

A FUNÇÃO PUNITIVA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL[†]

Eveline Mendonça Felix Gonçalves

Sumário: Introdução. 1. Conceito de dano moral. 2. Previsão legal e projetos de lei para inclusão da indenização punitiva no sistema normativo brasileiro. 3. Indenização por dano moral: principais teorias. 4. Sistemas embaixadores da indenização por dano moral. 4.1. Os *punitive damages* e os países do *common law*. 4.2. O sistema romano-germânico e os países do *civil law*. 5. Interpretação das normas já existentes e possibilidade de aplicação da indenização punitiva no Brasil. 5.1 Questão constitucional: dignidade da pessoa humana. 5.2 Mudança de paradigma quanto à função da responsabilidade civil. 5.3 Funções da responsabilidade civil. 5.4 Inexistência de necessidade de separação entre direito civil e direito penal. 5.5 Estatutos normativos com previsão expressa da função punitiva nas indenizações decorrentes da responsabilidade civil. 6. Elementos caracterizadores da possibilidade de indenização punitiva e situações excludentes. 7. Principais argumentos contrários à admissão da indenização punitiva. 8. Formas de fixação da indenização punitiva por dano moral. 9. Julgados dos tribunais. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

[†] Relatório da disciplina Direito Civil I/II apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas. Regência: Professor Doutor Pedro Madeira de Brito e Professor Doutor Pedro Romano Martinez.



resce, de forma significativa a existência de demandas pelas quais se busca compensação por dano moral nos fóruns brasileiros. A grande quantidade de ações e a diversidade de decisões, especialmente quanto à fixação de montante e à fundamentação dos valores estabelecidos, justificam o real interesse para o exame da função punitiva da indenização por dano moral, com ênfase nos seus elementos componentes e seus fundamentos.

Objetiva este trabalho o exame da essência da reparação por dano moral, destacando-se a divergência e o antagonismo doutrinário existentes. De um lado, está a doutrina tradicional que rejeita a ideia de qualquer outro elemento componente que não a compensação pelo dano sofrido; de outro contrapõe-se aquela que afirma a existência de duplo fundamento: o compensatório e o punitivo-preventivo. Há, ainda, uma terceira corrente que afirma a existência autônoma do elemento preventivo.

A abordagem dessa temática evidencia-se como importante, tendo em vista a responsabilidade civil, sobretudo sua relevância para a sociedade contemporânea, sem vinculação a dogmas e verdades absolutas. Ante essa realidade, impõe-se uma análise consentânea com o momento social atual, especialmente tendo-se em conta a insuficiência e frustração das respostas dadas pela adoção da doutrina tradicional brasileira no sentido de reconhecer, tão só, uma função compensatória ao montante a ser pago pelo ofensor.

Nessa análise, será dada especial atenção às searas afetas a grande repercussão social como as causas envolvendo direito ambiental e direito do consumidor. Nessas áreas, as respostas envolvendo a responsabilidade civil e a solução clássica civilista são questionadas. Busca-se, especialmente, refletir se não poderão elas apresentar uma nova solução, consentânea com seus traçados, mas voltadas para realidade contemporânea que

exige nova leitura de dogmas.

Para tanto, o estudo abordará, inicialmente, o conceito de dano moral e sua previsão normativa. Será, também, examinada especificamente a questão atinente à compensação por dano moral, enfocando-se as teorias que se desenvolveram a partir da aceitação da efetiva existência do dano imaterial e da necessidade de proteção aos direitos da personalidade.

No desenvolvimento dessas teorias, foi inegável a influência e a repercussão dos *punitive damages* aplicados nos sistemas do *commom law*. Assim, será feito o exame paralelo desse sistema e do sistema romano-germânico do qual descende o ordenamento jurídico brasileiro, para que sejam traçados os pontos de convergência e também se evidencie a existência de origens e troncos distintos. Em síntese, busca-se demonstrar que, examinados os comandos constitucionais e a normatização infraconstitucional brasileira, chega-se à compreensão da existência da função punitiva no próprio âmago da reparação do dano moral. E assim, demonstra-se a desnecessidade de importação de institutos previstos em sistemas de origem diversa.

Serão examinados os requisitos de existência da indenização por dano moral com função punitiva, bem como as situações caracterizadoras de sua exclusão. Nessa perspectiva, discorrer-se-á, com maior ênfase, sobre os mais fortes argumentos daqueles que se opõem ao reconhecimento da indenização punitiva por dano moral, notadamente as questões referentes aos valores indenizatórios, ao enriquecimento injustificado da vítima e ao *bis in idem*. Outro aspecto a ser considerado diz respeito às formas utilizadas para fixação da indenização por dano moral e à avaliação da repercussão econômica do reconhecimento da função punitiva da compensação por dano moral.

Ao final, serão examinadas as decisões dos tribunais, identificando o caminho que vem sendo traçado pelos julgadores brasileiros. Com maior frequência os órgãos do Poder Judiciário brasileiro vêm aplicando a indenização punitiva como for-

ma de real resposta aos anseios da sociedade. Esta exige do direito uma resposta mais efetiva e eficaz contra ações que causem danos aos cidadãos e afetem, em última análise, toda a coletividade.

1. CONCEITO DE DANO MORAL

Embora seja inquestionável a existência do direito à indenização por dano moral, visto que já previsto e protegido, até mesmo, constitucionalmente, importa examinar o conceito desse instituto. Convém, inicialmente, ressaltar que a grande maioria dos conceitos de dano moral tem conteúdo negativo, na medida em que é entendido a partir de um processo de exclusão. Assim, dano moral seria aquele que não afeta o patrimônio e causa dor moral à vítima.

Seguindo essa linha de pensamento, José de Aguiar Dias¹, afirma que quando o dano não possui natureza de dano patrimonial, está-se diante de um dano moral. Segundo esclarece, a diferença não se origina da natureza do direito ou do bem lesado, mas do resultado da lesão, de sua consequência sobre a vítima ou lesado. Já Pontes de Miranda² discorrendo sobre o tema, assinala que será dano não patrimonial aquele que afetando o indivíduo não lhe atinge o patrimônio. Faz-se, assim, um paralelo entre dano patrimonial e não patrimonial. Critica-se esta definição, alegando-se que conteria, na verdade, uma redundância, não esclarecendo efetivamente o que é o dano moral.

Outra parte da doutrina procura definir dano moral por meio de elementos anímicos e psicológicos. Dessa forma, o dano moral seria relacionado com a dor, a tristeza, a angústia, a humilhação e também com a dor física. Nesse sentido, Silvio

¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 12 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.839.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*, tomo 26, Rio de Janeiro: Editora Borsoi. 1959.

Rodrigues³ assevera que dano moral seria a dor, a tristeza que se causa injustamente a outra pessoa.

Para Cavalieri Filho⁴, o dano moral deve ser conceituado à luz da Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático de direito. Assim, o dano moral não está atrelado à dor psíquica, mas afeto a qualquer violação do direito de dignidade. Não se restringe, portanto, a sentimentos como a dor, tristeza e sofrimento, alcançando, em sua tutela, todos os direitos personalíssimos.

Por fim, esclarece que, a exemplo do direito português, o direito brasileiro, deveria utilizar a expressão “dano não patrimonial” ou “dano imaterial”, justificando que a expressão “dano moral” seria restritiva e não se coadunaria com o conceito que o instituto comporta. Assim, com base nesse conceito, poderá haver dano moral sem dor ou sofrimento. Da mesma maneira, poderá haver vexame, dor ou sofrimento, sem agressão e violação da dignidade e, portanto, sem dano moral.

Essa conceituação mais ampla do dano moral, ao contemplar a própria previsão constitucional, revela-se como a mais adequada ao que se entende por dano moral. Não se pode mais vincular estritamente dano moral aos sentimentos de dor e tristeza, devendo a tutela proteger todos os bens personalíssimos e, portanto, qualquer lesão a direito da personalidade.

2. PREVISÃO LEGAL E PROJETOS DE LEI PARA INCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

Durante a vigência do Código Civil de 1916, discutia-se sobre a possibilidade de indenização por dano puramente moral

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 206.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed.. São Paulo. Atlas S.A, 2008, pp. 79-81.

no direito brasileiro. No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988⁵, qualquer controvérsia caiu por terra diante do que dispõe o art. 5º e seus incisos V e X. Conforme prescrevem estes dispositivos, serão indenizados os danos materiais, morais e à imagem, deixando expressa a possibilidade de questionamento judicial quando for violado direito personalíssimo. Sedimentando a matéria, dispõe a Carta Maior que, sendo invioláveis a honra e a imagem das pessoas, será assegurado o direito à indenização por dano material ou moral resultantes dessa afronta.

Nos passos do texto constitucional, o Código Civil de 2002⁶, Lei nº 10.406, afastou qualquer questionamento que ainda pudesse ser feito nessa seara. Acompanhando os preceitos da Carta Magna, estabeleceu que o dano, ainda que exclusivamente moral, sofrido pelo lesado é passível de ser indenizado, havendo obrigação do agente em repará-lo.

A partir desse marco, a questão que passou a impor grandes reflexões sobre a matéria girou em torno da natureza da indenização a ser fixada, quando constatado o dano imaterial. Grande parte da doutrina se posiciona no sentido de rejeitar qualquer caráter punitivo ao montante a ser imposto ao causador do dano. No entanto, outra parte da doutrina e a jurisprudência, passaram a indicar o inequívoco cunho punitivo em

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

⁶Art. 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.

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

indenizações por dano imaterial.

Ante essa grande controvérsia e visando criar normatização específica para a matéria, foram apresentados inúmeros projetos de lei. Todos objetivavam nitidamente estabelecer a possibilidade de fixação indenizatória, com caráter reparatório, punitivo e preventivo para situações envolvendo dano extrapatrimonial. Por exemplo, o Projeto de Lei nº 6.960 de 2002⁷, de autoria do ex-deputado Ricardo Fiúza, que previa a inclusão de um parágrafo ao art. 944 do Código Civil, deixando patente a necessidade de se fixar a indenização observando-se o caráter preventivo e de desestímulo.

Havia assim, intenção clara de munir o aplicador do direito de ferramenta que viabilizasse a apuração de *quantum* compensatório, com fixação de valor capaz de coibir ações semelhantes, trazendo conotação de desestímulo e prevenção no montante a ser estabelecido a título de indenização por dano moral. Em justificativa⁸ à pertinência do projeto, seu autor des-

⁷ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

§ 1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização;

§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. (NR)

⁸ Justificativa ao projeto: Art. 944: O dispositivo é insuficiente, segundo nos alertou a professora REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, já que seu *caput* se adapta somente ao dano material e não está adequado ao dano moral. O critério para a fixação do dano material é o cálculo de tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e do que efetivamente perdeu. O critério da extensão do dano aplica-se perfeitamente à reparação do dano material - que tem caráter ressarcitório. No entanto, na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, honra, liberdade etc (v. Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária; Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por danos morais*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 57/65; Yussef Said Cahali, *Dano moral*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p.42; Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, *Reparação civil na separação e no divórcio*, cit., p. 148 e 149). Por conseguinte, não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano. Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante.

taca a adequada reparação a dano material, certo que neste caso busca-se o retorno à situação anterior, devendo a apuração se basear no critério de extensão do dano.

No entanto, tendo em vista a particularidade do dano moral que normalmente afeta bem imaterial, o critério se mostraria inadequado, insuficiente e impreciso, revelando-se pouco provável a possibilidade de restituição à situação anterior. Em face dessas peculiaridades do dano imaterial, seria imprescindível prever-se a possibilidade de compensação ao lesado e desestímulo ao autor da conduta lesiva. Para tanto, tomar-se-iam por base critérios relacionados à culpa do agente, à contribuição do lesado para o evento, à capacidade financeira dos envolvidos, dentre outros elementos balizadores.

Já o Projeto de Lei 413 de 2007 ⁹, de autoria do ex-

Inserem-se neste contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito (v. Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por danos morais*, cit., p. 221). Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a “inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade”, traduzindo-se em “montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo” (cf. Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, cit., p. 247 e 233; v., também, Yussef Said Cahali, *Dano moral*, cit., p. 33/42; e Antonio Jeová Santos, *Dano moral indenizável*, 3ª ed., São Paulo, 2001, p. 174 a 184; v. acórdãos in JTJ 199/59; RT 742/320). Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte firme e seguro, sendo estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estímulo ao agressor.

⁹ PROJETO DE LEI DO SENADO Nº413, DE 2007

Acrescenta parágrafo ao art. 944 da Lei nº 10.406, de 2002, para incluir a previsão das funções compensatória, preventiva e punitiva da indenização.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O Art. 944, da Lei nº. 10.406, de 2002, passa a vigorar acrescido do parágrafo segundo, renumerando-se o atual parágrafo único para parágrafo primeiro, nos seguintes termos:

“Art. 944. .

§ 1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

§ 2º A indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva.” (NR) Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO -Embora a jurisprudência e a doutrina pátrias reconheçam as diferentes dimensões funcionais da indenização, convém explicitá-las, mormente no que tange à possibilidade de aplicação da indenização na sua dimensão punitiva. A jurisprudência pátria acolhe, como dito, a função punitiva da indenização, o que demonstra que não há, na iniciativa legislativa, nenhuma novidade que exacerbe a inteligência corrente do ordenamento jurídico. (REsp 183508 / RJ ; Resp 1998/0055614-1 - Sálvio Teixeira - DJ 10.06.2002 p. 212; Resp 575023/RS 2003 - Eliana Calmon; Resp 389879/MG 2001 - Sálvio Teixeira; TJDF Ap. Civ. 2002 01 025244-6 5ª T. Cível Julgado em 17/05/2004; TJDF Ap. Cív. 2002 015000925-1 3ª. T. Cível Julgado em 06/05/2002.) Merece transcrição acórdão de relatoria da Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 2005, Resp 696850/RO: “o valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano visando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir” (grifo nosso). No campo doutrinário, um exemplo que merece transcrição é a lição de Maria Helena Diniz: “*Não se pode negar a sua função [da reparação pecuniária do dano moral]: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às conseqüências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.*” (O problema da liquidação do dano moral e dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório in *Atualidades Jurídicas*, 2, Maria Helena Diniz (coordenadora), São Paulo : Saraiva, 2000, p. 248, sem grifos). A clarificação legal da hipótese de função indenizatória punitiva é desejável na perspectiva da segurança jurídica, permitindo previsibilidade semântico-textual da norma.

