

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Leonardo Hayashi

**A INAPLICABILIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO POR
DANO MORAL**

**PORTO ALEGRE
2012**

LEONARDO HAYASHI

**A INAPLICABILIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO POR
DANO MORAL**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial
para a obtenção do grau de bacharel
em Ciências Jurídicas e Sociais do
curso de Graduação da Faculdade
de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul.**

**Orientador: Prof. Dr. Luis Renato
Ferreira da Silva.**

PORTO ALEGRE

2012

LEONARDO HAYASHI

**A INAPLICABILIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO
BRASIL**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial
para a obtenção do grau de bacharel
em Ciências Jurídicas e Sociais do
curso de Graduação da Faculdade
de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul.**

**Orientador: Prof. Dr. Luis Renato
Ferreira da Silva.**

Aprovada em 18 de dezembro de 2012-12-11

BANCA EXAMINADORA:

**Professor Dr. Luis Renato Ferreira da Silva
Orientador**

Professor Dr. Cesar Santolim

Professor Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

RESUMO

Este estudo visa a expor os principais argumentos contra a aplicação da função punitiva do dano moral pelo ordenamento jurídico pátrio, demonstrando, através de uma análise da origem das *punitive damages* da *common law* e da sua evolução até os dias de hoje, o grande número de incompatibilidades que pode decorrer da má aplicação de um instituto jurídico estrangeiro, oriundo de um sistema legal em tantos aspectos diferente do nosso. O estudo do dano moral e seu desenvolvimento pela doutrina e jurisprudência majoritárias deixa transparecer a sua inadequada utilização, tanto pela ausência de previsão legal no ordenamento pátrio, como porque incompatível a ideia de sanção no âmbito civil, despojada das várias garantias que só o processo penal pode proporcionar.

Palavras-chave: Dano moral. *Punitive damages*. Função punitiva. Inaplicabilidade.

ABSTRACT

This work intends to demonstrate the main arguments against the enforcement of punitive damages in Brazil by exposing the great number of incompatibilities that can occur from the wrong application of a foreign legal institute from a legal system that is in so many ways distinct from ours, which it will do through the analysis of Common Law punitive damages doctrine and its evolvement until today. The study of general damages and its development by the majority of the scholars and the courts manifests its inappropriate usage, both by the absence of legal prediction and by the inadmissibility of punishment inflicted by a civil court, which lacks the various guarantees provided only by criminal procedure.

Keywords: Tort Law. Punitive damages. Punishment. Incompatibility.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	6
2. A DOUTRINA DAS PUNITIVE DAMAGES NORTE-AMERICANA	7
2.1. DEFINIÇÃO E PROPÓSITO	7
2.2. ORIGENS E EVOLUÇÃO DAS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	10
2.3. CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DAS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> SEGUNDO A DOUTRINA NORTE-AMERICANA.....	16
3. A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO BRASIL	21
3.1. DO DANO MORAL E SUA EVOLUÇÃO.....	21
3.2. DAS FUNÇÕES ATRIBUÍDAS À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL....	28
3.3. A ATUAL TUTELA JURISDICIONAL DO DANO MORAL.....	33
4. DA INAPLICABILIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO BRASIL	43
4.1. DAS TUTELAS CIVIL E PENAL.....	43
4.2. A SANÇÃO NO ÂMBITO CIVIL E A VIOLAÇÃO A DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	49
5. CONCLUSÃO	60
6. REFERÊNCIAS	63

1. INTRODUÇÃO.

Optou-se, primeiramente, por razões didáticas, definir *punitive damages* segundo o Direito norte-americano, tecendo breves considerações acerca do ramo da *tort law* – responsabilidade civil, bem como os propósitos a que se destina, ilustrando-se a teoria com a citação de alguns julgados mais notáveis na área. Passou-se, então, a investigar as origens desse instituto, que já era empregado, de forma mais primitiva, obviamente, por ordenamentos jurídicos babilônicos, hebraicos e indianos. Modernamente, todavia, coube à Inglaterra a retomada de sua utilização, cujos precedentes foram adotados pelas cortes norte-americanas, onde ganhou grande prestígio. Por fim, explicitou-se os critérios adotados por aquele país e considerados como os mais adequados, segundo sua Constituição, restando evidente que se trata, ainda, de assunto tormentoso.

Na segunda parte deste trabalho, é exposta doutrina pátria acerca do dano, acerca de sua patrimonialidade ou extrapatrimonialidade, e, mais especificamente, apresentados estudos e conclusões de alguns autores sobre o dano moral, sua indenizabilidade e quantificação. Segue-se a isso uma verificação das funções atribuídas à indenização através da análise dos ensinamentos de variados autores, culminando na análise de algumas decisões oriundas de diferentes instâncias judiciais para a compreensão da prática hodierna.

