâncias, e considerando os valores fixados em casos semelhantes, arbitro os danos morais em R\$ 8.000,00 (oito mil reais). [...] É também pacífica a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte no sentido de "reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo" (AgInt no AREsp n. 1.379.491/PE, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/4/2019, DJe 2/5/2019).
Não se aplica	Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte, unicamente para excluir do dispositivo da r. sentença a condenação da parte ré a pagar à parte autora danos morais, com readequação dos ônus da sucumbência, considerado o trabalho em fase recursal. Recurso especial: alega violação dos arts. art. 10, I e IX, da Lei 9.656/98 e 1.022 do CPC/15. Além de negativa de prestação jurisdicional, sustenta a possibilidade de exclusão de cobertura do medicamento da recorrida, pois seria de cunho experimental, utilizado de forma diversa da bula (off label). [...] Forte nessas razões, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno no agravo em recurso especial.
R\$ 10.000,00	De outra parte, impende consignar que a revisão do valor compensatório a título de danos morais somente é possível nos casos em que o valor se apresenta ínfimo ou excessivo. Não se pode reputar, diante do caso concreto, como excessiva a quantia fixada, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).
R\$ 8.000,00	[...] somente é admissível o exame do valor fixado a título de danos morais em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou a índole irrisória da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O valor de R\$ 8.000,00, arbitrado a título de danos morais, não é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pela parte agravada que, conforme consta nos autos, sofreu com a recusa indevida do plano de saúde em proceder à cobertura financeira de material essencial ao procedimento cirúrgico
R\$ 10.000,00	Nesse quadro, afigura-se, a meu ver, impositivo o restabelecimento da sentença de procedência, tendo em vista, ademais, a razoabilidade do quantum indenizatório fixado, que encontra amparo na jurisprudência desta Corte que recomenda a utilização do método bifásico para o correto balizamento do valor devido a título de indenização por danos morais (REsp 1.445.240/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10.10.2017, DJe 22.11.2017).
Não se aplica	Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face de Drogaria.
R\$ 10.000,00	Acórdão: negou provimento à apelação interposta pelo agravante, e deu provimento à apelação adesiva interposta pelo agravado para condenar a seguradora ao pagamento de R\$ 10.000,00 como reparação por danos morais. [...] Forte nessas razões, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno no agravo em recurso especial.
Não se aplica	De resto, conforme consta da própria exordial e foi esclarecido por amici curiae, a operadora do plano de saúde, recorrida, ofereceu procedimento incluído no rol da ANS inequivocamente adequado ao tratamento, sendo certo que, a título de oportuno registro, o procedimento cifoplastia com uso de balão, segundo a ANS - ao menos por ocasião dos fatos-, nem sequer consta na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos - CBHPM.

	Recurso	Método Bifásico		1ª Fase	2ª Fase	Revisão
21	AgInt no AREsp 1515875/RJ	Não		Não	Não	Manteve
22	AgInt no REsp 1816522/SP	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica
23	AgInt no AREsp 1437144/SC	Não		Não	Não	Manteve
24	AgInt no AREsp 1490311/SP	Não		Não	Não	Manteve
25	AgInt no AREsp 1443929/SP	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica
26	AgInt no AREsp 835892/MA	Não se aplica	se	Não	Não se aplica	Não se aplica
27	AgInt no AREsp 1461497/RJ	Não		Não	Não	Manteve
28	AgInt no AREsp 1448210/RJ	Não		Não	Não	Manteve
29	AgInt no AREsp 1420342/RJ	Não		Não	Não	Manteve
30	AgInt no REsp 1776448/SP	Não		Não	Não	Manteve

Valor Final	Quantificação/Fundamentação
R\$ 6.000,00	Isso, porque o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), não é exorbitante nem desproporcional aos danos suportados pela parte recorrida, que teve a injustificada negativa de cobertura de procedimento cirúrgico (cirurgia micrográfica de mohs), pela operadora do plano de saúde ora agravante, quando "necessário para assegurar a própria vida da esposa do autor, na medida em que foi diagnosticada com carcinoma basocelular nodular", conforme expressamente reconhecido pelas instâncias ordinárias.
Não se aplica	Com efeito, não há qualquer equívoco na aplicação da Súmula 568/STJ, tendo em vista que, de fato, o acórdão proferido pelo TJ/SP divergiu do entendimento adotado por esta Corte de que se revela abusivo o preceito excludente do custeio de medicamento prescrito pelo médico responsável pelo tratamento do beneficiário, ainda que ministrado em ambiente domiciliar. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1097679/SP, 3ª Turma, DJe de 23/02/2018; AgInt no AREsp 1064435/GO, 4ª Turma, DJe de 23/11/2017; AgInt no AREsp 989.137/SP, 4ª Turma, DJe de 8/9/2017; e AgInt no AREsp 918.635/SP, 3ª Turma, DJe de 22/2/2017.
R\$ 10.000,00	Nessa esteira, não merece reparos a decisão hostilizada, pois encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. No caso concreto, as razões recursais encontram óbice na Súmula 83 do STJ, que determina a pronta rejeição dos recursos a ele dirigidos, quando o entendimento adotado pelo e. Tribunal de origem estiver em conformidade com a jurisprudência aqui sedimentada, entendimento aplicável aos recursos especiais fundados na alínea "a" e "c" do permissivo constitucional.
R\$ 8.000,00	Por fim, ao apontar violação ao art. 884 do Código Civil, a recorrente alega que o quantum indenizatório fixado em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) se mostra exorbitante. Sobre o tema, tem-se que a iterativa jurisprudência desta eg. Corte Superior é no sentido de que a revisão do montante da indenização por danos morais esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, a qual somente é relativizada se o quantum revelar-se exorbitante ou irrisório.
Não se aplica	Diante de tal contexto, o Tribunal a quo, ao julgar procedente o pedido indenizatório formulado pela parte agravada em face da operadora do plano de saúde, decidiu em conformidade com a orientação consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, o que atrai o óbice previsto na Súmula 83 do STJ.
Não se aplica	É também pacífica a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte no sentido de "reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo" (AgInt no AREsp n. 1.379.491/PE, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/4/2019, DJe 2/5/2019).
R\$ 10.000,00	Com efeito, somente é possível a revisão do montante da indenização nas hipóteses em que o quantum fixado for exorbitante ou irrisório, o que, no entanto, não ocorreu no caso em exame. Isso, porque o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pela agravada.
R\$ 10.000,00	No que concerne ao <i>quantum</i> , a revisão do valor arbitrado a título de indenização, por demandar reexame de provas, é inviável no âmbito desta Corte Superior em razão do óbice da Súmula nº 7/STJ. Excepcionalmente, quando o valor arbitrado na origem se mostrar ínfimo ou excessivo, admite-se a intervenção desta Corte para ajustar o quantum aos patamares da razoabilidade (AgRg no AREsp 211.917/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira turma, julgado em 21/03/2013, DJe 02/04/2013). No caso concreto, não se pode reputar ínfima ou exorbitante a indenização por danos morais de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), arbitrada em função de negativa de cobertura do plano de saúde.
R\$ 7.000,00	Com efeito, somente é possível a revisão do montante da indenização nas hipóteses em que o quantum fixado for exorbitante ou irrisório, o que, no entanto, não ocorreu no caso em exame. Isso, porque o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 7.000,00 (sete mil reais), não é exorbitante nem desproporcional aos danos suportados pela parte recorrida, que teve a injustificada negativa de cobertura de material cirúrgico, pela operadora do plano de saúde ora agravante, quando o quadro de saúde "apresentava a necessidade de intervenção urgente, tendo em vista a ocorrência de doença degenerativa de disco cervical, afetando inclusive sua capacidade laborativa", conforme expressamente reconhecida pelas instâncias ordinárias.
R\$ 10.000,00	Outrossim, quanto ao pedido de redução do valor dos danos morais, reitero que a quantia R\$ 10.000,00 (dez mil reais) afigura-se condizente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e não constitui causa geradora de enriquecimento ilícito. .