O foco da finalidade punitiva da reparação do dano moral é a pessoa do ofensor, ou seja, é o mecanismo de resposta do sistema jurídico voltado à sanção do agente causador do ato ilícito, e não mais a preocupação com a pessoa da vítima, que por seu lado tem a indenização com finalidade compensatória. A Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça publicou estudo sobre os Juizados Especiais Cíveis em âmbito nacional, no qual se verifica que 94% dos usuários dos Juizados são pessoas físicas. (disponível em [<http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Diagnóstico%20dos%20Juizados%20Especiais.pdf>] em 16/05/07) A principal reclamação levada aos juizados é relativa à relação de consumo. Enquadram-se neste tipo de matéria 37,2% dos processos analisados. Em alguns estados essa proporção atinge níveis bastante superiores. Em três capitais, por exemplo, tais índices atingem mais de cinquenta por cento. No Rio de Janeiro há 79 % de lides oriundas de relações de consumo, em São Paulo 50,8% e

senador Renato Casagrande, visando a normatizar o entendimento consolidado da jurisprudência brasileira, propôs a inclusão também de um parágrafo ao art. 944 do Código Civil. A exemplo do projeto anterior, do exame das justificativas verifica-se que o objetivo da proposição foi deixar expresso que a indenização teria tripla função: compensatória, preventiva e punitiva.

em Belo Horizonte 55,3%. As empresas concessionárias de serviços públicos e as instituições financeiras aparecem como as principais reclamadas em todas as pesquisas sobre os Juizados Especiais. As empresas reclamadas são, em grande medida, as conhecidas *litigantes habituais*. São empresas que, sustenta a doutrina jurídica, se utilizam da possibilidade de descumprir a legislação e posteriormente fazer acordos em juízo para o pagamento de valores indenizatórios aos consumidores como estratégia de mercado (André Gustavo Corrêa de Andrade – Indenização punitiva. Revista da ABPI, n. 85, p. 55-69, nov/dez 2006. Diogo Leandro Machado de Melo – Ainda sobre a função punitiva da reparação por danos morais: e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único do Código Civil. Revista de direito privado, n. 26, p. 105-145, abr/jun. 2006. Vitor Fernandes Gonçalves – A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília: Brasília Jurídica, 2005). As empresas atuam, assim, na perspectiva do cumprimento das determinações legais se esta medida lhes for economicamente conveniente. A lei é tratada por tais empresas como mais um componente de custo e de risco em suas estratégias de *marketing*. Assim, se for lucrativo, segundo a lógica do *custo x benefício*, descumprir a legislação de defesa do consumidor, ou a legislação trabalhista, por exemplo, essas empresas não titubearão em assim agir. Faz-se necessário, portanto, prover os julgadores de um instrumento conceitual positivado que permita, com segurança, determinar o *quantum* indenizatório que realmente dissuada aqueles que lesam, por meio de reiterados descumprimentos de determinação legal, habitualmente os indivíduos e a coletividade. O fenômeno dos litigantes habituais é exemplarmente descrito na doutrina jurídica em obra clássica de Cappelletti & Garth sobre o tema. Os autores indicam que na concepção revolucionária do acesso à justiça, a atenção do processualista se amplia para uma visão tridimensional do direito. Sob essa nova perspectiva, o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (as normas gerais e especiais), mas é encarado principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça, enfim, sob o ponto de vista dos serviços processuais. (Mauro Capelletti & Bryant Garth – *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe Editora, 2002) Há, no ordenamento pátrio, normas cíveis de caráter punitivo, o que elide qualquer dúvida quando ao cabimento desta tipologia regulatória. São exemplos os artigos 608, 773, 939 a 941, 953, 954, 1336, parágrafos primeiro e segundo do Código Civil e artigos 42, parágrafo único e 84, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor. Por estes motivos, apresento a presente proposta legislativa esperando contar com o apoio dos nobres pares para a sua aprovação.

É importante registrar que, quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor¹⁰, Lei nº 8.078 de 1990, também pretendeu o legislador a explicitação, por dispositivo de lei, de fixação de indenização punitiva. No entanto, o disposto no art. 16 do projeto do referido código foi vetado, sob o fundamento de que a reparação de danos já havia sido satisfatoriamente estabelecida. De fato, havia previsão de multa civil elevada, mas sem destinatário e objetivo explícitos.

Examinando-se essas propostas legislativas e outras tentativas de positivação da indenização punitiva no direito brasileiro, verifica-se uma real intenção de trazer concretização ao que vem sendo decidido pelos tribunais brasileiros. Em contrapartida, percebe-se a resistência de parte da doutrina a tais iniciativas, sob o argumento de que a imposição de sanção não deveria estar afeta ao direito civil. Portanto, as demandas fundadas em casos de responsabilidade civil não deveriam ingressar em seara estranha, com viés punitivo.

Em compensação, a outra parte da doutrina brasileira, ao lado da jurisprudência, vêm acompanhando a complexidade dos conflitos da sociedade pós-moderna e constatam, assim, que a resposta estatal tradicional é insatisfatória, propondo caminhos, calcados em fundamentos teóricos, mas ainda sem a positivação esperada. Desta forma, pode-se concluir que a intenção legislativa, expressada pelos projetos citados, almeja trazer norte, balizamento e segurança para a aplicação da indenização punitiva no direito brasileiro.

¹⁰ Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável. Razão de Veto - O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da "multa civil", sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade.

3. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL: PRINCIPAIS TEORIAS

O objetivo principal da responsabilidade civil é a reparação do dano. É trazer ao que foi lesado a recomposição de seu estado anterior. A sociedade organizada visa a uma existência harmoniosa entre seus membros. Aquilo que venha a violar a regra de harmonia e respeito à esfera individual, com afronta a direito e ocasionando lesão, deve ser corrigido ou remediado.

A reparação consiste essencialmente em restabelecer o estado original das coisas. Por vezes torna-se inviável o retorno ao *status quo ante* e a *restitutio in integrum* torna-se uma tarefa tormentosa e muitas vezes impossível. Assim, a reparação deve ser compreendida dentro da possibilidade indenizatória, compensatória ou ressarcitória. Indenizar é compensar, ressarcir. Reparar é restaurar, consertar. Ressarcir é indenizar, consertar. Todas as expressões indicam tentativa de restabelecimento de situação anterior. Quando se busca precisar o significado de cada expressão, faz-se referência às demais, sempre indicando a intenção de demonstrar um sentido de retorno à situação anterior.

Neste estudo, abordar-se-á especificamente a indenização por dano moral. No ponto, compartilha-se o entendimento de que, em situação envolvendo dano moral, mais precisa e técnica seria a utilização da expressão “compensação”. Isto porque é inviável o retorno à situação anterior, ante a impossibilidade de “tornar sem dano” algo não palpável, não concreto e, portanto, algo que não é passível de se indenizar. Todavia, tanto na doutrina quanto nos julgados, são utilizadas as expressões “compensar”, “indenizar” e “reparar”, todas com o mesmo sentido.

Na verdade, observa-se a existência de lacuna linguística para precisar qual a nomenclatura adequada ao que se estabelece em reposta ao dano moral concretizado. Em razão disso,

neste trabalho serão utilizadas as expressões “compensação”, “reparação”, “indenização” como formas de exprimir aquilo que será imposto ao agente em contrapartida ao dano imaterial, à lesão imaterial cometida.

No dizer de António Menezes Cordeiro¹¹ “Etmologicamente indemnização é a causa ou o efeito de indemnizar, isto é, tornar indemne (in+damno) ou seja, sem dano”.

O Código Civil brasileiro dispõe, em seu art. 944, que a indenização mede-se pelo dano, estabelecendo assim, o princípio da *restitutio in integrum*. O que se objetiva é a real restituição à situação anterior. No entanto, sendo inviável a concretização do retorno, deve haver a indenização pelo valor monetário equivalente. Por esse motivo, o art. 947 do mesmo diploma legal prescreve que, se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, será substituída a coisa pelo seu valor. Trata-se da chamada reparação por equivalência ou compensação.

No que toca diretamente ao dano moral, a restituição à situação anterior, de forma concreta, é inviável. A reparação será, portanto, de outra ordem, seja consistindo em obrigação de fazer, seja efetivando-se por meio de pagamento de quantia ou até mesmo pelas duas formas compensatórias. A combinação dos dois tipos de reparação, especialmente em casos de dano moral decorrente de ofensa à honra, tem se mostrado mais adequada, na medida em que se afigura mais próxima de uma real reparação integral.

É importante registrar que, diferentemente do dano material que, pela própria natureza, oferece condições de precisar o valor para fins de restabelecimento da situação anterior, no dano moral, a precisão do valor é impossível. Foi por isso mesmo que, em um primeiro momento, negou-se a possibilidade de indenização quando decorrente a dano moral. Posterior-

¹¹CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português, II: Direito das Obrigações*. Tomo III . Lisboa: Almedina, 2010, p. 721.

mente, houve evidente evolução no sentido de se admitir a indenização em espécie, como forma de reparação, sob pena de negar-se a proteção jurídica a lesão de tal gravidade. Várias teorias foram desenvolvidas, objetivando examinar e precisar a reparação por dano moral. As cinco linhas mais conhecidas serão analisadas a seguir:

a) *Teoria de negação da existência da possibilidade reparatória ao dano moral*

Como foi visto, em um primeiro momento afirmava-se a impossibilidade de reparação por dano moral. Apresentava-se como principal argumento a inviabilidade de se precisar e, até mesmo, demonstrar em juízo a configuração desse tipo de dano. Via-se como imprecisa a própria existência do dano e, em consequência, sua demonstração. Assim, não se vislumbrava a possibilidade indenizatória, pois inexistiam parâmetros de realidade para sua fixação.

Com relação a esse argumento, convém observar que ele parte do raciocínio de que o dano moral se confunde com a dor e com o sofrimento em suas várias facetas. Mas, observados o conceito de dano moral como lesão a direito personalíssimo, conforme exposto, este não se configura tão só por estados anímicos, mas sim por lesão à esfera imaterial do indivíduo. Desta forma, não há que se falar em possibilidade de se precisar a dor ou de demonstrá-la, certo que muitas vezes provado o ato lesivo a presunção do dano será dele consequente.

Outro argumento utilizado via algum aspecto de imoralidade quando se falava em compensar o dano imaterial com pecúnia. Mas, o raciocínio levaria ao absurdo de se entender inviável a compensação porque o mal causado não possuiria aferição material. A entender lógica esta construção de pensamento de que seria imoral a reparação, então teria que se entender que o ato danoso seria tido como legítimo, já que inviável a ação do direito a repará-lo. O fato de um bem personalíssimo não possuir aferição material não impede a reparação,

ainda que em pecúnia, e, como bem expressa André Gustavo Corrêa Andrade¹², seria mesmo um meio civilizado de se impor resposta a um ato lesivo.

b) *Teoria do reconhecimento da reparação por dano imaterial de forma limitada*

Em um segundo momento, passou-se a admitir a reparação por dano moral, mas ela só ocorreria em casos excepcionais, limitados por lei. Assim, a regra continuava sendo a da não-reparação, que seria mitigada quando, de forma expressa, a lei indicasse a reparabilidade.

Era essa a linha de entendimento adotada no Brasil antes do advento da Constituição Federal de 1988, quando então a indenização por dano moral passou a ser expressamente admitida. De fato, no período anterior à atual Carta Magna, o Código Civil de 1916 pontuava casos específicos de dano imaterial indenizável. Mesmo assim, muitos julgados acabavam por fazer também uma leitura restritiva dos dispositivos, afirmando que apenas a repercussão material do dano moral seria indenizável.

c) *Teoria da reparação sancionatória*

Outra linha de pensamento doutrinário, embora admitindo a indenização pela ocorrência de dano moral, rejeitava a ideia de reparação, fundando-se na necessidade de penalizar o ofensor. Segundo essa corrente, seria ultrajante se entender a possibilidade de se pagar pelo dano, de se indenizar um dano de ordem moral. Com esse argumento, defendia a necessidade de punição do agente causador do mal. Haveria, então, um caráter de pena privada na imposição ao agressor de uma sanção. Era o que defendia Georges Ripert¹³ afirmando que seria imoral se entender a reparação da lesão a bem imaterial com valores. Assim, a imposição de obrigação a cumprir ao causador do

¹² CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2009, p. 146.

¹³ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller.2000.

dano se revestiria de caráter sancionatório, punitivo ao autor da lesão.

d) *Teoria do caráter compensatório da indenização por dano moral*

Em novo momento, surge o entendimento de que a indenização, no caso de dano moral, não tem como objetivar o equilíbrio com o dano, pela própria impossibilidade lógica da reparação de dano moral. Busca-se, assim, atribuir uma compensação, uma satisfação ao ofendido. O que se pretende não é desfazer o mal causado pela lesão, com o ressarcimento, mas trazer a indenização pecuniária como remédio e lenitivo. Na lição de Pizarro¹⁴, não se trata de colocar preço à dor, mas de oferecer resposta jurídica consentânea.

e) *Teoria do papel dúplice da indenização por dano moral*

Atualmente, na doutrina e jurisprudência brasileiras, é inegável a prevalência do entendimento da existência de um duplo papel da indenização por dano moral. Com foco na vítima, agiria compensando o dano, com luz sobre o ofensor, atuaria penalizando o agente. Caio Mario da Silva Pereira¹⁵ destaca essa conjugação de concausas: punir o ofensor que leu bem jurídico imaterial e dar satisfação à vítima entregando-lhe algo material, já que o retorno à situação anterior é inviável pela própria natureza da lesão.