O capítulo final expõe argumentos contra a utilização da função punitiva do dano moral fundado na separação entre as esferas cível e penal e na impossibilidade de infligir pena no âmbito civil pela falta de garantias que somente o processo penal pode assegurar.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que equivocada a prática, inexistente base legal para tanto e que, além disso, em desacordo com ditames constitucionais.

2. A DOCTRINA NORTE-AMERICANA DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA.

2.1. DEFINIÇÃO E PROPÓSITO.

A parte da doutrina Americana que trata da responsabilidade civil – *tort law* – faz distinção entre algumas categorias de indenizações. Existem as indenizações propriamente ditas – *compensatory damages* – medidas na extensão do dano real, que se incumbem de restabelecer, na medida do possível, o *status* anterior ao ilícito praticado. Esse gênero se subdivide, ainda, em duas espécies: as indenizações por danos materiais – *special damages* – que são mais facilmente quantificáveis, ou seja, há maior facilidade em determinar o real valor do dano, como uma janela quebrada ou uma porta de carro amassada, e as indenizações por danos morais – *general damages* – que tratam de compensar o reclamante por aspectos não monetários que acompanham o ilícito, referentes a eventuais sofrimentos físicos ou emocionais.

As indenizações punitivas – *punitive damages* – são diferentes das *compensatory damages* porque não se baseiam no dano em si, mas concedidas em adição a estas. Trata-se de censurar uma conduta considerada ultrajante e de dissuadir o autor de praticá-la novamente – prevenção especial – assim como de desencorajar outros de perpetrar condutas similares no futuro – prevenção geral.¹ Elas têm, portanto, caráter punitivo-pedagógico.

Como dito no caso *Wilkes v. Wood*²:

[...] damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding

¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal: parte geral**. Vol. 1. 11ª ed, revista e atualizada de acordo com a Lei 11.343/2006 (nova lei de drogas). São Paulo: Saraiva. 2007. p. 359. “A pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição).”

² 98 *English Reports* 489. p. 498-499. *C.P.* 1763. *apud* JIA FEI, Jessica. **Awards of punitive damages**. USA, New York. *Juris Publishing, Inc.* 2003.

for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself.
[...]³

A função de punição e de dissuasão foi consolidada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) como função primordial das *punitive damages*:

Punitive damages are awarded in the jury's discretion to punish [the defendant] for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future. The focus is on the character of the tortfeasor's conduct – whether it is of the sort that calls for deterrence and punishment over and above that provided by compensatory awards. If it is of such a character, then it is appropriate to allow a jury to assess punitive damages ... To put it differently, society has an interest in deterring and punishing all intentional or reckless invasions of the rights of others, even though it sometimes chooses not to impose any liability for lesser degrees of fault.⁴

Tais finalidades são especialmente levadas em consideração quando outras medidas de reparação do dano e um prospecto improvável de persecução penal são, juntos, insuficientes para prevenir uma conduta ilícita por parte de um indivíduo ou entidade. Ausente a intimidação causada pelas *punitive damages*, o réu teria pouco ou nenhum incentivo para cessar a sua conduta ilícita ou prejudicial.

Essa espécie de indenização é concedida apenas em casos de práticas de ilícitos particularmente censuráveis, a par das indenizações por danos morais e materiais. Ela é admitida em quase todos os estados dos EUA à exceção de *Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire* e *Washington*. Algumas jurisdições, todavia, admitem a sua concessão ainda que inócua qualquer dano.

O instituto em questão se baseia na teoria de que tanto interesses da sociedade e do indivíduo prejudicado podem ser satisfeitos através da imposição de uma indenização adicional ao praticante do ilícito. Trata-se de entendimento pacífico das cortes norte-americanas de que a indenização punitiva, a despeito de suas

³ [...] indenizações são arbitradas não somente como reparação para quem sofreu o dano, mas também como punição para o culpado, para dissuadi-lo de condutas semelhantes no futuro, e como prova do repúdio da conduta em si pelo júri. [...]. (tradução nossa).

⁴ [...] *punitive damages* são concedidas a critério do júri para punir o réu por sua conduta ultrajante e para dissuadi-lo, assim como a outros como ele, de condutas similares no futuro. O foco está no caráter da conduta do causador do dano – se passível de dissuasão e de punição além das providas pelos *compensatory damages*. Se esse é o caso, então é apropriado permitir ao júri avaliar *punitive damages* [] Em outras palavras, a sociedade tem interesse em punir e dissuadir todas as violações intencionais ou culposas de direitos alheios, ainda que, por vezes, escolha-se não impor nenhuma responsabilidade em graus menores de culpa. (tradução nossa).

funções de punir e prevenir, é instituto consagrado de direito civil, não se confundindo com o direito penal.