	Recurso	Método Bifásico	1ª Fase	2ª Fase	Revisão
31	AgInt no AREsp 1444610/RJ	Não	Não	Não	Manteve
32	AgInt no AREsp 1450992/SP	Não	Não	Não	Manteve
33	AgInt no AREsp 1443939/SC	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
34	AgInt no REsp 1793874/MT	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
35	AgInt no AREsp 1391716/SP	Não	Não	Não	Manteve
36	AgInt no REsp 1765668/DF	Não	Não	Não	Manteve
37	REsp 1712163/SP	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
38	AgInt no AREsp 1281380/DF	Não	Não	Não	Manteve
39	AgInt no AREsp 1285474/DF	Não	Não	Não	Manteve
40	AgInt no REsp 1733723/DF	Não	Não	Não	Manteve

Valor Final	Quantificação/Fundamentação
R\$ 10.000,00	Por fim, o valor do dano moral arbitrado na origem (R\$ 10.000,00) não se mostra exorbitante, a justificar sua reavaliação em recurso especial. Portanto, correta a incidência da Súmula n. 7/STJ.
R\$ 25.000,00	Referente ao pleito de redução do valor da indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, a revisão de indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula 7/STJ a impedir o conhecimento do recurso. In casu, a quantia estipulada pelo Tribunal de origem, R\$ R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), além de atender as circunstâncias do caso concreto, não escapa à razoabilidade, nem se distancia dos parâmetros adotados por esta Corte em hipóteses semelhantes.
Não se aplica	Ademais, destaca-se que, no caso ora em análise, não há que se falar em revolvimento das provas dos autos, até porque o magistrado de primeiro grau, quando do julgamento da demanda, concluiu pela ocorrência dos danos morais, [...]
Não se aplica	Destarte, o acórdão recorrido está, efetivamente, em sintonia com o entendimento firmado por esta Corte de que a recusa injustificada do plano de saúde em autorizar a cobertura do tratamento médico pode ensejar o direito ao recebimento de indenização por danos morais.
R\$ 15.000,00	Por fim, no que se refere à revisão do valor da condenação por danos morais fixada em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para o acolhimento do apelo extremo nessa extensão, seria imprescindível derruir afirmação contida no decisum atacado, o que, forçosamente, ensejaria em rediscussão de matéria fática, atraindo, mais uma vez, o óbice da Súmula 07 do STJ. Vale anotar, ainda, que nos termos da orientação deste Pretório, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso.
R\$ 10.000,00	No que se refere ao <i>quantum</i> indenizatório, a orientação do STJ é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias somente deve ser revisto nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou excessiva, em desacordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorre no caso dos autos. De fato, levando-se em consideração as particularidades do caso e os parâmetros utilizados por este Tribunal Superior em situações análogas, verifico que a quantia indenizatória fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não se mostra desproporcional, de modo que a sua revisão demandaria, inevitavelmente, o reexame de matéria fático-probatória, mostrando-se correta a aplicação da Súmula n. 7 do STJ.
Não se aplica	Dessa forma, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial manejado pela AMIL, para obrigá-la a fornecer o medicamento em destaque (Harvoni), tão somente após o seu efetivo registro pela ANVISA, qual seja, 4/12/2017.
R\$ 5.000,00	Como já afirmado na decisão agravada, a pretensão de reduzir o valor arbitrado a título de indenização por danos morais só é possível, em recurso especial, em casos excepcionais, quando o montante revela-se irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que estabelecida no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).
R\$ 5.000,00	De outra parte, quanto a configuração do dano moral, foi consignado que o Tribunal de origem condenou AMIL ao pagamento de danos morais <i>in re ipsa</i> fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Sobre o tema, ressaltou que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a recusa indevida ou injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura do tratamento médico incluindo-se o fornecimento de medicamentos de uso domiciliar, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, gera direito à indenização a título de dano moral <i>in re ipsa</i> , em razão de tal medida agravar a situação tanto física quanto psicológica do beneficiário (e-STJ, fl. 413). Salientou-se, ainda, que na hipótese de dano moral presumido o valor fixado a título de compensação somente pode ser modificado em grau de recurso especial quando manifestamente abusivo ou irrisório, sob pena de incidência da Súmula nº 7 do STJ.
R\$ 5.000,00	Por fim, assevero que o valor arbitrado a título de danos morais pelo Julgador a quo (R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) observou os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, visto que o montante fixado não se revela exorbitante, e sua eventual redução demandaria reexame de provas (Súmula n. 7/STJ).