Nessa mesma linha, Sergio Cavaliere Filho¹⁶ afirma ser inviável a *resitutio in integrum*, devendo haver a substituição por uma compensação que funcionará também como uma espécie de pena privada. Yussef Said Cahali¹⁷ por sua vez, en-

¹⁴ PIZARRO, Ramón Daniel. *Danõ moral*. Buenos Aires: Hammurabi. 2000.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1990

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed., São Paulo: Atlas S.A, 2008, p.79-81

¹⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p.175

xerga a existência de uma função tríplice na indenização por dano moral: reparatória, punitiva e preventiva.

Américo Luis Martins da Silva¹⁸ visualiza duas funções para essa espécie de indenização: função expiatória, com relação ao ofendido, e função satisfativa, com relação à vítima. A primeira visa a atingir o patrimônio do lesante, que recebe uma pena por sua ação ilícita. Tal função não se limita ao agente, mas tem repercussão coletiva, na medida em que alcança uma finalidade pedagógica geral. Já a função satisfatória objetiva conferir montante capaz de viabilizar satisfações convenientes ao lesado, contribuindo para compensar o dano.

No entanto, não se pode deixar de registrar que vários outros doutrinadores rejeitam a existência de outro elemento que não o estritamente compensatório, como justificador da indenização fixada em constatado o dano moral. Afirmam que eventual função punitiva ou, até mesmo, conteúdo punitivo na indenização seriam um desvirtuamento da função precípua da responsabilidade civil, o que seria inadmissível.

É exatamente este o objeto do presente trabalho: examinar o instituto do dano moral, suas origens, seu embasamento teórico, seus elementos componentes, para precisar que absolutamente possível a admissão e aplicação da indenização punitiva, quando constatado dano moral e preenchidos seus requisitos caracterizadores.

4. SISTEMAS EMBASADORES DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

4.1 OS *PUNITIVE DAMAGES* E OS PAÍSES DO *COMMON LAW*

É do sistema do *common law*, onde a fonte primária do

¹⁸ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

direito é o precedente, que se observa o componente sancionador como elemento fundamental da indenização por dano moral. Os *punitive* ou *exemplary damages* que trazem concretização do caráter punitivo na indenização é mote para a reflexão sobre o estabelecido pela doutrina tradicional romano-germânica no sentido de que indenizar é tão só retornar ao estado anterior, reparar, tornar sem dano, não se admitindo a existência de outro fator paralelo. A seguir, far-se-á uma análise da responsabilidade civil em três países que adotam o sistema.

a) Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos a responsabilidade civil (*tort law*) se fortalece como braço autônomo do direito em decorrência da observância da maior complexidade das relações sociais e da necessidade de solução dos conflitos advindos. É presente a concepção de que o *tort law* tem por finalidade não só a reparação, mas também a prevenção de danos futuros e, desta forma a responsabilidade civil atua como fator de desestímulo a determinados ilícitos.

No século XVIII, logo após precedentes ingleses, surgem os primeiros julgados estabelecendo os *punitive damages* nos Estados Unidos da América. Observada a autonomia dos estados-membros não são todos obrigados a aplicar os *punitive damages*, mas a maioria absoluta os admite. Em alguns deles há, inclusive, expressa previsão legal. Um exemplo é o Estado da Califórnia que prevê em seu art. 3294 do Civil Code:

In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant

A Suprema Corte norte-americana estabeleceu diretrizes de fixação para impedir abusos. Nestes parâmetros, verificam-se aspectos tais como: o prejuízo econômico ou físico; se o

lesado possui vulnerabilidade financeira; se a conduta é reiterada ou isolada; se a ação lesiva foi intencional ou fraudulenta, entre outros. Observa-se também, no direito norte-americano, a intenção de delimitar os pressupostos para o reconhecimento dos *punitive damages*, definindo contornos para se evitar excessos. Como registra André Gustavo Corrêa Andrade¹⁹, a *law of torts* prevê várias espécies de indenização, destacando-se as seguintes:

I - *Compensatory damages*. Corresponde ao valor fixado em favor da vítima do ato danoso para compensar as perdas demonstradas. Esta, efetivamente, é a correlata indenização prevista ordinariamente do direito pátrio, que visa à recomposição do estado anterior ao evento danoso.

II - *Nominal damages* Nesta forma indenizatória é fixado um valor simbólico, quando, apesar de caracterizado ato ilícito, não houve dano substancial ou não houve a demonstração de sua extensão. Seu objetivo é registrar que, apesar da não-existência do dano, ficou constatado o ato ilícito.

III - *General damages* ou *direct damages* ou *necessary damages*. São tipos de indenizações fixadas quando há presunção do dano, como a perda de um ente querido.

IV - *Multiple damages* ou *double damages* ou *triple damages*. São formas agravadas de indenização, previstas em lei. Não se confundem com os *punitive damages*, porque o montante já vem estabelecido na norma.

V - *Punitive damages* ou *exemplary damages*. Trata-se de indenização paga, em adição à indenização compensatória, quando o agente atuou com negligência, malícia ou dolo. Caracteriza-se por admitir uma soma variável não fixada previamente e estabelecida separadamente dos *compensatory damages*. Assim em caso de ações em que haja culpa leve, ignorância ou engano não há que se falar em possibilidade de imposi-

¹⁹ CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009

ção dos *punitive damages*.

O objetivo central dos *punitive damages* é punir o agente, imputando-lhe sanção capaz de lhe demover de ações semelhante, bem como desestimular terceiros à prática do ato. Possui claro conteúdo punitivo-preventivo, tendo, portanto, repercussão direta no interesse social.

Importante registrar que em alguns estados norte-americanos há previsão de que parte dos valores fixados a título de *punitive damages* irá para fundos públicos. Isso indica que há inegável percepção da função preventiva na indenização fixada, na medida em que o montante será utilizado em prol de ações destinadas a proteger os bens jurídicos e direitos atingidos pelo ato lesivo.

São inúmeras as áreas de aplicação dos *punitive damages* no direito americano. No campo da proteção do consumidor, há grande utilização do instituto. Citam-se, como exemplo, situações envolvendo dispositivos contraceptivos, implantes de silicone, tabaco, medicamentos, entre outros. Com a aplicação dos *punitive damages*, observa-se grande interesse dos fabricantes em promoverem estudos mais profundos sobre os produtos a serem colocados no mercado. Evita-se, assim, que a população se veja sempre suscetível a consumir e utilizar produtos sem a segurança que deles se poderia esperar.

Nessa perspectiva, a cautela necessária para a apresentação de novo produto ao mercado de consumo é reforçada. Isso acontece, tendo em vista que, além da supervisão das agências reguladoras, haverá também o exame casuístico, com análise do comportamento do produto e de todas as consequências advindas de sua utilização pela sociedade. Assim, fica evidente que o produtor tenderá a ser mais previdente quando dos testes e dos estudos de impacto do novo produto a ser introduzido no mercado de consumo.

Caso emblemático ocorreu em 1967, quando os *punitive damages* adquiriram maior peso. A situação envolveu a comer-

cialização de uma droga indicada para controle de pressão, que tinha como efeito colateral a possibilidade de surgimento de catarata. Não havia advertência para a eventual ocorrência desse efeito colateral. A decisão fixou os *compensatory damages* e os *punitive damages*, sob o fundamento de que houve malícia por parte da empresa, que sabia dos riscos do produto, certo que os testes já haviam indicado a ocorrência de catarata nas experiências desenvolvidas com animais.

Mesmo diante das argumentações de que inúmeras outras ações poderiam surgir do precedente, a Corte de Apelações manteve a decisão. Asseverou que a empresa agiu deliberadamente, sabedora que era dos riscos da medicação e por isso deveria arcar com as consequências de sua própria conduta. Acrescente-se que também restou demonstrado, neste caso, que teria ocorrido uma distorção fraudulenta nos relatórios entregues ao FDA (*Food and Drug Administration*).

Os *punitive damages* são também de grande aplicação em situações envolvendo ofensa à honra, em casos de afirmações, escritas ou orais, ofensivas à reputação de outra pessoa. Nesse caso, é importante examinar se a manifestação tem cunho apenas ofensivo ou se possui também conteúdo falso. Deve, além disso, estar presente a intenção difamatória ou a indiferença sobre as consequências do ato. Em julgamentos envolvendo questionamentos judiciais sobre lesão à imagem, ao bom nome e à reputação, a Suprema Corte norte-americana já deixou claro que a garantia de liberdade de imprensa não é salvo-conduto para veiculação de qualquer espécie de informação. É, portanto, legítimo o controle judicial sobre as reportagens e informações jornalísticas que podem, sim, ensejar fixação indenizatória e reparatória com base nos *punitive damages*.

Em situações envolvendo erro médico os *punitive damages* são muito utilizados. Nesses casos, importante se precisar a ação efetivamente reprovável do profissional médico. Os tribunais têm definido requisitos, buscando estabelecer padrões ca-

pazes de indicar, no caso concreto, a possibilidade de aplicação dos *punitive damages*. Na grande maioria dos casos de verificação de ato ilícito os *punitive damages* são aplicados quando demonstrado procedimento inquestionavelmente ilegal, desvirtuado da ação médica, como, por exemplo, o envolvimento sexual do médico com o paciente. Também há utilização em situações de procedimento claramente inadequado e em afronta aos básicos ensinamentos acadêmicos ou, ainda, quando se observa abstenção de ato que incumbia ao profissional.

Os *punitive damages* são particularmente utilizados em casos de acidente de trânsito. Nestes casos, visam fazer real diferenciação, punindo efetivamente aquelas ações dolosas ou com culpa grave, como por exemplo, motorista dirigindo embriagado ou com excesso de velocidade. De fato, importante serem adequadamente diferenciadas as situações envolvendo acidentes de veículo. Assim, uma negligência comum, envolvendo eventual desatenção em um cruzamento, não pode dar ensejo à mesma resposta estatal do que no caso de condutor embriagado, mesmo que a consequência lesiva seja a mesma.

A Suprema Corte norte-americana registrou três critérios para aferir a adequação da indenização: o grau de reprovabilidade da conduta do réu; a proporção entre o dano efetivo ou potencial e o valor a ser pago; adiferença entre a indenização e penalidades civis e criminais previstas para casos semelhantes.

b) Inglaterra

Na Inglaterra, a figura dos *punitive damages* surgiu efetivamente em 1763, sendo, todavia, aplicada de forma contida e mais conservadora. O primeiro registro de efetivação do instituto ocorreu no caso *Wilkes v. Wood*. Segundo relatos, houve a publicação em jornal de texto ofensivo ao rei George III e seus ministros. Isto deu ensejo a expedição de mandado de prisão genérico, que ensejou à detenção de um grupo de pessoas entre elas *Wilkes* que teve sua casa invadida e seus bens apreendidos sem observância das formalidades legais. *Wilkes*

ingressou com ação contra Wood que teria supervisionado o cumprimento do mandado. Justificando seu pleito, afirmou que a fixação de valor reduzido não seria capaz de impedir ações semelhantes no futuro. O júri acolheu os argumentos e fixou o valor da condenação em mil libras, a título de *punitive damages*

O direito inglês estabeleceu parâmetros para se entender caracterizada situação ensejadora de indenização com caráter punitivo. No dizer de Paolo Gallo²⁰ em três situações poderá ocorrer a utilização do instituto: I- em caso de violação a direito fundamental pela administração pública, por ações inconstitucionais ou arbitrárias por parte de agente do Estado; II- quando existir clara intenção de obtenção de lucro injustificado, especialmente quando o proveito econômico supere eventual indenização compensatória; III- quando as prestações punitivas estiverem previstas expressamente em lei.

Em 1997, houve uma tentativa de afastamento dessas linhas limitadoras. Pretendeu-se ampliar o cabimento dos *punitive damages* quando a prática do ato lesivo indicasse intencional desrespeito ao direito do lesado. No entanto, sob o fundamento de inexistência de posicionamento unísono a respeito da matéria, entendeu-se pela manutenção dos parâmetros delimitadores que permanecem até hoje no direito inglês.

c) Canadá

Em 1886 o instituto surgiu no Canadá, com o reconhecimento pela Suprema Corte. Só foi, todavia, realmente instituído em 1970. Neste país, os *punitive damages* são utilizado em casos excepcionais de conduta dolosa. Alguns princípios orientam a aplicação dos *punitive damages* no direito canadense. São eles: I- utilização em caráter excepcional; II- o valor deve ser proporcional ao dano, à vulnerabilidade da vítima e à vantagem e proveito auferido pelo agente; III- devem ser aplicados em casos de alta reprovabilidade, grande malícia ou dolo; IV-

²⁰ GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè. 1996

devem ser consideradas eventuais penalidades impostas ao autor do dano; V- são estabelecidos quando o valor compensatório é insuficiente para cumprir com o objetivo de punir e desestimular ações semelhantes;

Importante o registro de que a Província de Quebec, por ter sua origem cultural francesa, mantém um sistema jurídico relativamente diferente, baseado no *civil law*, mas com influências do *common law*. Assim, observa-se a presença no Código Civil de Quebec²¹ de vários dispositivos legais prevendo a indenização punitiva.