A intenção não é de recompensar a vítima. A realidade, entretanto, é a de que é ela, de fato, quem recebe o resultado da punição imposta ao agente. Alguns argumentam que é o demandante quem deve receber as *punitive damages* por causa da quantidade de tempo, dinheiro e esforço expendidos para obter tal veredito. O objetivo da lei, todavia, é o de restaurar o que foi danificado até a sua integridade e, não, o de recompensar por uma litigância zelosa. Comumente, o autor recebe o dano "porque não há mais ninguém para recebê-lo".⁵

Um famoso exemplo de aplicação da indenização punitiva foi a ação judicial Liebeck contra McDonalds, referente a direito do consumidor, de 1994, que ficou conhecida como "o caso do café do McDonalds". A demandante de 79 anos tentou adicionar açúcar ao seu café quando passava pelo *drive-thru* da lanchonete, posicionando o copo entre os seus joelhos, quando, acidentalmente, derramou todo o conteúdo em seu colo. Ela sofreu queimaduras de terceiro grau, teve de permanecer no hospital e passou por dois anos de tratamento médico. Os seus advogados descobriram que o café servido pelo McDonalds era de quinze a trinta graus mais quente que o café servido em outros estabelecimentos congêneres. Médicos testemunharam que leva-se apenas de dois a sete segundos para a ocorrência de queimaduras de terceiro grau. O júri estipulou a indenização por danos morais e materiais em \$ 200 mil, reduzidos para \$ 160 mil pelo Tribunal, mais uma indenização punitiva de \$ 2,7 milhões de, reduzida para \$ 480 mil pelo Tribunal.

Outro caso famoso é o de Grimshaw contra Ford Motor Co, em que o tanque de armazenamento de gasolina de um dos modelos produzidos pela Ford explodiu quando outro carro colidiu em sua traseira. O motorista do primeiro carro sofreu graves queimaduras e faleceu. O indivíduo que estava no assento do carona sofreu queimaduras em toda a extensão do corpo, que o desfigurou permanentemente. O passageiro e os herdeiros do motorista ajuizaram ação contra a Ford, tendo as evidências mostrado que a Ford tinha conhecimento de que o tanque de combustível apresentava defeito de *design* e que, mesmo assim, decidiu oferecer o veículo no

⁵ *Shepherd Components, Inc. v Brice Petrides-Donohue & Assocs., Inc.* (Iowa 1991) 473 NW2d p. 612- 619 *apud* COTCHETT, Joseph W. and MOLUMPBY, Mark C. ***Punitive Damages: How Much Is Enough?***. Civil Litigation Reporter. Vol. 20, Number 1. *University of California, Berkeley, CA, USA*. 1998.

mercado sem sanar o problema. O júri arbitrou as indenizações por danos morais e materiais em \$ 3.5 milhões e a indenização punitiva em \$ 125 milhões, que foi reduzida para \$ 3.5 milhões.

2.2. ORIGENS E EVOLUÇÃO DAS *PUNITIVE DAMAGES*.

As origens das *punitive damages* podem ser rastreadas até sistemas legais antigos, como o Livro do Êxodo, na Bíblia, no Código de Hamurabi, há 4000 anos, da Babilônia, nas Leis Hititas, de 1400 a.C., na *Hebrew Covenant Code of Mosaic Law*⁶, de 1200 a.C, e no Código de Manu⁷, de 200 a.C.

O Livro do Êxodo, por exemplo, no capítulo 22, diz que:

Se alguém furtar um boi (ou uma ovelha), e o matar ou vender, por um boi pagará cinco bois, e por uma ovelha quatro ovelhas.

.....
Se alguém fizer pastar o seu animal num campo ou numa vinha, e se soltar o seu animal e este pastar no campo de outrem, do melhor do seu próprio campo e do melhor da sua própria vinha fará restituição.

.....
Em todo caso de transgressão, seja a respeito de boi, ou de jumento, ou de ovelhas, ou de vestidos, ou de qualquer coisa perdida de que alguém disser que é sua, a causa de ambas as partes será levada perante os juizes; aquele a quem os juizes condenarem pagará o dobro ao seu próximo.

[...]

Ainda, o Código de Hamurabi:

[...]

If a judge try a case, reach a decision, and present his judgment in writing; if later error shall appear in his decision, and it be through his own fault, then he shall pay twelve times the fine set by him in the case, and he shall be

⁶ Não foi possível localizar a nomenclatura correta no vernáculo.

⁷ O Código de Manu é parte de uma coleção de livros bramânicos, enfeixados em quatro compêndios: o *Mahabharata*, o *Ramayana*, os *Puranas* e as *Leis Escritas de Manu*. Inscrito em sânscrito, constituiu-se na legislação do mundo indiano e estabelece o sistema de castas na sociedade Hindu. Redigido entre os séculos II a.C. e II d.C. em forma poética e imaginosa, as regras no Código de Manu são expostas em versos. Cada regra consta de dois versos cuja metrificação, segundo os indianos, teria sido inventada por um santo eremita chamado Valmiki, em torno do ano 1500 a.C.

publicly removed from the judge's bench, and never again shall he sit there to render judgement.⁸

.....
 If any one steal cattle or sheep, or an ass, or a pig or a goat, if it belong to a god or to the court, the thief shall pay thirtyfold therefor; if they belonged to a freed man of the king he shall pay tenfold []⁹

[...]