	Recurso	Método Bifásico		1ª Fase	2ª Fase	Revisão
41	AgInt no AREsp 1307360/PR	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica
42	AgInt no REsp 1742092/SP	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica
43	AgInt no AREsp 1290062/DF	Não		Não		Manteve
44	AgInt no AREsp 1157151 / RS	Não		Não		Sim Majorou
45	AgInt no AREsp 1294643/SP	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica
46	AgInt no AREsp 1223021/SP	Não		Não		Manteve
47	AgInt no AREsp 1236085/PE	Não		Não		Manteve
48	AgInt no AREsp 1093958/CE	Não		Não		Manteve
49	AgInt no AREsp 1064435/GO	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica
50	AgInt no AREsp 1036012/RJ	Não		Não		Manteve

Valor Final	Quantificação/Fundamentação
Não se aplica	Diante de tal contexto, o Tribunal a quo, ao julgar procedente o pedido indenizatório formulado pela parte agravada em face da operadora do plano de saúde, decidiu em conformidade com a orientação consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, o que atrai o óbice previsto na Súmula 83 do STJ.
Não se aplica	Diante de tal contexto, o Tribunal a quo, ao julgar procedente o pedido indenizatório formulado pela parte agravada em face da operadora do plano de saúde, decidiu, de fato, em conformidade com a orientação consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, o que atrai, novamente, o óbice previsto na Súmula 83 do STJ.
R\$ 5.000,00	No que se refere ao montante fixado a título de indenização por danos morais, o recurso também não merece prosperar, tendo em vista que é pacífico o entendimento deste Pretório no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Dessa forma, não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), na fl. 311, a título de reparação moral, decorrente das circunstâncias fáticas apresentadas na hipótese, de modo que a sua revisão esbarraria nas Súmulas 5 e 7 do STJ.
R\$ 30.000,00	Relativamente ao quantum indenizatório, verifica-se que o valor dos danos morais (R\$ 10.000,00) está abaixo dos parâmetros da jurisprudência, em se tratando de recusa de fornecimento de medicamento para tratamento de câncer. Deve ser ponderada, no caso concreto, a absoluta desnecessidade de se impor, tanto à paciente quanto à sua família, a aflição de ter reduzida a expectativa de vida, quando foi negado o fornecimento da medicação, enquanto ainda internada para tratamento da doença, sob justificativa de que o medicamento só poderia ser fornecido em caso de tratamento domiciliar. Dessa forma, impõe-se o arbitramento do montante indenizatório que atenda aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de evitar o indesejado enriquecimento ilícito dos agravantes, sem, contudo, ignorar o caráter preventivo e repressivo inerente ao instituto da responsabilidade civil. [...] Forte em tais razões e atento aos precedentes do eg. STJ, majoro a reparação moral para o valor estabelecido na sentença - R\$ 30.000,00 (e-STJ Fl. 173), com as atualizações e juros legais ali fixados.
Não se aplica	Destarte, o acórdão recorrido está, de fato, em sintonia com o entendimento firmado por esta Corte no sentido de que a recusa injustificada do plano de saúde em autorizar a cobertura do tratamento médico enseja o direito ao recebimento de indenização por danos morais.
R\$ 10.000,00	Com efeito, tão somente é possível a revisão do montante da indenização nas hipóteses em que o quantum fixado for exorbitante ou irrisório, o que, no entanto, não ocorreu no caso em exame. Isso, porque o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não é irrisório nem desproporcional aos danos sofridos pela parte autora.
R\$ 8.000,00	Com efeito, tão somente é possível a revisão do montante da indenização nas hipóteses em que o quantum fixado for exorbitante ou irrisório, o que, no entanto, não ocorreu no caso em exame. Isso, porque o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), não é irrisório nem desproporcional aos danos sofridos pela parte autora.
R\$ 8.000,00	Quanto ao montante fixado a título de indenização por danos morais, o recurso também não merece prosperar, tendo em vista que é pacífico o entendimento deste Pretório de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Dessa forma, não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de reparação moral, decorrente das circunstâncias fáticas apresentadas na hipótese, de modo que a sua revisão esbarraria na Súmula 7/STJ.
Não se aplica	Cumprе ressaltar que há muito tempo o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que revela-se abusivo o preceito excludente do custeio do medicamento prescrito pelo médico responsável pelo tratamento do beneficiário, ainda que ministrado em ambiente domiciliar, conforme inúmeros precedentes juntados na decisão singular. Assim, não é crível que plano de saúde de grande porte, dispondo de competente corpo jurídico, desconheça a jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte Superior quando do ajuizamento da ação.
R\$ 10.000,00	No que concerne ao quantum indenizatório, o entendimento desta Corte é pacífico no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no caso em tela. Como dito, nos termos delineados pelo Tribunal de origem, não se mostra exorbitante a condenação do recorrente no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação moral decorrente dos danos sofridos pelo agravado em decorrência da recusa de autorização da cirurgia e do material necessário a sua realização.