Não se poderia concluir este tópico sem referência às críticas contra à adoção do sistema dos *punitive damages*. Até mesmo nos próprios países que os utilizam há correntes doutrinárias que questionam a legitimidade de sua aplicação. Observa-se, inclusive, a existência de movimentos que pretendem a limitação de sua utilização, com estabelecimento de parâmetros mais concretos para sua definição. Impõe-se ressaltar, todavia, que os grandes defensores do fim da aplicação dos *punitive damages* são exatamente os representantes de grandes corporações e grupos industriais e financeiros. Não por acaso são os segmentos normalmente atingidos pela imposição de indenização punitiva, o que põe sob suspeita a legitimidade de seus

²¹ 1621. Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.

1899. Le locateur ne peut refuser de consentir un bail à une personne, refuser de la maintenir dans ses droits ou lui imposer des conditions plus onéreuses pour le seul motif qu'elle est enceinte ou qu'elle a un ou plusieurs enfants, à moins que son refus ne soit justifié par les dimensions du logement; il ne peut, non plus, agir ainsi pour le seul motif que cette personne a exercé un droit qui lui est accordé en vertu du présent chapitre ou en vertu de la Loi sur la Régie du logement (chapitre R-8.1). Il peut être attribué des dommages-intérêts punitifs en cas de violation de cette disposition.

questionamentos jurídicos.

É de conhecimento geral a existência de fixações indenizatórias de grande monta. Com base especialmente nesses eventuais exageros, aqueles que alinhados à corrente doutrinária contrária aos *punitive damages* afirmam a distorção do instituto da responsabilidade civil defendendo que sua aplicação afronta a separação que deve existir entre o direito civil e o direito penal. No entanto, a separação entre o direito público e privado nada mais é que uma delimitação estruturante havendo intercâmbio e entrelaçamento inegável entre os dois ramos do direito.

Ressalte-se que, muitas vezes, os exageros informados pela imprensa tem base em decisões iniciais, proferidas por júris populares, mas serão revistas por tribunais superiores. Ademais, nesse sistema, são usualmente empregadas as figuras do seguro e resseguro, não se sustentando a argumentação de que se inviabilizaria o desenvolvimento econômico do país pela adoção do instituto. Por fim, é oportuno registrar que os países do *common law* vêm redefinindo a aplicação do instituto, com previsão de limitação de valores, imposição de normas de demonstração do dano, entre outros mecanismos, com o objetivo de tornar precisa a aplicação dos *punitive damages*, evitando-se extremismos ou exageros.

4.2. O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO E OS PAÍSES DO CIVIL LAW

a) Itália

Na Itália, extrai-se da análise do sistema a ideia da pena privada. Assim, quando os danos são difusos e a intenção é de prevenção e desestímulo, o valor das indenizações por dano moral é destinado ao Estado e a fundos públicos. Porém, quando o dano atinge o indivíduo particularmente, o valor é a ele inteiramente destinado. Portanto, a responsabilidade civil as-

sume, em primeiro lugar, a função de prevenir e punir ações lesivas a direito da personalidade, especialmente o bom nome, a reputação, a honra, a vida privada e a integridade física; em segundo lugar, tem a função de ressarcir danos, conforme anota Paolo Gallo²². Registre-se que, em casos de estrito dano moral, o grau de culpa é examinado, para fins de fixação do valor indenizatório.

b) França

Na França, vem sendo observada uma utilização, cada vez maior, da função punitiva da indenização por dano moral, com aumento de valores estabelecidos em condenação. As decisões dos tribunais enfatizam a necessidade de se punir o ofensor, bem como de prevenir ações futuras como fatores determinantes no lastro jurídico do reconhecimento do conteúdo punitivo nas indenizações por dano moral. A doutrina francesa passou a admitir que o instituto tem caráter desestimulador ao ofensor (prevenção específica). Busca, também, desestimular outros que poderiam agir da mesma forma (caráter de prevenção geral), na lição de Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira²³.

Ainda demonstrando a intenção de acentuar a função punitiva, a Lei n 85-677 de 1985 prescreve seu art. 16 que, em caso de acidente, se não houver, dentro de seis meses, proposta de indenização pela seguradora, o valor a ser pago será corrigido com juros duas vezes maior ao que ordinariamente é aplicado²⁴. Tal previsão aponta acertadamente no sentido de que há claro objetivo de punição, visto que impõe o dobro do valor dos juros, observada a conduta ilícita do ofensor e não o dano

²² GALLO, Paolo. *Pene private e responsa sabilità civile*. Milano:Giuffrè. 1996

²³ OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. *A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador*. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2012.

²⁴ Article 16 Lorsque l'offre n'a pas été faite dans les délais impartis à l'article 12, le montant de l'indemnité offerte par l'assureur ou allouée par le juge à la victime produit intérêt de plein droit au double du taux de l'intérêt légal à compter de l'expiration du délai et jusqu'au jour de l'offre ou du jugement devenu définitif. Cette pénalité peut être réduite par le juge en raison de circonstances non imputables à l'assureur.

efetivamente suportado.

c) Alemanha

Na Alemanha há reconhecimento da função dúplice na indenização por dano imaterial. A indenização com conteúdo punitivo ficou ainda mais evidenciada após 1995, com duas decisões do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (BGH) ao julgar a utilização não autorizada da imagem da princesa Caroline de Mônaco e seu filho. Tais fatos emblemáticos são citados por Paula Meira Lourenço²⁵ que sobre as decisões dos tribunais alemães afirma :

Na fundamentação jurídica das decisões, afirma-se que importa aumentar, de forma significativa, a indemnização, para prevenir a conduta (função preventiva) e punir o lesante (função punitiva), na esteira da doutrina de JAKOBS, o qual salienta que se não se atender ao lucro obtido pelo agente, este não receberá verdadeiramente uma sanção para o seu comportamento.

As decisões envolvendo matérias jornalísticas têm indicado a utilização do caráter punitivo para a fixação do *quantum* indenizatório, sendo fundamentadas acentuadamente no caráter punitivo e preventivo. Afirma-se uma função de *satisfação* que deve o autor do dano ao ofendido, que significa atenuar o ocorrido, imputar um sacrifício patrimonial ao agente e prevenir eventos futuros da mesma natureza.

d) Portugal

Em Portugal, parte da doutrina admite a existência da função punitiva na fixação de indenização por dano moral. Do exame dos arts. 494º e 496º, nº 3 do Código Civil português²⁶

²⁵ Colóquio organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, subordinado ao tema “RESPONSABILIDADE CIVIL – NOVAS PERSPECTIVAS”, realizado nos dias 13 e 14 de Março de 2008, no âmbito do painel dedicado aos “Novos Rumos da Responsabilidade Civil e Teoria da Indemnização Sancionatória”.

²⁶ ARTIGO 494º

(Limitação da indemnização no caso de mera culpa)

Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e

verifica-se que, ao tratar dos danos não-patrimoniais, o legislador estabelece que a indenização será apurada de forma equitativa, tendo como parâmetro o grau de culpabilidade do agente, sua situação econômica e a do ofendido. Assim, o montante a ser apurado dependerá, também, da avaliação da forma de conduta do agente, não ficando adstrita ao dano causado à vítima.

João de Matos Antunes Varela²⁷ assinala que a indenização deve possuir natureza mista: reparar os danos suportados e, sob outra face, reprovar e punir, com os recursos do próprio direito civil, a conduta ilícita do lesante. Menezes Cordeiro²⁸ conclui pela possibilidade de visualização da existência de cunho punitivo nas indenizações por dano moral, enfatizando:

O dever de prestar principal, numa obrigação de indemnização, é ainda enformado pelas funções preventivas e retributivas que hoje se atribuem à responsabilidade civil e pelo papel compensatório, sempre que o dano não seja ressarcível. Também neste ponto encontramos argumentos para pôr termo ao miserabilismo registrado na fixação das indenizações. Ontologicamente a indenização simbólica ou deprimida não realiza o escopo da obrigação de indemnizar.

Dos ensinamentos da doutrina portuguesa é inegável a

do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

ARTIGO 496º

(Danos não patrimoniais)

1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.
2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem.
3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior.

²⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 10 ed. Coimbra: Almedina. 2000.

²⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português II Direito das Obrigações*. Tomo III. Lisboa. Almedina 2010.

conclusão de que entende por verificar, no conteúdo do bojo compensatório do dano imaterial, uma parcela de carga punitiva e preventiva. As fundamentações doutrinárias indicam que, em se tratando de dano moral, diante da própria natureza do bem lesado, diante também da imprecisão de valor e consequentemente ao direito atingido, impõe-se a apuração ou estabelecimento de *quantum* capaz de compensar e capaz de punir o agente.

Nos julgados portugueses, observa-se uma crescente utilização da função punitiva da indenização por dano imaterial, sendo normalmente aplicados os critérios de equidade, a condição do lesado e do agente e as circunstâncias particulares do caso.

Paula Meira Lourenço²⁹ apresenta, em seus estudos, diversos fundamentos, justificando a possibilidade de se fixar um montante indenizatório com conteúdo punitivo. Dentre eles, registra o que previsto pelo art. 70º, nº2 do Código Civil português³⁰, que estabelece a possibilidade de pessoa ameaçada ou ofendida requerer providências para que se evite consumação da ameaça ou se atenuem as consequências de ofensa já cometida. Afirma a autora que se deve atribuir ao preceito interpretação atual capaz de visualizar permissivo para indenização punitiva, mormente quando estão em relevo bens jurídicos vinculados à tutela da pessoa humana.

²⁹ Colóquio organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, subordinado ao tema “RESPONSABILIDADE CIVIL – NOVAS PERSPECTIVAS”, realizado nos dias 13 e 14 de Março de 2008, no âmbito do painel dedicado aos “Novos Rumos da Responsabilidade Civil e Teoria da Indemnização Sancionatória

³⁰ ARTIGO 70º

(Tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.
2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

5. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JÁ EXISTENTES E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL

5.1. QUESTÃO CONSTITUCIONAL: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O ponto de partida para a constatação da possibilidade de aplicação de indenização punitiva no Brasil é o exame da Constituição Federal. Dispõe nossa Carta da República³¹ em seu primeiro artigo que a dignidade da pessoa humana é um de seus fundamentos. Adiante, quando trata dos direitos e garantias fundamentais, assegura indenização por dano material, moral ou à imagem. Em seguida, estabelece que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Observados os dispositivos e a doutrina que preconiza a necessidade de concretização dos comandos constitucionais, sem necessidade de norma minudentemente estabelecida pelo legislador infraconstitucional, fica patente a possibilidade e a obrigação do Poder Judiciário de concretizar as garantias e os direitos constitucionalmente previstos. De fato, para se proteger os direitos da personalidade e a dignidade humana, impõe-se o manejo de mecanismos efetivos de modo a prevenir a vio-

³¹ Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do

III - a dignidade da pessoa humana;

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;

lação desses direitos, certo que a só com a punição de condutas se pode evitar novos atentados aos direitos salvaguardados pela Constituição da República.

O direito é um sistema não apenas de normas positivadas, mas também de princípios que atuam não só como fontes subsidiárias na lacuna do sistema ou na ausência de leis, mas como fontes primárias. Assim, examinando-se o princípio da dignidade da pessoa humana e o da anterioridade da pena, conclui-se pela impossibilidade de aplicação de institutos do direito penal em sede de direito civil, devendo-se sopesar os princípios. No dizer de Alexy, citado por André Gustavo Corrêa Andrade³², há uma relação de precedência condicionada, devendo-se observar e valorar qual princípio precisa ser priorizado em cada situação concreta. No caso sob exame, é inegável a condição de precedência do princípio da dignidade da pessoa humana com relação ao princípio da anterioridade da pena.

Importante observar a particularidade da indenização por dano moral que difere da indenização por dano material. Quando se trata de tutela de direitos personalíssimos, não há como se dar o mesmo tratamento conferido à tutela de bens materiais, pela própria diferença intrínseca. No ponto, importante entender o dano moral por si configurado e não sua consequência, não a dor ou sofrimento ou angústia que traz ao lesado. O dano, em si mesmo considerado, deve ser reparado e para se precisar deve se ter em mente situações envolvendo, por exemplo, um doente mental que pode ser vítima de lesão a bem imaterial, mas não externar a consequência da dor ou vergonha ou vexame. A caracterização aqui ocorreria, mas a indenização não age como lenitivo, tem conteúdo tipicamente retributivo.

Outra situação tratada pela doutrina envolve os casos de dano moral coletivo. Em tais hipóteses, da mesma forma, não se precisa a dor, sofrimento ou abalo a imagem que seria uma

³² CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

das conseqüências do dano moral, mas o dano em si mesmo concretizado. Da mesma forma, em casos de vítimas com evidente capacidade financeira, o valor indenizatório não tem conteúdo compensatório. Não tem conteúdo reparatório por não tem força para tal. Por certo, o valor imposto ao agente tem também caráter retributivo e punitivo.

5.2. MUDANÇA DE PARADIGMA QUANTO A FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É inegável que a teoria da responsabilidade civil sempre se baseou na reparação do dano, no retorno ao estado anterior. Entretanto, é igualmente inquestionável que a aplicação tradicional dos comandos dessa teoria tem se revelado, cada vez mais, insuficiente seja para trazer real compensação, seja porque o dano moral é, em si mesmo, irreparável, seja porque há a necessidade de se trazer resposta ao fato, ao agente causador do dano. Quando se trata de ataque a direitos da personalidade a questão fica ainda mais clara, ante a complexidade dos conflitos sociais atuais.

Neste ponto, importante ponderar que, quando do surgimento da teoria da responsabilidade civil, o grande foco era o dano patrimonial. Num primeiro momento, nem mesmo se admitia a existência do dano moral, tendo nascido essa possibilidade de ressarcimento muito depois do estabelecimento da própria teoria da responsabilidade civil. Assim, o que se percebe é a necessidade de alteração de paradigma, de exame da finalidade da responsabilidade civil para adequação a realidade, especialmente tendo em vista, na atualidade, o grande destaque aos direitos imateriais, aos direitos da personalidade.