II – PLANILHA DE JULGADOS DO TJDF

	Acórdão	Método Bifásico	1ª Fase	2ª Fase	Revisão
1	13000719	Não	Não	Não	Manteve
2	1300422	Não	Não	Não	Manteve
3	1301406	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
4	1297311	Não	Não	Não	Manteve
5	1297575	Não	Não	Não	Manteve
6	1297565	Não	Não	Não	Reduziu
7	1297882	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
8	1297459	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
9	1297458	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
10	1297315	Não	Não	Não	Manteve

Valor Final	Quantificação/Fundamentação
R\$ 10.000,00	Em consulta aos autos, verifica-se que os critérios que balizaram a fixação da compensação por danos morais no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) se encontram em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo suficiente para alcançar os fins colimados.
R\$ 8.000,00	Em consulta aos autos, verifica-se que os critérios que balizaram a fixação da compensação por danos morais no patamar de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) se encontram em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo suficiente para alcançar os fins colimados.
Não se aplica	Tendo a recusa do tratamento ou do fornecimento de medicamento resultado de interpretação razoável do contrato, não resta caracterizado ato ilícito capaz de ofender os direitos da personalidade do contratante.
R\$ 10.000,00	Quanto ao valor da indenização, entendo que aquele fixado na condenação (R\$ 10.000,00) atende aos princípios gerais e específicos que devem nortear a fixação da compensação pelo dano moral, notadamente o bom senso, a proporcionalidade e a razoabilidade, mostrando-se satisfatório para representar um desestímulo à prática de novas condutas pelo agente causador do dano.
R\$ 10.000,00	Para a fixação do quantum deve ser considerada, ainda, a idade avançada do autor e a gravidade da moléstia, com a incidência de metástase e notória urgência do tratamento. Diante desses elementos e dos demais anteriormente expostos acerca do contexto fático em análise, tenho que a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais) é pertinente ao caso ora em exame, não sendo o caso de redução ou majoração.
R\$ 5.000,00	No caso dos autos, tenho que a importância fixada pela magistrada, a título de compensação pelo dano moral sofrido pela autora/apelada – R\$ 10.000,00 (dez mil reais), está em dissonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, até mesmo porque, não obstante a recusa no custeio do medicamento, a autora/apelada já está a usufruir de tal benefício desde a data da concessão dos efeitos da tutela de urgência (a antecipação dos efeitos da tutela foi concedida, no dia 15/03/2020, para determinar que a ré fornecesse à autora o medicamento voriconazol 200mg, na forma prescrita pelo médico, no prazo de 24 horas), conforme ID 19869912 - pág. 2. Desse modo, atento ao caráter punitivo e compensatório, sem descuidar do princípio da razoabilidade e, bem assim, atendidas as condições do ofensor, da ofendida e do bem jurídico lesado, tenho que a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é suficiente para reparação, diante das peculiaridades do caso.
Não se aplica	Apesar de ser devido o custeio do tratamento, não se pode considerar que a conduta da operadora do plano de saúde violou os direitos da personalidade do autor. A negativa de cobertura se deu com base em previsão contratual amparada pela Lei n. 9.656/1998 e por atos normativos da Agência Nacional de Saúde.
Não se aplica	O mero descumprimento contratual não caracteriza violação aos direitos da personalidade capaz de justificar a indenização por danos morais.
Não se aplica	O mero descumprimento contratual não caracteriza violação aos direitos da personalidade capaz de justificar a indenização por danos morais.
R\$ 5.000,00	É cediço que a fixação do dano moral tem caráter subjetivo, não havendo critérios pré-estabelecidos para o seu arbitramento. Assim, cabe ao juiz, por seu prudente arbítrio e tendo sempre em mente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização. A dificuldade na mensuração do valor da indenização exige que o magistrado busque em seu senso prático, atentando às peculiaridades de cada caso concreto, estabelecendo critérios para embasar sua decisão, devendo sopesar especialmente as condições econômicas e sociais do ofendido e do ofensor, as circunstâncias do fato, a extensão do dano e seus efeitos, sem esquecer que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano, não podendo importar em enriquecimento indevido. Neste ponto, tenho que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixado pela sentença recorrida, mostra-se adequado e proporcional à espécie, sobretudo, considerando os critérios tidos pela jurisprudência consolidada como norteadores do arbitramento judicial desse tipo de indenização, sem olvidar a capacidade econômica do ofensor e do lesado, o caráter pedagógico da condenação e, especialmente, o quadro clínico do paciente, ora autor.

	Acórdão	Método Bifásico	1ª Fase	2ª Fase	Revisão
11	1296978	Não	Não	Sim	Manteve
12	1294175	Não	Não	Não	Manteve
13	1292546	Não	Não	Sim	Manteve
14	1288676	Não	Não	Não	Manteve
15	1288994	Não	Não	Não	Reduziu
16	1288331	Não	Não	Não	Manteve
17	1288325	Não	Não	Não	Manteve
18	1282985	Não	Não	Sim	Concedeu
19	1281755	Não	Não	Não	Manteve
20	1281446	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica

Valor Final	Quantificação/Fundamentação
R\$ 10.000,00	No caso em tela, observa-se que o grau de culpabilidade da ré foi elevado, porquanto colocou em risco a viabilidade do tratamento, em razão da necessidade de administrar o medicamento com urgência, uma vez que o paciente, com menos de 1 (um) ano de idade, com doença grave (fibrosarcoma juvenil de grandes proporções) e com o risco aumentado de progressão do tumor em poucos meses, podendo não só comprometer outras estruturas no local (invasão óssea com necessidade de amputação do membro), como possibilidade de lesões a distância (metástases), comprometendo as chances de cura do menor, conforme relatório médico apresentado (id 18813222). A recusa ilícita da seguradora ré compeliu o requerente a manter-se por mais tempo que o necessário em estado de constante experimentação de desconforto, quando dele poderia eximir-se se houvesse sido prontamente autorizado o procedimento necessário para o restabelecimento de sua saúde.
R\$ 4.000,00	Ante as circunstâncias da lide, a condição socioeconômica das partes, a natureza da ofensa e as peculiaridades do caso sob exame, razoável e proporcional a condenação da parte recorrente no pagamento da quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), a título de reparação por dano moral.
R\$ 10.000,00	No caso em tela, observa-se que o grau de culpabilidade da ré foi expressivo, porquanto colocou em risco a viabilidade do tratamento, em razão da necessidade de administrar o medicamento com urgência, uma vez que o paciente é uma criança (de nove anos de idade) com quadro inflamatório grave e com o risco de desenvolver deformidades permanentes e sofrendo de dores intensas em várias partes do corpo, conforme relatório médico apresentado (id 17088837). A recusa ilícita da seguradora ré compeliu o requerente a manter-se por mais tempo que o necessário em estado de constante experimentação de desconforto e dor, quando deles poderia eximir-se se houvessem sido prontamente autorizados os procedimentos necessários para o restabelecimento de sua saúde.
R\$ 4.000,00	Apurados o ilícito contratual e o dano moral, a expressão pecuniária da compensação devida à autora fora mensurada de conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e aos objetivos nucleares da reparação, que é apenas a ofensora pelo seu desprezo para com os direitos alheios e para com as próprias obrigações que lhe estavam destinadas contratual e regulamentarmente. Consoante pontuado, a compensação fora mensurada em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), importe que se afina com os efeitos irradiados pelo ilícito em que incidira a ré.
R\$ 5.000,00	A compensação por danos morais deve ser arbitrada em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, devem ser consideradas as funções preventiva, pedagógica, reparadora e punitiva, bem como a vedação de enriquecimento ilícito. A recusa indevida ao tratamento, no caso concreto, além de frustrar as expectativas do beneficiário e de sua família, causando-lhes angústia e preocupações, pode, em algumas situações, agravar o estado de saúde da paciente. Contudo, no caso em análise, não há nos autos provas de que essa situação teria ocorrido. Assim, considerando as nuances do caso concreto, tenho que a indenização por danos morais no valor R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) se mostra adequada e razoável considerando as funções da indenização, além de consentâneo com a jurisprudência para casos similares.
R\$ 5.000,00	Devida, portanto, a condenação pelos danos morais, que, inclusive, fora bem fixada na sentença no valor R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mostrando-se adequada e razoável considerando as funções da indenização, além de consentâneo com a jurisprudência para casos similares.
R\$ 5.000,00	A recusa indevida ao tratamento, no caso concreto, além de frustrar as expectativas do beneficiário e de sua família, causando-lhes angústia e preocupações, pode, em algumas situações, agravar o estado de saúde do paciente. Contudo, no caso em análise, não há nos autos provas de que essa situação teria ocorrido. Assim, considerando as nuances do caso concreto, tenho que a indenização por danos morais no valor R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) se mostra adequada e razoável considerando as funções da indenização, além de consentâneo com a jurisprudência para casos similares.
R\$ 5.000,00	No caso em comento, trata-se de operadora de saúde de abrangência nacional, por óbvio economicamente superior, e que deixou de prestar os serviços que lhe são atinentes contratualmente, em momento crítico de estado de saúde da consumidora, acometida por câncer de mama com metástase para o pulmão. Consideradas essas premissas, entendo que a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) atende fielmente aos ditames lançados e ao princípio razoabilidade, razão pela qual deve ser o montante de condenação.
R\$ 7.000,00	Neste contexto, só é cabível a redução ou majoração do dano moral quando estatuído em valor excessivo ou irrisório, hipótese não verificada nos autos. A indenização arbitrada na sentença em R\$7.000,00 segue os parâmetros jurisprudenciais, haja vista as peculiaridades da causa.
Não se aplica	O mero descumprimento contratual não caracteriza violação aos direitos da personalidade capaz de justificar a indenização por danos morais.

	Acórdão	Método Bifásico		1ª Fase	2ª Fase	Revisão
21	1280368	Não		Não	Não	Manteve
22	1280566	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica
23	1277839	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica
24	1276187	Não		Não	Não	Manteve
25	1278335	Não		Não	Não	Manteve
26	1275409	Não		Não	Não	Manteve
27	1275803	Não		Não	Não	Manteve
28	1273492	Não		Não	Não	Reduziu
29	1273138	Não se aplica	se	Não se aplica	se	Não se aplica
30	1267136	Não		Não	Não	Manteve