Mesmo quando se está diante de um paradigma, é importante refletir sobre sua essência e nascedouro. No caso em questão, tendo a responsabilidade civil surgido como a ideia de retorno à situação anterior, tendo advindo da concepção de que

não se deve permitir a lesão a direito de outrem, devendo o agente reparar o que lesou, o foco do direito tinha conteúdo eminentemente material e concreto. No entanto, com o avanço das relações sociais e o reconhecimento de uma gama de direitos até então à margem da proteção jurídica, exige também o avanço na compreensão daquilo que se entende por compensação, por tornar indene, por trazer resposta estatal ao ato danoso praticado.

Inegável a necessidade quase que automática advinda de um pensamento lógico de ação e reação, que além do conteúdo reparatório deve haver um componente preventivo e retributivo na teoria da responsabilidade civil. Até porque, em face do crescente avanço social, a reparação tem hoje uma abrangência e amplitude muito maior do que uma simples ação e reação linear entre ofensor e vítima; evento danoso e compensação ao dano. Para a própria vítima, uma real compensação perpassa pela percepção de reposta inibitória e punitiva ao lesante.

No campo da responsabilidade civil, é inegável a ocorrência de uma crise de paradigma, especialmente quando se fala em tutela de direitos fundamentais, direitos da personalidade, direitos coletivos. Isto porque a reposta compensatória, na forma tradicional, tem se mostrado absolutamente insatisfatória, trazendo a reboque a sensação de ausência de reparação. Na atualidade, torna-se cristalina a exigência de superação dos limites originalmente impostos. É preciso acompanhar a evolução das relações sociais, de modo que a responsabilidade civil dê a resposta que dela se espera. Urge romper as amarras de um paradigma que foi construído e solidificado quando sequer se falava em direitos intangíveis, e, muito menos ainda, em sua proteção.

5.3. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É evidente que os conflitos hoje existentes são diferentes

dos que ocorriam quando da formação do conceito de responsabilidade civil. As transformações e evolução da sociedade, a alteração de valores e os interesses juridicamente protegidos impõem que sejam repensadas às funções do instituto. Ao lado da função reparadora ou compensatória, devem ser realçadas as funções preventiva e punitiva.

a) *Função reparatória*

Trata-se da primeira e mais imediata função da responsabilidade civil. Indica a necessidade de reparar o dano, de reaver a situação anterior, seja com a recomposição ao estado anterior, seja com o pagamento de montante capaz de restabelecer situação existente, quando inviável o retorno real da situação anterior. O foco de luz se direciona à vítima. Objetiva-se saber qual foi precisamente o dano sofrido, para que se possa estabelecer a forma mais adequada de recuperar a situação anterior. Direciona-se ao passado no sentido de se precisar o que foi lesado e procurar a recomposição da forma mais ampla e completa possível. Há proteção daquele que sofre o dano, sendo imposto ao causador o restabelecimento do modo anterior à ocorrência do evento. O que se tem em vista é aquilatar a extensão do dano e não o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor ou sua particular condição reparatória.

b) *Função preventiva*

Há intuitiva a ideia prevenção quando da fixação de valor reparatório, especialmente em direitos afetos à personalidade. A prevenção é sempre muito mais produtiva e desejada que a simples reparação, certo que, com sua presença, se alcança o que genuinamente se pretende: o não dano, a não lesão a qualquer bem ou direito protegido.

Hoje, está cada vez mais presente o interesse pela tutela inibitória, sempre focada em se evitar a lesão. Pretende-se, assim, em um primeiro plano, prevenir a lesão e, em sequência, não sendo possível, evitar que ela continue ou que se repita. A

própria Constituição Federal³³ estabelece a tutela à lesão ou ameaça a direito. Tutelando-se a simples ameaça, resta clara a intenção de se prevenir o dano.

A função preventiva deve ter a mesma relevância da função reparatória. Sua pertinência também é cristalina uma vez que coibindo ações semelhantes, seja diretamente ao ofensor, seja indiretamente à coletividade, evita-se o fato em si, evita-se o dano e é alcançada com maior perfeição a ideia base de não-dano. Deve-se negritar a importância desta finalidade, certo que, se evitando o dano, se atinge com precisão o que se objetiva com a teoria da responsabilidade civil, antes mesmo da ocorrência. Assim, o direito preservado, é antes de tudo o princípio básico da própria teoria do direito. É a inexistência de necessidade de interferência do direito.

Diz-se em doutrina que a reparação lança vista ao passado, ao fato já consumado. Todavia, caso se observe o caráter preventivo com lente de aumento, ele tem foco em um passado ainda mais remoto, na medida em que visa a atingir o fato antes do seu nascimento, evitando-se sua ocorrência. Assim, para a vítima, para o agente causador e para a própria sociedade, a prevenção, a inexistência de ação danosa é certamente o que se busca. Sob essa ótica, a função preventiva é extremamente relevante.

Importante registrar que em determinadas situações, se não se impuser valor consentâneo, a simples reparação será um estímulo a outras práticas e não um desestímulo, ficando frustrada qualquer tentativa de prevenção, de não ocorrência do dano, que é, na verdade, o que se deve buscar. Em várias situações, o agente causador do dano opta pela lesão, certo que tem

³³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

a previsão de que, se eventualmente acionado, a prestação que lhe será imposta será tão só aquilo que deveria já ter arcado, ou mesmo, valor tal que compense sua ação danosa.

Com a presença de um real caráter preventivo, pretende-se impedir ações maliciosas e predeterminadas cujo agente perceba ser mais cômodo e lucrativo lesar e aguardar eventual ação do que tomar as medidas preventivas necessárias. Portanto, o que se objetiva é trazer àquele que dolosamente comete o ato ilícito o freio para seu procedimento. Certamente, deve ser dada prevalência à ação preventiva, visto que não lesionar traz a raiz do desejo de proteção jurídica de que ninguém deve causar lesão a bem jurídico de outrem. Isso especialmente quando se trata de dano imaterial, porquanto a prevenção é o único remédio efetivo contra essa espécie de dano, já que a compensação e a punição nunca trarão de retorno a situação anterior.

c) Função punitiva

Igualmente contida e latente na ideia de punição está a de prevenção. Examinando-se a própria teoria da pena, não há como afastar a constatação de que sua função primordial é a de prevenção. Com a punição, mais que retribuir, objetiva-se desestimular o cometimento de condutas antijurídicas. Observa-se, assim, um escopo preventivo específico no que toca ao agente lesante e um escopo preventivo geral que atinge toda a coletividade, importando expressar a reposta da lei aos atentados de consequência danosa.

No que toca especificamente à ação causadora de dano, mais precisamente do dano imaterial, importante analisar que, em muitas situações, o proveito econômico obtido com a ação danosa é muito maior que a eventual indenização. Assim, o conteúdo punitivo vem superar a aparente inoperância de eventual indenização com cunho somente compensatório. Ademais, muitas ações danosas não serão verdadeiramente reparadas se não houver cunho punitivo, que é imprescindível para se obter real sentimento de justiça aplicada ao caso concreto.

Para a vítima, nos dias atuais a reparação real importa em vislumbrar que houve também punição e educação (prevenção) ao agente. Importa à vítima e à sociedade observar que recebeu o ofensor uma resposta pelo mal causado. E a melhor resposta é desencorajá-lo a nova prática, desestimulando outros à mesma conduta. Isto, em última análise, configura uma verdadeira compensação.

A partir especialmente do avanço trazido pela a Constituição Federal de 1988 no que concerne à proteção ao direito da personalidade se percebeu uma insatisfação com a resposta dada tão só pela utilização do conteúdo reparatório sob a forma de restabelecimento da situação anterior. Houve a necessidade de uma mudança de concepção, uma vez que a reparação nesses moldes se caracterizava como uma não reparação, na medida em que a vítima não se sentia compensada, pois a restituição a situação anterior seria impossível ou consistiria em um resultado insatisfatório, certo que o ofensor obterá um benefício muito maior do que o prejuízo ocasionado pela condenação em compensar.

Não se pretende um afastamento do conteúdo compensatório-reparatório, mas um redirecionamento, atendendo as necessidades da sociedade atual, que não mais se contenta com a limitação indicada. Quando se aceita a presença do caráter punitivo, dá-se relevo à figura tanto da vítima, como do ofensor, buscando-se valorar condutas mais ou menos reprováveis e introduzindo-se critério de justiça na responsabilidade civil.

Neste aspecto, aponta-se o exemplo de um motorista que, habilitado há vários anos e sem qualquer infração, por imperícia, perde o controle do veículo em uma curva e provoca acidente, providenciando o socorro. Já outro acidente decorre de ação de motorista alcoolizado e em excesso de velocidade que não presta socorro à vítima. Partindo-se da hipótese de que houve o mesmo dano imaterial à vítima, resta saber se seria razoável que a fixação de indenizações nas mesmas bases, ob-

servando-se tão só a existência do caráter compensatório. Com certeza, seria absolutamente inadequada solução idêntica para as duas situações, o que ocorreria caso se entendesse necessária apenas a observância do caráter compensatório. É necessário observar que as três funções, nos dias atuais, se integram e se interpenetram, havendo quase que um concatenamento lógico entre elas, de sorte que uma é insuficiente e inoperante sem a outra.

Quanto à função punitiva, apesar da resistência de alguns doutrinadores pátrios, muitos outros, na esteira do que ensinam os doutrinadores portugueses, franceses e alemães, reconhecem não só um conteúdo punitivo, mas também uma função punitiva na indenização por dano moral. Na verdade, a questão nestes países do *civil law* não tem gerado grau de polêmica que vem sendo observado no meio jurídico brasileiro. O conteúdo punitivo é percebido, aceito e aplicado. Importante o registro dos ensinamentos de Menezes Cordeiro³⁴ sobre o tema. Afirma que uma das mais expressivas evoluções da responsabilidade civil é vista no alargamento de seus escopos. A esse respeito, enfatizar:

Tradicionalmente, a responsabilidade civil assumiria um simples fim de ressarcimento, assim se contrapondo à responsabilidade penal, preventiva e retributiva. Aquele escopo não pode ser tomado de forma tão linear.

Logo no início, ficou claro que a indemnização, por danos morais – aliás, meramente compensatória – surgia, quase, como uma pena acessória, no campo criminal. Hoje, tal aspecto é pacífico: a indemnização tem, ainda, o escopo de uma pena: uma matéria muito versada a propósito dos *punitive damages*. No domínio dos acidentes, fala-se no “princípio final” de minorar os problemas das vítimas. O papel retributivo, das indemnizações, é sublinhado, bem como o seu escopo preventivo. (...)

Quando estejam em causa valores morais – portanto: atinentes à pessoa, à família, à dignidade, à saúde e ao bom

³⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, II Direito das Obrigações*. Tomo III. Lisboa: Almedina, 2010.

nome – a responsabilidade civil deve assumir uma postura mais avançada, retribuindo o mal e prevenindo ofensas.

5.4. INEXISTÊNCIA DE NECESSIDADE DE SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO CIVIL E DIREITO PENAL

Um argumento constantemente usado para se afastar a aceitação da indenização punitiva por dano moral é a afirmação de que a punição deve estar adstrita ao direito penal. Afirma-se, assim, uma clara divisão entre o direito civil e o direito penal, não havendo que se falar em pena quando se tratar do âmbito do direito civil. Esse argumento, no entanto tem sido francamente afastado pelos estudiosos do tema. Para Maria Celina Bodin de Moraes³⁵, a separação entre direito público e privado não mais se sustenta diante da realidade social e econômica da atualidade, devendo haver uma releitura para um exame mais consentâneo do sistema atual.

Existe um trânsito inegável entre os ramos do direito, servindo a divisão para exame sistematizado do direito. Na verdade, a divisão será menos em qualidade do que em quantidade, certo que em um ramo há maior interferência do interesse público e do poder público e no outro está interferência será menor. Neste sentido esclarece Pizarro³⁶: “A eficácia de uma instituição nunca pode ser indiferente ao homem de Direito, nem ficar relegada por razões dogmáticas ou por apego às tradições”. Assim, há evidente entrelaçamento desses ramos do direito, conforme será visto a seguir.

No direito civil, a influência e interferência do direito penal tão presentes em diversos dispositivos legais, tais como:

a) A cláusula penal prevista pelo art. 416 do Código Civil.³⁷ Dispõe o citado artigo que para exigir a pena convencio-

³⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

³⁶PIZARRO, Ramón Daniel. *Danõ Moral*. Buenos Aires: Hammurabi., 2000.

³⁷ Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue

nal, não é necessário que o credor alegue prejuízo, bastando haver o descumprimento. Verifica-se, assim, um conteúdo tipicamente punitivo, na medida em que não é necessário provar o dano, nem mesmo exigindo que se alegue o prejuízo.

b) Restituição duplicada prevista pelo art. 940 do Código Civil³⁸ e no parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor³⁹. Tais dispositivos visam impor pena àquele que cobra o que não é devido. Assim, aquele que exige quantia indevida e já paga deverá restituir em dobro. O caráter punitivo é patente, certo que o dano ou prejuízo seria um, mas como forma de penalização e prevenção de condutas semelhantes se impõe o dever de pagar o que cobrado irregularmente, acrescido do mesmo montante.

c) Arras. Por sua própria essência, as arras têm conteúdo tipicamente sancionatório, como se observa do que disposto nos arts. 418 e 420 do Código Civil⁴⁰. Havendo inexecução do

prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

³⁸ Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

³⁹ Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

⁴⁰ Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

contrato, independentemente da existência de comprovação de dano, as arras são estabelecidas e devidas. Possuem, assim, nítido conteúdo sancionatório, pois não guardam proporção com qualquer dano.

No direito penal a interferência do direito civil também é largamente observada. Com absoluta nitidez se percebe a presença dessa interpenetração nos dispositivos penais estabelecidos pela Lei 9.099 de 1995 que disciplina os Juizados Especiais. Dispõe a lei, em seu art. 74⁴¹, que a composição civil de danos terá repercussão penal, com renúncia ao direito de queixa ou representação, quando se tratar de crime de ação penal privada ou condicionada à representação.