Valor Final	Quantificação/Fundamentação
R\$ 5.000,00	Evidencia-se, portanto, a configuração do dano moral, seja de ordem objetiva, em razão da violação ao direito personalíssimo à integridade física (artigo 12 do Código Civil), seja de ordem subjetiva, decorrente da sensação de angústia e aflição psicológica em situação de fragilidade já agravada pela doença.
Não se aplica	Não há omissão se a matéria foi integralmente decidida, de forma coerente e clara, restando evidente, das razões recursais, o intuito de rediscutir a matéria.
Não se aplica	Dessa forma, embora se reconheça que a recusa em autorizar e custear o tratamento/medicamento indicado ao Autor tenha lhe provocado chateação e percalços, não há como reconhecer a ocorrência de violação aos direitos da personalidade, de maneira a motivar a fixação de indenização por dano moral.
R\$ 3.000,00	A reparação por dano moral não alcança somente a dor e o sofrimento, mas também o abalo, e pode corresponder a uma compensação pelo incômodo e pela perturbação gerados por situações que extrapolam a normalidade, devendo servir, demais disso, como punição do ofensor, a fim de desestimular a prática de condutas da mesma natureza. 11. Em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o valor arbitrado em sentença, a título de danos morais, amolda-se ao conceito de justa reparação.
R\$ 10.000,00	No que diz respeito ao quantum compensatório do dano moral, em que pese a falta de critérios objetivos, sua fixação deve ser pautada pela proporcionalidade e razoabilidade, de sorte que a quantia definida, além de servir como forma de reparação do dano, deve ter caráter sancionatório e inibidor da conduta praticada. Nesse sentido, além da análise do evento causador do dano, a condenação deve se amparar nas circunstâncias do caso, na capacidade econômica do ofensor e no efeito pedagógico da condenação, servindo como desestímulo à prática de novas condutas lesivas, sem que se caracterize o enriquecimento sem causa para o autor. Destarte, a fixação da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) revela-se proporcional, em vista dos danos causados aos direitos da personalidade da apelada, pelo que não comporta reparos.
R\$ 7.000,00	Quanto ao valor da indenização, entendo que aquele fixado na condenação (R\$ 7.000,00) atende aos princípios gerais e específicos que devem nortear a fixação da compensação pelo dano moral, notadamente o bom senso, a proporcionalidade e a razoabilidade, mostrando-se satisfatório para representar um desestímulo à prática de novas condutas pelo agente causador do dano.
R\$ 5.000,00	Nesse sentido, além da análise do evento causador do dano, a condenação deve se amparar nas circunstâncias do caso, na capacidade econômica do ofensor e no efeito pedagógico da condenação, servindo como desestímulo à prática de novas condutas lesivas, sem que se caracterize o enriquecimento sem causa para o autor. Assim, a fixação da compensação na quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) revela-se adequada aos parâmetros delineados, devendo a r. sentença ser mantida no ponto.
R\$ 8.000,00	Como cediço, a mensuração da compensação pecuniária a ser deferida ao atingido por ofensas de natureza moral deve ser efetivada de forma parcimoniosa e em conformação com os princípios da proporcionalidade, atentando-se para a gravidade dos danos havidos e para o comportamento da ofensora, e da razoabilidade, que recomenda que o importe fixado não seja tão excessivo a ponto de ensejar uma alteração na situação financeira dos envolvidos e nem tão inexpressivo que redunde em uma nova ofensa ao consumidor atingido. Esses parâmetros, o que decorre da sua própria gênese, são de natureza eminentemente subjetiva, caracterizando matéria tormentosa para os juízes e tribunais, pois os atributos da personalidade humana não são tarifados e o arbitramento da compensação sujeita-se, então, à influência da avaliação subjetiva de cada julgador, o que, aliás, reflete a própria dialética do direito. Alinhavadas essas considerações, aferido o inadimplemento contratual da operadora de saúde, evidenciado pela recusa ilegítima de custear os medicamentos prescritos, e, apurado que o fato havido afetara direito da personalidade do autor, transmudando-se em fato gerador do dano moral, legitimando sua contemplação com compensação pecuniária, o montante de R\$8.000,00 (oito mil reais) guarda conformidade com o ilícito havido e com os efeitos que irradiara, razão pela qual merece reparos a sentença quanto ao ponto.
Não se aplica	Manteve a condenação (R\$ 5.000,00), mas nada falou sobre o valor fixado.
R\$ 10.000,00	Diante desse contexto, na fixação do valor da indenização deve o julgador atender a certos critérios, tais como a intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. A reparação tem ainda um fim pedagógico, que visa desestimular a prática de ilícitos similares, sem que sirva, contudo, para enriquecimentos injustificáveis (STJ. REsp 355.392/RJ. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para o acórdão Ministro Castro Filho. Julgado em 26/03/2002. DJ 17/06/2002, p. 258). No caso, diante do acontecimento e das consequências acima descritas, nenhum reparo ao módico valor fixado em sentença de R\$10.000,00 (dez mil reais), quantia que não se mostra exorbitante a ponto de proporcionar o enriquecimento sem causa, nem infima a tornar insuficiente a reparação, consoante se depreende dos julgados acima transcritos.

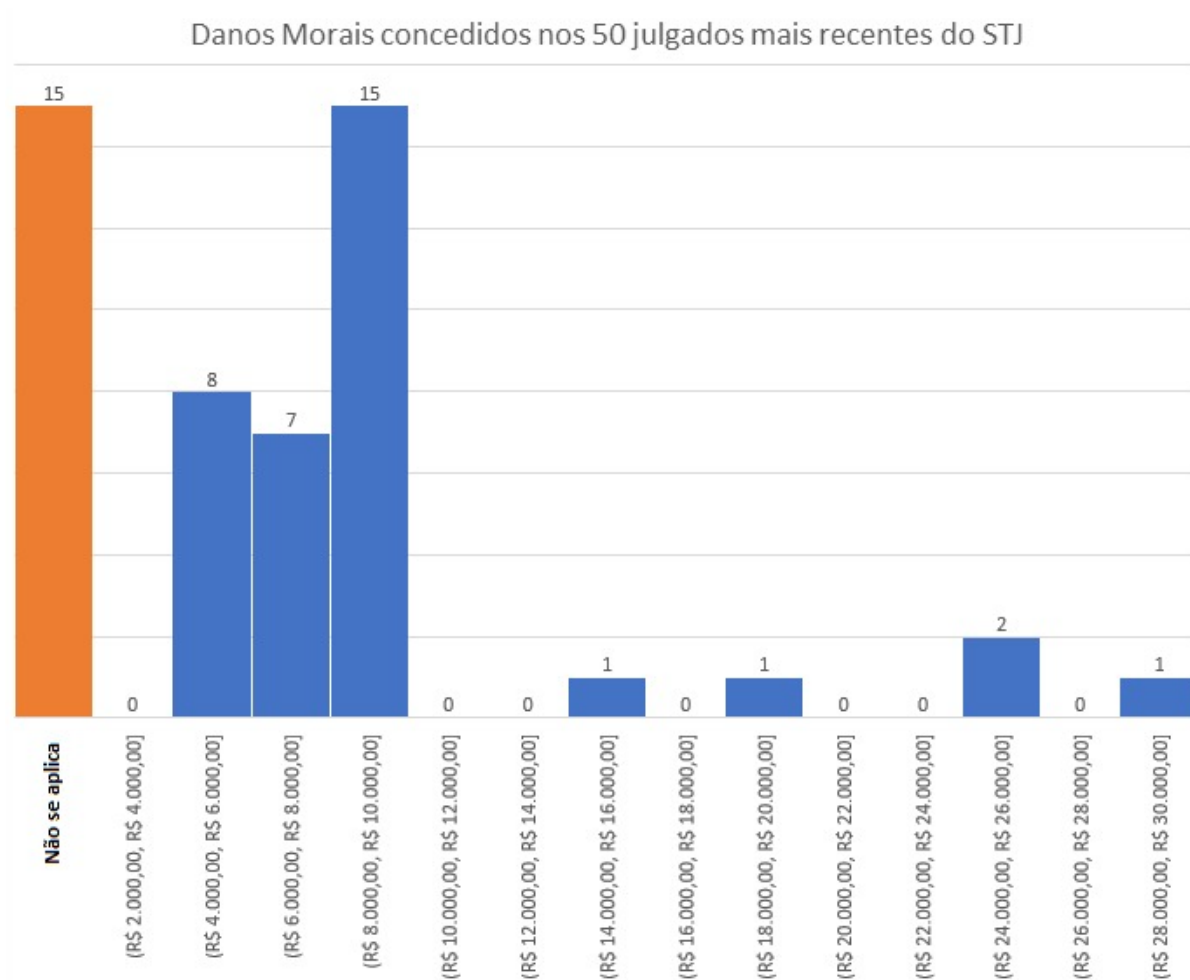
	Acórdão	Método Bifásico	1ª Fase	2ª Fase	Revisão
31	1268860	Não	Não	Não	Manteve
32	1270057	Não	Não	Sim	Reduziu
33	1270415	Não	Não	Não	Manteve
34	1269098	Não	Não	Não	Manteve
35	1268851	Não	Não	Não	Manteve
36	1265242	Não	Não	Não	Manteve
37	1265204	Não	Não	Não	Concedeu
38	1263123	Não	Sim	Não	Reduziu
39	1262687	Não	Não	Não	Manteve
40	1260055	Não	Não	Sim	Manteve

Valor Final	Quantificação/Fundamentação
R\$ 10.000,00	À luz das peculiaridades do caso concreto, deve ser mantida a indenização por danos morais fixada na origem em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que não se distancia dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.
R\$ 15.000,00	Especificamente no caso concreto, deve ser levada em consideração a recalitrância da ré no cumprimento da determinação judicial, com o falecimento do autor sem o fornecimento do medicamento prescrito para tratamento de câncer. Entretanto, para a fixação do quantum considero a natureza jurídica da empresa ré, que se cuida de uma fundação com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada juridicamente como operadora de plano de saúde na modalidade autogestão. Nesse contexto, como emprega recursos dos participantes e das empresas na medida justa para o sustento do plano, sem encargos de remuneração de negócio, pois não têm como objetivo o lucro, a quantia não pode ser exorbitante. Diante desses elementos e dos demais anteriormente expostos acerca do contexto fático em análise, tenho que a quantia de R\$15.000,00 (quinze mil reais) é mais pertinente ao caso ora em exame.
R\$ 4.000,00	A compensação por danos morais deve ser arbitrada em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, devem ser consideradas as funções, preventiva, pedagógica, reparadora e punitiva, bem como a vedação de enriquecimento ilícito. A recusa indevida ao tratamento, no caso concreto, além de frustrar as expectativas da beneficiária e de sua família, causando-lhes angústia e preocupações, pode, em algumas situações, agravar o estado de saúde da paciente. Contudo, no caso em análise, não há nos autos provas de que essa situação teria ocorrido. Assim, considerando as nuances do caso concreto, tenho que a indenização por danos morais no valor R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) se mostra adequada e razoável considerando as funções da indenização, além de consentâneo com a jurisprudência para casos similares.
R\$ 5.000,00	A dificuldade na mensuração do valor da indenização exige que o magistrado busque em seu senso prático, atentando às peculiaridades de cada caso concreto, estabelecendo critérios para embasar sua decisão, devendo sopesar especialmente as condições econômicas e sociais do ofendido e do ofensor, as circunstâncias do fato, a extensão do dano e seus efeitos, sem esquecer que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano, não podendo importar em enriquecimento indevido. Neste ponto, tenho que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixado pela sentença recorrida, mostra-se adequado e proporcional à espécie, sobretudo, considerando os critérios tidos pela jurisprudência consolidada como norteadores do arbitramento judicial desse tipo de indenização, sem olvidar a capacidade econômica do ofensor e do lesado, o caráter pedagógico da condenação e, especialmente, o quadro clínico do paciente, ora autor.
R\$ 5.000,00	Nesse aspecto, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se a manutenção da verba compensatória, fixada pelo juízo <i>a quo</i> , a título de danos morais, no importe de R\$5.000,00, a qual atende às peculiaridades do caso concreto e às finalidades acima delineadas (reprovabilidade da conduta, repercussão na esfera íntima do ofendido, caráter educativo, capacidade econômica das partes), não sendo excessiva a ponto de beirar o enriquecimento ilícito, nem ínfima, que não coíba novas práticas.
R\$ 10.000,00	Alinhavadas essas considerações, aferido inadimplemento contratual da operadora de saúde, evidenciado pela recusa ilegítima de custear os medicamentos prescritos, e, apurado que o fato havido afetara direito da personalidade da autora, transmutando-se em fato gerador do dano moral, legitimara sua contemplação com compensação pecuniária, o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) guarda conformidade com o ilícito havido e com os efeitos que irradiara, razão pela qual não merece reparos, igualmente neste ponto, a sentença proferida pela instância originária.
R\$ 5.000,00	A indenização por danos morais tem caráter punitivo-pedagógico, de forma que o autor da ofensa seja desestimulado a reiterar a sua prática, além do caráter compensatório, embora não erradique o sofrimento infligido, fornece a autora algum grau de conforto que, pelo menos, amenize a dor injustamente causada. Sob esse enfoque, o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostra-se proporcional, razoável e adequado ao abalo experimentado.
R\$ 5.000,00	A sentença condenou a apelante em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais. Quanto ao valor da indenização, o julgador deve avaliar a dor do ofendido, proporcionando-lhe um conforto material capaz de atenuar o seu sofrimento. Noutra giro, deve mensurar as condições econômicas das partes, a fim de evitar a obtenção de vantagem indevida, contudo, não pode ser um valor irrisório, pois visa desestimular comportamento descompromissado com a inviolabilidade à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, preceitos garantidos constitucionalmente. Feitas essas considerações, tenho que a quantia deve ser reduzida para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).
R\$ 5.000,00	Considerando as particularidades do caso concreto, a indenização por danos morais no valor R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) se mostra adequada e razoável considerando as funções da indenização, além de consentâneo com a jurisprudência para casos similares.
R\$ 10.000,00	Considerando a peculiaridade do caso concreto, sobretudo em face da gravidade da lesão aos direitos de personalidade, às consequências permanentes e irreversíveis que perdurarão por todo o resto da vida do autor, o grau de reprovabilidade da conduta negligente da ré a ensejar sanção mais expressiva capaz de imprimir reprimenda e compensação respectivamente proporcionais e razoáveis, o valor arbitrado de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) foi proporcional ao dano sofrido, tendo em vista que o paciente apresentava sinais sugestivos de derrame plular volumoso/pneumonia e necessitava de imediato tratamento.