Já o art. 89⁴² da mesma lei, disciplinando situações de proposta de suspensão condicional do processo, fixa, entre as condições para proposta do benefício, que tenha havido a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.

O próprio Código Penal⁴³, em sua parte geral, menciona

⁴¹ Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação

⁴² Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

⁴³ Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

como circunstância atenuante quando da fixação da pena a existência de reparação do dano (art.65, III, b). Em sua parte especial, dispõe o referido diploma legal que a reparação do dano em caso de peculato culposo é causa de extinção da punibilidade (art. 312, §2º)⁴⁴.

Resta indubitavelmente claro, que a antiga separação não se presta efetivamente a trazer um limite real entre os ramos do direito, já que todo o arcabouço jurídico é único. Objetiva, tão só, trazer uma metodologia ordenadora, mas não uma divisão de essência e de origem. Em consequência, essa divisão não pode servir como fundamento para que se rejeite, de forma peremptória, a carga e a função punitiva em caso de indenizações por dano moral.

5.5. ESTATUTOS NORMATIVOS COM PREVISÃO EXPRESSA DA FUNÇÃO PUNITIVA NAS INDENIZAÇÕES DECORRENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - ter o agente:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

⁴⁴ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Apesar de não haver regra geral específica estabelecendo a função punitiva da indenização por dano imaterial, inúmeros estatutos legais já estabeleceram tal função.

A Lei de Imprensa, Lei nº 5250/67⁴⁵, já indicava de forma inequívoca a intenção de função punitiva quando da fixação do valor indenizatório. Aqui fica claro o viés punitivo, certo que grau de culpa ou situação econômica não indica dimensão de dano, mas são fatores a serem avaliados para a punição do agente.

Também o Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117 de 1962, em seu art. 84⁴⁶ estabelecia que na estimação do dano moral o juiz terá em conta a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. Inegável que esta norma traz cunho punitivo a indenização.

Por fim, importante examinar o disposto pelo Código Civil em seu art. 944 parágrafo único⁴⁷. Se o *caput* traz a regra geral de que a indenização mede-se pelo dano, a regra do parágrafo único deixa patente a possibilidade de estabelecimento do valor, observada a culpa, ou seja, abre a possibilidade para fi-

⁴⁵ Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por êsse meio obtida pelo ofendido.

⁴⁶ Art. 84 - Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

⁴⁷ 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.

xação de valor não unicamente pela extensão do dano, desvinculando-se da teoria tradicional. O exame do dispositivo, mesmo que se alegue que a alteração é restritiva e só visa à redução do valor, não deixa de indicar uma abertura do legislador à necessidade de observar outros elementos componentes para a fixação de indenização.

Não é outro o sentido do art. 494º do Código Civil português⁴⁸, ao dispor que, quando a responsabilidade se fundar em mera culpa, a indenização poderá ser inferior ao dano, observadas algumas condições que a própria lei estabelece. Verifica-se que aqui há grande prevalência das funções preventiva e sancionatória, certo que a vítima, mesmo sem responsabilidade, arcará com parte do dano em caso de mera culpa.

Assim, mesmo entendendo-se que a autorização legislativa foi no sentido de viabilizar a redução, observado o grau de culpa do agente, um exame realístico indica que o próprio legislador observou a necessidade de relativização da fixação. Desta forma, não é peremptória a correspondência dano-compensação, até porque, em caso de dano imaterial, a extensão não é sequer passível de ser aferida.

Sobre a questão, merece registro a posição de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler⁴⁹ que afirmam que a simetria prevista pelo art. 944 do Código Civil deve ser aplicada em caso de danos materiais, certo que inviável a precisão de extensão e intensidade de dano imaterial. Asseveram, com propriedade, que com relação ao dano moral deve haver uma ponderação de valores que se expressará em quantia indenizatória e nesta ponderação deve ser observada a função punitiva

⁴⁸ Artigo 494.º - (Limitação da indemnização no caso de mera culpa)

Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*. R. CEJ, Brasília, n. 28, , jan.-mar. 2005 pp.15-32

da verba a ser fixada.

6. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA E SITUAÇÕES EXCLUDENTES

a) Dano moral constatado

Constatado o dano moral, com ofensa a direito da personalidade, deverá haver resposta ao causador do dano e compensação à vítima, como forma garantidora dos preceitos insculpidos na própria Constituição Federal que erigiu a dignidade da pessoa como um de seus fundamentos e os direitos da personalidade como centro de proteção. No ponto, deve o dano moral ser tomado com a dimensão que o ordenamento maior lhe concedeu. Deve-se também levar em consideração a própria natureza do bem jurídico protegido que, por sua relevância, grandeza e peculiaridade, não pode ser igualado, em forma de tratamento, ao dano material.

Mostra-se insuficiente, portanto, a regra segundo a qual a indenização mede-se pelo dano, até porque, quanto ao dano moral, qualquer forma de medida ou de aferição, afigura-se imprecisa, insuficiente e, às vezes, impossível de ser utilizada. Devem, assim, ser estabelecidos os elementos que possibilitarão a utilização da indenização punitiva, certo que ela não deverá ser empregada genericamente em qualquer situação de constatação de dano moral.

b) Dolo ou culpa grave

Importante examinar o elemento anímico do causador do dano, visto que, apesar de grande a dimensão tomada pela responsabilidade objetiva, a culpa está presente como elemento de essencial relevância na responsabilidade civil. A diferença dos graus de culpa tradicionalmente não foi de extrema relevância para se fixar o dever de indenizar, observado o foco direcionado para a vítima e não para o ofensor. No entanto, tendo em vista a função punitiva da indenização que aqui se defende de-

ve se observar que para a aplicação desta forma de indenização deverá se detectar a existência de dolo ou culpa grave do ofensor.

Deve-se perquirir se a conduta do ofensor foi efetivamente reprovável. Para tanto, é preciso saber sobre a existência de intenção de lesão, de conduta dirigida a um fim de produção do resultado danoso (dolo) ou total indiferença para a concretização da lesão, onde o agente atua com grosseira falta de cautela (culpa grave). Isto porque uma ação consciente e deliberada no sentido de produzir um resultado lesivo ou uma conduta advinda de imprudência ou negligência patente deve ser repelida com veemência, acentuando a função preventiva da resposta estatal.

Registre-se que situação também caracterizadora de culpa grave é a reiterada prática de atos indicativos de culpa leve. De fato, a repetição de atos aparentemente sem grande relevância, se tomados isoladamente podem indicar grave ação negligente ou até mesmo imprudente. Tal ocorre, por exemplo, com a falta de aprimoramento de produtos que reiteradamente causam dano a consumidor, evidenciando uma desatenção deliberada do produtor para com o consumidor de seus produtos e, em última análise, para com o bem-estar da comunidade.

Outra situação de evidente visualização de ação gravemente danosa a ser coibida é a relativa à questão ambiental. Ações diuturnamente cometidas que, vistas isoladamente, não poderiam ser consideradas para a caracterização de culpa grave, tomadas e avaliadas de forma ampla, com a verificação de ação negligente, devem ser examinadas com percuciência, pois em inúmeros casos indicam ação com grave falta de cautela e sem atenção com a repercussão da atividade, o que pode comprometer de forma irreversível o meio ambiente.

b) Lucro proveniente do ilícito

De grande relevância o exame de situações indicativas de ação danosa que não foi evitada pela previsão de lucro. Há as-

sim, grande relevância na aplicação de indenização punitiva em casos de recebimento de lucro proveniente do ilícito. Situações em que, com a prática danosa, o agente auferiu lucro bem superior a qualquer indenização com caráter puramente compensatório. Em momentos como esses a imposição de indenização punitiva desestimularia este tipo de conduta.

Em se tratando dessa espécie de conduta, é inadmissível que a reação estatal seja de mera compensação à vítima. Ora, a existência de lucro ilícito já indica ação de tal ordem contrária ao direito e à boa-fé nas relações jurídicas que, por si só, impõe a fixação de indenização punitiva.

Existem, no entanto, situações que excluem a possibilidade de indenização punitiva. Esta não deve ser imposta em qualquer caso de constatação de ação danosa. Imprescindível assim, após a verificação do dano a constatação de dolo ou culpa grave ou de ação deliberada visando à obtenção de lucro. Por esse motivo, quando o dano for causado por culpa leve ou sendo hipótese de responsabilidade objetiva, não há que se falar em imposição da indenização punitiva, sendo o caso, tão só, de indenização compensatória. Entre as situações excludentes de possibilidade de indenização punitiva, citam-se as seguintes:

a) Culpa leve

Constatada culpa leve, apesar de ter sido o dano originado de negligência ou imprudência, tal proceder não tem o peso e o grau de reprovabilidade existentes em caso de ação intencional ou decorrente de inobservância grave a dever de cuidado. A função da indenização punitiva importa em focar a severa ação descuidada, sendo irrelevante o grau de atingimento ao bem protegido. A indenização punitiva deve ter como norte a especial reprovabilidade da conduta.

b) Responsabilidade objetiva

Em situações afetas à responsabilidade objetiva, quando não é necessária a avaliação da culpa, havendo o dever indenizatório sem perquirição desse elemento, não teria sentido a

aplicação de qualquer indenização punitiva. Isto porque o vetor a orientar a possibilidade de aplicar-se essa forma indenizatória é exatamente o grau de reprovabilidade da conduta do agente lesante. Assim, sem culpa, torna-se inviável qualquer conotação sancionatória.

No entanto, deve-se frisar que, mesmo sendo caso de responsabilidade objetiva, se houver discussão de culpa e ela for demonstrada, poderá haver indenização punitiva. De fato, em situações envolvendo responsabilidade objetiva, havendo intenção do autor em demonstrar conduta dolosa ou com grave violação a dever de cuidado, absolutamente admissível que, configurada a ação intencional ou culposa, seja aplicada a indenização punitiva.

Várias são as situações de responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, mas pela presença no cotidiano forense impõe-se o exame a título de exemplificação das situações relacionadas ao Código de Defesa do Consumidor. Dispõem os arts. 12 e 14 da Lei nº 8078⁵⁰ de 1990 que os fornecedores de produtos ou serviços respondem, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados a consumidores e decorrentes de defeitos em produtos ou serviços. Neste caso, havendo a constatação de dano imaterial e o nexo causal entre a conduta e o resultado, haverá o dever reparatório. No entanto, a indenização punitiva só deverá ser fixada se, além desses outros elementos, for também demonstrado o dolo ou comprovada a culpa grave do agente.

⁵⁰ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

7. PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ADMISSÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A admissão da indenização punitiva possui, ainda, resistência de parte da doutrina. A seguir, serão examinados os argumentos comumente utilizados para refutá-la.

a) Bis in idem

Argumenta-se que a imposição de indenização punitiva poderia gerar *bis in idem*, porquanto em determinadas situações poderia estar caracterizado ilícito penal. Todavia, tal fundamento não é capaz de afastar a convicção da possibilidade desta espécie de indenização. Como bem pondera André Gustavo Correa Andrade⁵¹, a sanção em pecúnia não possui as mesmas restrições que se observa em outras formas de punição. Ademais, uma mesma ação pode constituir infração civil e administrativa ou caracterizar um ilícito penal e administrativo, ou ainda, um ilícito penal e civil. O mesmo autor cita como exemplo a infração de direção de veículo automotor sem a habilitação necessária, causando perigo de dano.

Pela previsão normativa pátria, a conduta acima mencionada impõe penalidade criminal e também administrativa. Não há, portanto, qualquer restrição quanto a legalidade de se impor ao sujeito ativo da prática as duas formas de sanção previstas pelas normas positivadas. Há que se entender pela possibilidade de uma lesão ser de tal forma protegida pelo direito que enseje resposta de várias esferas jurídicas. Assim, nada impediria uma condenação criminal e uma pena administrativa. Como não deveria impedir uma condenação criminal e uma indenização punitiva.

b) Valores indenizatórios

Muito do que se percebe na resistência à aplicação da in-

⁵¹CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009.

denização punitiva diz respeito ao receio de que se observe no Brasil o que é noticiado pela imprensa acerca de indenizações milionárias fixadas especialmente nos Estados Unidos da América. Em primeiro lugar, importante pontuar que o que se aqui se defende não é aplicação dos *punitive damages* tal qual ocorre naquele país, como fundamentado anteriormente.

Realmente, muito se tem notícia sobre excessos em indenizações naquele país do *common law*. No entanto, em primeiro lugar, é digno de registro que lá as indenizações são muitas vezes fixadas por um júri, composto de pessoas do povo e sem a preparação técnica adequada. Este fenômeno nunca ocorreria no Brasil, posto que aqui o processo, desde o início, seria conduzido pelo magistrado, com sentença por ele proferida e com elementos técnico-jurídicos pertinentes. Ademais, é da cultura jurídica pátria o comedimento na fixação de valores indenizatórios, que nem de perto lembram o fenômeno ocorrente nos Estados Unidos da América.

Não fosse o suficiente, observa-se que também naquele país o controle exercido pelas Cortes de Justiça, revendo as decisões iniciais, alteram os valores que, em um primeiro momento, tenham sido empiricamente fixadas pelo júri popular, certo que já foram traçados parâmetros e limites legais para o estabelecimento dos *punitive damages*.

Neste caminho, não há que se falar em rejeição à aplicação de indenização punitiva pelo receio de que seja ela mal utilizada. Deverá, sim, haver a prudência e a cautela necessárias, com observância dos parâmetros de caracterização do dano imaterial apurado.

c) *Repercussão econômica da indenização punitiva*

Argumento frequentemente utilizado para combater a aplicação de indenização punitiva é a afirmação de que estaria, assim, sendo inviabilizada a atividade econômica, fragilizando a segurança econômico-financeira das empresas demandas.