	Acórdão	Método Bifásico	1ª Fase	2ª Fase	Revisão
41	1258866	Não	Não	Não	Manteve
42	1255297	Não	Não	Não	Manteve
43	1255228	Não	Não	Não	Manteve
44	1255293	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
45	1255292	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
46	1254316	Não	Não	Não	Manteve
47	1252905	Não	Não	Não	Manteve
48	1247835	Não	Não	Não	Concedeu
49	1247324	Não	Não	Não	Concedeu
50	1246415	Não	Não	Não	Reduziu

Valor Final	Quantificação/Fundamentação
R\$ 3.000,00	Quanto ao seu valor, cabe ao juiz fixá-lo em observância aos primados da razoabilidade e da proporcionalidade, sem descuidar da observância aos propósitos punitivo, preventivo e compensador. Desse modo, tenho que, o montante arbitrado em R\$3.000,00 (três mil reais) pelo juízo a quo, atende às circunstâncias de fato da causa.
R\$ 8.000,00	Como cediço, a mensuração da compensação pecuniária a ser deferida ao atingido por ofensas de natureza moral deve ser efetivada de forma parcimoniosa e em conformação com os princípios da proporcionalidade, atentando-se para a gravidade dos danos havidos e para o comportamento da ofensora, e da razoabilidade, que recomenda que o importe fixado não seja tão excessivo a ponto de ensejar uma alteração na situação financeira dos envolvidos e nem tão inexpressivo que redunde em uma nova ofensa ao consumidor atingido. Esses parâmetros, o que decorre da sua própria gênese, são de natureza eminentemente subjetiva, caracterizando matéria tormentosa para os juízes e tribunais, pois os atributos da personalidade humana não são tarifados e o arbitramento da compensação sujeita-se, então, à influência da avaliação subjetiva de cada julgador, o que, aliás, reflete a própria dialética do direito. Alinhavadas essas considerações, aferido inadimplemento contratual da operadora de saúde, evidenciado pela recusa ilegítima de procedimentos médicos prescritos, e, apurado que o fato havido afetou direito da personalidade da autora, transmudando-se em fato gerador do dano moral, legitimara sua contemplação com compensação pecuniária, o montante de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) guarda conformidade com o ilícito havido e com os efeitos que irradiara.
R\$ 5.000,00	Assim, reconhecido o dever de indenizar, cabe ao magistrado da causa arbitrar o valor da indenização. Ao fazê-lo, além de observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ponderar o grau de ofensa produzido, a posição econômico-social das partes envolvidas, a prolongação da ilicitude, proporcionando a justa recomposição à vítima pelo abalo experimentado e, de outra parte, advertir o ofensor sobre sua conduta lesiva, mediante coerção financeira suficiente a dissuadi-lo da prática reiterada do ilícito. Logo, consideradas as peculiaridades da lide, tem-se que o valor da indenização deve mantido em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), quantia apta para coibir a reiteração da prática do ato ilícito pela operadora do plano de saúde e para compensar a vítima.
Não se aplica	Não houve impugnação ao quantum fixado, mantendo-se, portanto, o valor consignado na sentença.
Não se aplica	Não houve impugnação ao quantum fixado, mantendo-se, portanto, o valor consignado na sentença.
R\$ 5.000,00	À guisa dos parâmetros alinhados, afere-se que, levando-se em conta as circunstâncias que envolveram o episódio, a importância de R\$5.000,00 (cinco mil reais) fixada em sentença se afigura adequada à reparação do dano moral sofrido, apresentando moderação e sopesamento frente à expressão econômica do contrato firmado entre as partes e com o tratamento pretendido e recusado, além de seu contexto médico. Importe inferior, outrossim, a par de desprezar os parâmetros apontados, converteria a reparação deferida em estímulo à ofensora e caracterizar-se-ia como mais uma ofensa direcionada ao ofendido, que veria os abalos que experimentara serem compensados por uma quantia irrisória que não representa nítida compensação, por mínima que seja, aos dissabores e transtornos que vivenciara.
R\$ 5.000,00	Nesse quadro, diante das circunstâncias presentes na lesão dos direitos da personalidade da apelada, mostra-se adequada a condenação imposta pelo d. Juízo de origem
R\$ 8.000,00	A fixação do valor da indenização deve considerar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, observando as condições econômicas das partes e o dano causado, a fim de evitar a obtenção de vantagem indevida. Seguindo tais parâmetros, impõe-se a fixação do valor dos danos morais em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) em favor do autor [<i>omissis</i>], quantum que se mostra em patamar razoável e proporcional à extensão do dano e às condições das partes.
R\$ 7.000,00	O autor pediu de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00. No entanto, entende-se que, que este valor deve ser reduzido, pois a compensação deve ser arbitrada em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, devem ser consideradas as funções preventiva, pedagógica, reparadora e punitiva, bem como a vedação de enriquecimento ilícito. Por estas razões, restando comprovado o dano, o valor de R\$ 7.000,00 se mostra razoável ao caso, aliados a esses critérios traçados pela jurisprudência e pela doutrina, e que auxiliam na fixação do quantum indenizatório.
R\$ 5.000,00	A recusa indevida ao tratamento, no caso concreto, além de frustrar as expectativas do beneficiário e de sua família, causando-lhes angústia e preocupações, pode, em algumas situações, agravar o estado de saúde do paciente, o que não foi demonstrado no caso. Assim, considerando as nuances do caso concreto, tenho que a compensação por danos morais no valor R\$ 10.000,00 (dez mil reais) se mostra desproporcional, motivo pelo qual, de acordo com as funções da indenização, além de consentâneo com a jurisprudência para casos similares, reduzo o valor para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

III – GRÁFICOS COM VALORES DAS CONDENAÇÕES



Danos Morais concedidos nos 50 julgados mais recentes do TJDF