Este argumento não se sustenta. Em primeiro lugar, o que se observa efetivamente é que, ao contrário do que mencionado, as empresas apontadas como grandes demandadas, notadamente instituições financeiras, empresas de telefonia e grandes fabricantes e fornecedoras de produtos assumem deliberadamente posições e ações capazes de causar dano imaterial já tendo a projeção de que, sendo acionadas judicialmente, o valor de eventual condenação não ultrapassaria o lucro obtido com a conduta lesante.

Isto ocorre, em primeira análise, porque, tomando-se por base o conceito clássico de responsabilidade civil, haveria, tão só, condenação em compensar o dano causado. Não fosse esse argumento suficiente, o percentual de lesados que acabam por se socorrerem do Poder Judiciário é inferior aos casos de dano. Assim, a perspectiva financeira de ganho é absolutamente vantajosa para aqueles que deliberadamente cometem essas ações danosas.

No mesmo sentido, a temida banalização do dano moral e a repercussão de um expressivo número de demandas sem real fundamento não podem ser fatores a inviabilizar a utilização da indenização punitiva. Como tudo que é novo, a tendência aos excessos é evidente. Mas, certamente, o Poder Judiciário deve estar preparado para reprimir ações temerárias, seja com indeferimento de ações infundadas, seja com aplicação das penalidades processuais civis adequadas.

Não fosse o suficiente as decisões dos tribunais brasileiros são reconhecidamente moderadas quando da definição do *quantum* indenizatório, havendo ainda a garantia do duplo grau de jurisdição e da revisão por parte dos tribunais superiores em caso de eventual inadequação valorativa.

d) Enriquecimento injustificado da vítima

O mais utilizado argumento para se tentar afastar a indenização punitiva é a afirmação de que não se pode admitir o enriquecimento sem causa da vítima. Essa resistência não pos-

sui razão de ser. Inicialmente porque o dano moral, por sua própria essência, não possuiu contrapartida patrimonial. Portanto, não pode assim ser apurado matematicamente para que se possa falar realmente em enriquecimento indevido. De fato, não seria admissível que se falasse em enriquecimento em caso de indenização por dano moral decorrente da morte de um ente querido. A dignidade humana e os direitos da personalidade não são mensuráveis. Assim, pouco razoável se falar em enriquecimento da vítima em caso de resposta a lesão a esses bens.

Ademais, até mesmo muitos daqueles que rejeitam a indenização punitiva, entendem absolutamente razoável a existência de conteúdo punitivo na indenização por dano moral. Se existe conteúdo punitivo capaz de influenciar na fixação da indenização, também aqui existiria fixação compensatória inadequada, certo que decorrente não só da mensuração do dano, mas também da conduta do ofensor.

A par de todas essas considerações, a situação pode ser observada sob outro prisma. Cite-se, como exemplo um caso deliberado de reiteração de ação danosa de um grande produtor que, projetando e calculando lucros e perdas, assume deliberadamente o risco de causar mais e mais danos aos consumidores, ciente de que, sendo acionado judicialmente, terá somente que compensar o dano. Nesse cenário, seria mais razoável que, entre o denominado enriquecimento da vítima e o enriquecimento ilícito de inescrupulosos agentes lesantes, se optasse por proteger a parte mais frágil dessa relação.

Da mesma forma, os interesses protegidos quando se aplica a indenização punitiva são, de tal ordem, relevantes, trazendo especialmente a consequência de prevenção geral, ou seja, desestimulando não só o agente como toda coletividade à prática de ações danosas, que, certamente, esta consequência se sobrepõe a qualquer argumentação de ilegítimo enriquecimento da vítima.

Com propriedade Maria Celina Bodin de Moraes⁵² ressalta que a sentença é ato idôneo e forte o bastante para legitimar o acréscimo patrimonial da vítima em decorrência de imposição de indenização punitiva, não havendo que se falar assim em enriquecimento injustificado.

Não há qualquer razão para se afirmar que o valor recebido pela vítima, em caso de indenização punitiva, corresponderia a uma loteria, dependendo tão só de sorte. Trata-se aqui de lesão a direito da personalidade, francamente colocado em posição de destaque pela Constituição Federal. Assim, o fato de haver um acréscimo patrimonial não pode ser tipo como ilegítimo e injustificável. Será ele decorrente de ação danosa, duramente repelida pelo ordenamento jurídico.

8. FORMAS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA POR DANO MORAL

a) *Fundamentação da decisão judicial*

Para se fixar a indenização punitiva, deve-se ter em foco, em primeiro lugar, a necessidade da fundamentação de todas as decisões judiciais, como estabelecido constitucionalmente. Disso não pode se afastar, até mesmo para se precisar quais os parâmetros e critérios utilizados pelo magistrado e viabilizar o exercício de recurso e reexame da questão. Ao julgador impõe-se o dever de objetivamente apontar os elementos e os caminhos que percorreu para a delimitação do *quantum*. Assim, para fixação de indenização punitiva o juiz deverá ter em mente os objetivos dessa forma de indenização. O fim almejado é a prevenção de novas condutas, seja por parte daquele que agiu, no caso concreto, causando o dano, seja pela coletividade, que observará a resposta estatal ao ofensor e, em última análise, a punição da ação danosa.

⁵²MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

Não se pode admitir fundamentação genérica, com bases abstratas e imprecisas. Deve o magistrado descrever todo o caminho percorrido, indicando claramente os elementos valorados e a forma pela qual chegou a determinada quantia. Com essa forma de fixação é possível precisar todos os elementos componentes da decisão, todos os fatores que tiveram relevo para compor o montante estabelecido. Na fundamentação, devem ser observados vários elementos e cada situação específica indicará a necessidade de se precisar ainda outros.

b) Grau de culpa e dolo, extensão do dano e bem juridicamente protegido

A indenização punitiva deve ser aplicada com exame e foco direcionado à conduta do ofensor, de modo que a avaliação do grau de culpa é extremamente importante para a fixação do *quantum*. Alguém que agiu dolosamente deve receber resposta estatal mais grave do que outrem que agiu com culpa. Quem atuou de forma premeditada deve ser mais severamente apenado do que aquele que agiu por impulso. Aquele que reitera inúmeras vezes a prática do ato deve ser mais fortemente atingido do que quem age de forma danosa uma única vez.

Assim, para a definição de montante, o magistrado deverá avaliar detidamente o especial agir do ofensor para precisar com adequação os valores que lhe serão impostos a título de indenização punitiva. A extensão do dano e o bem juridicamente protegido também exigem percuciente exame. Por certo, deve-se dar maior relevo e proteção quando atingida a vida do que quando atingida a honra da vítima. Assim, na fundamentação para o estabelecimento dos parâmetros e do *quantum* a ser aplicado, deve ser feita uma graduação da dimensão do dano e da grandeza do bem atingido.

c) Situação econômica do agente e lucro vislumbrado com a ação lesiva

Na fixação da indenização punitiva é extremamente importante a avaliação da capacidade econômica do agente. Isto

porque observado o objetivo de especial prevenção, deve o montante ser de tal ordem que possa coibir ações semelhantes. O valor deve ser prudentemente arbitrado, sendo capaz de ser expressivo e ao mesmo tempo não ser extraordinário que inviabilize o pagamento ou traga real desfalque financeiro. Deve, assim, representar uma advertência, alertando que a conduta não é aceita e será coibida..

Deve ser avaliado, ainda, o lucro obtido ou previsto pelo agente com a ação danosa, pois quanto a este ponto, de especial relevância que a aplicação de indenização punitiva possa desestimular a ação daqueles que premeditadamente agem causando dano na perspectiva de que, sendo responsabilizados, terão que arcar tão só com valores compensatórios.

d) Condições específicas da vítima

Extremamente importante o exame das condições pessoais da vítima, como sua formação educacional e profissional, seu ambiente social, sua capacidade mental. Isto permitirá ao aplicador da norma uma avaliação da conduta da vítima e de suas circunstâncias, influenciando assim no julgamento do proceder do ofensor. No entanto, como bem observa André Gustavo Corrêa Andrade⁵³, não se deve levar em conta a condição econômica da vítima, sob pena de se trazer cunho discriminatório a fixação, além de não contribuir para que seja atendida a consequência punitiva e preventiva da indenização.

Nesse caso, como registra o citado autor, cairia por terra qualquer intenção de prevenção, caso a vítima possuísse baixo poder econômico e, por isso, fosse fixada indenização insignificante àquele que possui amplo poderio econômico-financeiro.

e) Possibilidade de tarifação da fixação indenizatória

A fixação de valores indenizatórios, especialmente nesta seara, quando se trata de dano imaterial e de indenização punitiva, traz inegável carga de dificuldade. Como estabelecer o

⁵³CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

valor ao dano? Como se precisar o que seria real punição? Como saber que se está atingindo a finalidade preventiva? Em razão desse dilema aventa-se para a possibilidade de criação de valores preestabelecidos, de estipulação de montantes de indenização e de parâmetros fixados em lei. Todavia, que esta forma de tabelamento pode ser tida como é inconstitucional. É que a Constituição Federal não prevê esta limitação. Ao contrário, prevê a recomposição integral que nunca poderá ser objeto de estipulação prévia, observado inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade.

No entendimento de Rodrigo Mendes Delgado⁵⁴, a tarifação indenizatória não seria adequada, porque seria mesmo impossível prever todas as situações de ocorrência de dano moral, pela própria complexidade das relações sociais. Ademais, ressalta o autor que a previsibilidade do valor a ser pago seria fator de estímulo para aquele que pretende a prática do ato e já tem conhecimento prévio do valor que lhe será imposto em eventual condenação. Não fosse o suficiente o tabelamento engessa a avaliação particularizada das situações apresentadas em juízo e direciona as decisões, podendo ser mecanismo de abuso e injustiça.

f) Parcelas indenizatórias distintas e destinadas a beneficiários diferentes

A fixação da indenização punitiva por meio de estabelecimento de montantes nitidamente separados é defendida por alguns doutrinadores. Neste sentido, importante registrar o entendimento de André Gustavo Corrêa Andrade⁵⁵. Segundo ele, quando constatada situação caracterizadora de aplicação de indenização punitiva, é importante que o juiz faça detalhadamente a separação dos montantes. Fundamenta seu ponto de vista, alegando que deve ser fixado o valor compensatório e,

⁵⁴DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 3 ed. J.H. Mizuno..2011.

⁵⁵CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

em parcela destacada, definido o montante punitivo com todos os elementos que levaram ao atingimento do *quantum* fixado pelo magistrado.

As parcelas destacadas, destinadas à vítima, trariam a transparência ao julgado, permitindo as impugnações e recursos necessários, privilegiando o devido processo legal e a ampla defesa, e precisando a ação irregular que, por suas características específicas, ensejou compensação e punição. Com efeito, a cada dia, vem tomando corpo a ideia de que realmente as parcelas devem ser estabelecidas de forma separada, mas a parcela de indenização punitiva deverá ser destinada não à vítima e sim a instituições que exerçam função pública. Justificam os autores esse entendimento, asseverando que o dano atinge indiretamente a coletividade que rechaça a conduta e deve receber a indenização respectiva.

Segundo esse entendimento, sendo o valor fixado com o escopo de punir e prevenir novas condutas, o destinatário do montante deveria ser outrem que não a vítima, deveria ser a própria sociedade que foi, por reflexo, atingida pela ação danosa e, que pelo exercício da função estatal, repele a conduta lesiva, impondo dever de indenizar. Deveria a coletividade, representada por fundos e instituições que exerçam função pública, receber os montantes que beneficiariam a todos e auxiliariam especialmente na prevenção de novos danos. Nesse caso, a vítima receberia o valor compensatório e também receberia o valor punitivo em reflexo, como elemento integrante da própria coletividade que se beneficiará do valor pedagógico.

À resistência de outra destinação que não à vítima, os defensores desta corrente doutrinária afirmam que já existe previsão análoga no direito civil pátrio. Realmente, dispõe o Código Civil em seu art. 883 e parágrafo único⁵⁶ que aquele que deu

⁵⁶Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

algo para obter fim ilícito, imoral ou vedado em lei não terá direito a recebê-lo em retorno e o valor dado será destinado pelo juiz para local de beneficência.

Nessa mesma direção, estabelece a Lei de Ação Civil Pública⁵⁷, em seu art. 13⁵⁸, que a indenização por dano causado será revertida a fundo gerido por conselho Federal ou Estadual e os recursos serão destinados a recomposição dos bens lesados. A citada lei disciplina as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e à ordem urbanística.

Assim, segundo essa corrente, deve ser feita interpretação analógica, observada a abrangência que deve ser dada à função social aos institutos jurídicos, nos termos do que estabelece o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Também sustentando a possibilidade de destinação da parcela punitiva a ou-

⁵⁷Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

⁵⁸ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.

trem esclarecem os seus defensores que de acordo com o próprio princípio da igualdade previsto pela Carta Magna não poderia a vítima receber o que deveria ser destinado à coletividade, certo que a ela se dirige a função precípua de prevenção e, portanto, da necessidade de punição.

Refutando a afirmação de que a sentença seria *extra petita*, pois condenaria o ofensor a algo não pleiteado pelo autor da ação, afirmam os defensores desta corrente doutrinária que a prevenção de danos é matéria ordem pública. Poderia o juiz, assim, conhecer dessas questões de ofício, sem necessidade de iniciativa ou pedido específico da parte.

De fato, sendo vislumbrada, da narrativa e do contexto probatório, ação de ofensa à boa-fé objetiva, ação de desrespeito evidente a bens e direitos, ações dolosas, cabe, sim, ao Estado-juiz agir de ofício, coibindo a conduta e impingindo ao ofensor não só a obrigação de compensar o dano, mas também o dever de arcar com parcela punitiva que terá o condão de impedir a repetição de ações danosas deliberadamente cometidas. Está presente evidente interesse social na ação do Estado-juiz, visando à consolidação de relações jurídicas pautadas na ética e na moralidade.

9. JULGADOS DOS TRIBUNAIS

É inegável que parcela expressiva da jurisprudência brasileira se manifesta reconhecendo o caráter punitivo da indenização por dano moral. Não são em outro sentido as seguintes decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reconhecem a necessidade de, quando do arbitramento do montante indenizatório, observar-se a função punitiva da medida.

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PESSOA JURÍDICA QUE INCLUIU O NOME DO DEVEDOR. LEGITIMIDADE. PRÉVIA COMUNICAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DANO . VERIFICAÇÃO. QUANTUM INDENI-

ZATÓRIO. MAJORAR. A pessoa jurídica que efetuou a inscrição do nome da parte em listas de restrição de crédito é parte legítima para figurar o pólo passivo da lide. É obrigação do credor, bem como do órgão responsável pela manutenção do cadastro, informar previamente ao consumidor, acerca da inscrição do seu nome em listas de restrição ao crédito. A indevida inscrição em cadastro de inadimplentes gera direito à indenização por dano moral. A reparação moral tem função compensatória e punitiva. A primeira, compensatória, deve ser analisada sob os prismas da extensão do dano e das condições pessoais da vítima. A finalidade punitiva, por sua vez, tem caráter pedagógico e preventivo, pois visa desestimular o ofensor a reiterar a conduta ilícita. O montante da indenização, por danos morais, deve ser suficiente para compensar o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem, com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento. Como o valor arbitrado não foi adequado o mesmo deve ser majorado. (TJMG, Apelação Cível 1.0027.11.025335-9/001. Relator: Desembargador Tibúrcio Marques, julgado em 19/03/2013, publicado em 27/09/2013).

APELAÇÃO CÍVEL . PRELIMINAR . INCOMPETÊNCIA. ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REJEIÇÃO. É da Justiça Estadual a competência para julgar pedido de indenização por danos sofridos pelo prestador de serviços de natureza autônoma (empreitada), que não encerram relação de emprego e, assim, não atraem a competência da Justiça do Trabalho. INDENIZAÇÃO - AGRESSÃO VERBAL E FÍSICA. VALORAÇÃO DA PROVA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. DANO MORAL. CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. NECESSIDADE A discordância da parte apelante em relação à valoração que foi dada à prova produzida não serve como fundamento ao provimento do recurso, dado o princípio do livre convencimento motivado do juiz previsto no art. 131 do CPC. A pessoa que se dirige a outra com palavras ofensivas e agressões físicas, comete ato ilícito, infringindo direitos integrantes da personalidade, devendo responder pelos danos morais daí advindos. A indenização por dano moral deve ser arbitrada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre

com moderação, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que o quantum arbitrado se preste a atender ao caráter punitivo da medida e à recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. (TJMG, Apelação Cível 1.0686.10.000698-6/0010006986-63.2010.8.13.0686 (1), Relator Desembargador José de Carvalho Barbosa, julgado em 14/03/2013, publicado do DJE em 23/03/2013).

No mesmo sentido, também decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que imperiosa a observância do caráter pedagógico punitivo para fixação da indenização.

APELAÇÃO CIVEL E RECURSO ADESIVO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE. O reconhecimento à compensação por dano moral exige a prova de ato ilícito, a demonstração do nexos causal e o dano indenizável que se caracteriza por gravame ao direito personalíssimo, situação vexatória ou abalo psíquico duradouro que não se justifica diante de meros transtornos ou dissabores da relação jurídica civil. A devolução indevida de cheque constitui falha na prestação de serviço bancário que à falta de excludente enseja reparação. DANO MORAL. QUANTIFICAÇÃO. O valor da condenação por dano moral deve observar como balizadores o caráter reparatório e punitivo da condenação. Não há de que incorrer em excesso que leve ao enriquecimento sem causa, tampouco em valor que descure do caráter pedagógico-punitivo da medida. A sentença que fixa indenização em valor excessivo merece reparo. RECURSO DA PARTE RÉ DESPROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO. RECURSO DA PARTE AUTORA PREJUDICADO. (TJRS, Décima Oitava Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70055908032, Relator: Desembargador João Moreno Pomar, Julgado em 26/09/2013).

Importante o registro que, como se observa dos julgados, há sempre menção à prudência e razoabilidade na fixação dos valores, corroborando o que fundamentado, no sentido de que

tradicionalmente os julgados brasileiros, mesmo reconhecendo da função punitiva da indenização, não se pautam por decisões extremas, com valores excessivos.

No mesmo caminho, o Superior Tribunal de Justiça registra, no acórdão colacionado a seguir, que a conduta dolosa do agente deve ser valorada para alicerçar fixação indenizatória com caráter punitivo e pedagógico:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ATOS DOLOSOS. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPESATÓRIO DA REPARAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO INDEXADOR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 475-J DO CPC. VIOLAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado.

2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação.

3. Nesse contexto, mostra-se adequada a fixação pelas instâncias ordinárias da reparação em 950 salários mínimos, a serem rateados entre os autores, não sendo necessária a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais, salvo quanto à indexação.

4. É necessário alterar-se o valor da reparação apenas quanto à vedada utilização do salário mínimo como indexador do quantum devido (CF, art. 7º, IV, parte final). Precedentes.

5. A multa do art. 475-J do CPC só pode ter lugar após a prévia intimação do devedor, pessoalmente ou por intermédio de seu advogado, para o pagamento do montante indenizatório. Precedentes.

6. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, Quarta Turma, REsp. 1300187/MS, Relator Ministro Raul Araújo,

julgado em 17/05/12, publicado no DJ em 28/05/12).

Apesar de já estar registrada essa uma nova feição da indenização por dano moral, importante colacionar parte da sentença proferida pelo juiz Fabrício Simão da Cunha Araújo, em sede de Juizados Especiais, no Estado de Minas Gerais, reconhecendo a indenização punitiva e fixando parcelas distintas de indenização.

PROCESSO: 9000410.73.2012.813.0024 TJMG

[...] Nos casos de significativa reprovabilidade da conduta da parte ré, o valor a ser pago decorrente do dano moral se mede pela consideração da dimensão compensatória e pela dimensão inibitória da reparação.

Na primeira, deve-se ponderar a extensão do dano, de acordo com o valor do bem jurídico afetado na tábua axiológica da Constituição da República e também as condições pessoais da vítima antes e depois da lesão.

Na segunda, calcado na teoria do valor do desestímulo, deve-se ponderar a reprovabilidade da conduta do causador do dano e as suas condições financeiras, para que o *quantum* sirva de meio pedagógico ao condenado para não reiterar a conduta ilícita.

Esta concepção não viola o princípio da *restitutio in integrum* previsto no artigo 944 do Código Civil de 2002. É que, conforme lecionam Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler, este dispositivo legal *incide só em danos patrimoniais, pois não há como mensurar monetariamente a extensão do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica traduzida em valores monetários* [1].

Ademais, ainda que não fosse por este primeiro argumento, tem-se que os direitos fundamentais, além da dimensão subjetiva clássica de proteção de situações individuais, também instituem uma ordem objetiva de valores fundamentais, *bases fundamentais da ordem jurídica*[2] ou *as bases da ordem jurídica da coletividade*[3] que torna de interesse geral da sociedade o seu respeito e a sua satisfação.

Nesse sentido é o entendimento de Daniel Sarmiento, Konrad Hesse, Paulo Bonavides[4] e Suzana de Toledo Barros[5], dentre outros.

Assim, quando se configuram condutas abusivas, ne-

gativamente exemplares, há uma ofensa não só ao acervo jurídico pessoal do consumidor quanto ao acervo jurídico social que erigiu a proteção ao consumidor e à dignidade humana ao patamar de valores fundamentais para o convívio social saudável (artigos 1º, III e 5º, XXXII da Constituição da República).[...]

Sendo assim, na primeira fase da quantificação, consideradas as peculiaridades do caso já abordadas, entendo que, observado o disposto no artigo 6º, da Lei 9.099 de 1995, o valor da parcela compensatória da reparação por danos morais deve ser arbitrado em R\$ 6.000,00 para cada autor.

Na segunda, analisando a reprovabilidade da conduta da(s) parte(s) ré(s), tem-se que a parte ré descumpriu suas obrigações contratuais frente ao consumidor e aquelas impostas pela ANAC, especificamente as dispostas na Resolução ANAC n° 141/2010, artigos 7º, § 1º e 8º, I, a. Não houve comunicação tempestiva do cancelamento nem assistência material, configurando-se, portanto, infração às condições gerais de transporte cometendo infração (art. 302, III, u da Lei n° 7.565/86 e artigo 19 da Resolução n° 141/2010).

Ademais, relevante a violação do princípio da boa-fé objetiva, na esteira do qual (artigo 422 do Código Civil de 2002), as partes contratantes tem os deveres anexos de prestar informações claras e adequadas, de cooperação para que a relação contratual atinja seus objetivos e de proteção à integridade física, psíquica e patrimonial do outro contratante.

Na quantificação do valor também se deve levar em conta as elevadas condições econômicas da(s) parte(s) ré(s) e o número de consumidores afetados.

Neste diapasão, considerados os fundamentos expostos, em atenção ao grau de sua culpa e às condições econômicas da(s) parte(s) ré(s), o valor da parcela pedagógica da reparação por danos morais deve ser arbitrado em R\$ 12.000,00.[...]

Também as Turmas Recursais e Câmaras Cíveis dos Tribunais de Justiça brasileiros vêm se pronunciando, em julgados, pelo reconhecimento da indenização punitiva, com fixação de montante bifurcado, definindo parcela compensatória a ser destinada a vítima e parcela punitiva direcionada a instituições e fundos públicos. Verifica-se, assim, um caminhar progressivo

da jurisprudência brasileira no sentido de pôr em relevo não só a necessidade de imposição de valor compensatório, quando da constatação do dano moral, mas, especialmente, a necessidade de fixação de montante capaz de atingir a finalidade preventiva, desestimulando o autor do dano e os outros integrantes da sociedade, pela convicção de que a resposta do Estado-juiz será de rejeição, censura e punição à ação danosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da responsabilidade civil, com interpretação clássica e conservadora, mostra-se, muitas vezes, ineficaz como instrumento de aplicação do direito e concretizador da justiça. Na verdade, não se pode contentar, nos dias atuais, com uma interpretação que viabilize, tão só, uma mera compensação, quando os agentes danosos, por firmados na pretensa proteção legal, a utilizam como escudo e autorização para reiterarem práticas ilícitas, certo que a imposição de compensação, por si só, lhes será muito mais vantajosa do que deixarem de agir de forma a causar dano a outrem.

Importa registrar que, no que toca ao dano moral, há clara indicação de que deverá o aplicador do direito se valer da imposição de sanção em caso de descumprimento do dever de não lesar a esfera imaterial de outrem, observado o princípio da dignidade humana. Só assim, estará a responsabilidade civil desempenhando nova função ou, mais propriamente, sendo utilizada com a finalidade que dela espera a sociedade atual: a função de procurar equilibrar o que afetado pelo dano, com compensação, certo que inviável o retorno a situação anterior, e, também, com a função de punir e prevenir lesões futuras, o que, em última análise, vem a ter caráter compensatório de maior amplitude e abrangência.

Visualizar e admitir a função punitiva da indenização por dano moral é exigência social, desencadeada pela evolução das

relações humanas, observada a sua complexidade e a necessidade de tutela dos direitos da personalidade pelo ordenamento jurídico. Interpretar a possibilidade de punição com seu verdadeiro sentido de prevenção propiciará a que se chegue com mais segurança e eficiência à prevenção do dano, que é, em verdade, o que se objetiva.

A mudança de paradigma com relação ao instituto da responsabilidade civil deve ser observada como avanço da proteção jurídica aos bens imateriais tutelados. Deve ser tomada com coragem e desapego, sempre tendo em mente que o direito deve atuar como porto seguro para os anseios e inseguranças sociais. Observada a maior complexidade da vida moderna e das relações interpessoais, deve-se atribuir novo papel à responsabilidade civil, capaz a dar solução mais efetiva aos conflitos sociais, protegendo os direitos da personalidade e atendendo ao fim maior do direito e da justiça que é pacificar os conflitos sociais.



REFERÊNCIAS

a) DOUTRINA

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo. Atlas, 2008.

CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2009.

- DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele?* 3ª ed. Leme: J.H. Mizuno, 2011.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*. R. CEJ, Brasília, n. 28, jan.mar.2005.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português II, Direito das obrigações*. Tomo III. Lisboa: Almedina, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. *A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- PIZARRO, Ramón Daniel. *Danõ Moral*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. tomo 26. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. responsabilidade civil*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua*

reparação civil. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral, 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

b) JURISPRUDÊNCIA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, REsp. 1300187/MS, Relator Ministro Raul Araújo, julgado em 17/05/12, publicado no DJ em 28/05/12. Disponível a partir de <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 30/09/2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, Apelação Cível 1.0027.11.025335-9/001. Relator: Desembargador Tibúrcio Marques, julgado em 19/03/2013, publicado em 27/09/2013. Disponível a partir de <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 30/09/2013.

_____. Apelação Cível 1.0686.10.000698-6/001 0006986-63.2010.8.13.0686 (1), Relator Desembargador José de Carvalho Barbosa, julgado em 14/03/2013, publicado do DJE em 23/03/2013. Disponível a partir de <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 30/09/2013.

_____. Processo n 9000410.73.2012.813.0024. Sentença publicada nos autos em 01/06/2012. Juiz Fabrício Simão da Cunha Araújo

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Décima Oitava Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70055908032, Relator: Desembargador João Moreno Pomar, Julgado em 26/09/2013. Disponível a partir de <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 30/09/2013.