A *common law* inglesa reconheceu as *punitive damages* pela primeira vez em *Huckle v. Money*¹⁰, tendo a corte de Huckle entendido que esse tipo de indenização compensava o querelante por males como sofrimento mental, dignidade ferida e sentimentos ofendidos, assim como servia ao propósito de punir o réu por uma má conduta flagrante. Trata-se de um caso julgado em 1763, em que o *Lord* Halifax, Secretário de Estado, concedeu mandados para apreender prensas e para prender os editores do jornal *North Briton*, número 45, sem qualquer prévia acusação apresentada perante ele e sem nomear qualquer pessoa em tais mandados. O *Lord Chief Justice*¹¹ Pratt, ao julgar o pedido por novo julgamento nesse caso, afirmou:

[...]

and I think they have done right in giving exemplary damages. To enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject. I thought that the 29th chapter of Magna Charta [] which is pointed against arbitrary power, was violated. I cannot say what damages I should have given if I had been upon the jury; but I directed and told them they were not bound [] Upon the whole, I am of opinion the damages are not excessive; and that it is very dangerous for the Judges to intermeddle in damages for torts; it must be a glaring case indeed of outrageous damages in a tort, and which all mankind at first blush must think so, to induce a Court to grant a new trial for excessive damages.¹² [...]

⁸ Se um juiz julgar uma causa, chegar a uma decisão, apresentá-la por escrito e se, posteriormente, um erro apresentar-se nessa decisão, por sua culpa exclusiva, então ele deverá pagar doze vezes a pena arbitrada por ele nesse julgamento, e ele deverá ser publicamente destituído do cargo de juiz e nunca mais poderá ocupar tal cargo para proferir julgamentos (tradução nossa).

⁹ Se alguém furtar gado, ou ovelha, ou asno, ou porco ou cabra que pertença a um deus ou ao tribunal, o ladrão deverá pagar trinta vezes o que furtou; se pertenciam a um homem livre do rei, deverá pagar dez vezes o que roubou (tradução nossa).

¹⁰ 95 *English Reports* 768. C.P. 1763. *apud* COTCHETT, Joseph W. and MOLUMPHEY, Mark C. ***Punitive Damages: How Much Is Enough?*** Civil Litigation Reporter. Vol. 20, Number 1. *University of California, Berkeley, CA, USA*. 1998. p. 02.

¹¹ É o chefe do judiciário e Presidente dos Tribunais da Inglaterra e do País de Gales. Historicamente, ele era o segundo juiz na hierarquia dos Tribunais da Inglaterra e do País de Gales depois do *Lord Chancellor*, mas isso mudou como resultado do Ato de Reforma Constitucional de 2005, que removeu funções jurisdicionais do gabinete do *Lord Chancellor*. O *Lord Chief Justice* também é quem preside a Divisão Criminal do Tribunal de Apelação.

¹² [...] e eu penso que eles fizeram o correto ao arbitrar *exemplary damages*. Entrar na casa de um homem amparado por um mandado sem identificações, com o objetivo de procurar por evidências, é pior que a Inquisição Espanhola; um ordenamento jurídico sob o qual nenhum inglês gostaria de viver uma hora sequer; foi um ataque do poder público do mais audacioso sobre a liberdade de um

As cortes americanas adotaram precedentes da *common law* inglesa e aderiram à doutrina das *punitive damages*, disseminando-a durante o século 19 e tornando-a parte da doutrina da responsabilidade civil americana, enfatizando o seu caráter punitivo-pedagógico. No caso de *Hawk v. Ridgway*, de 1864, pó exemplo, a corte estabeleceu que “[] onde o ilícito é intencional ou fruto de imprudência, o júri está autorizado a arbitrar uma indenização além do necessário a reparar o dano em si como uma punição, para preservar a tranquilidade pública.”. O Ministro Scalia da Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que “Em 1868, portanto, quando a 14ª emenda foi adotada, as *punitive damages* foram indubidavelmente estabelecidas como parte da responsabilidade civil da *common law*.”¹³

Ainda que a ideia de *punitive damages* tivesse sido adotada precocemente no sistema americano, pedidos nesse sentido eram raramente feitos antes da metade do século vinte. Mesmo quando pedidos, a corte os eliminava antes do julgamento pelo júri. E, quando permitido seu prosseguimento, as condenações eram mínimas comparadas com prática atual. Nos EUA, durante o século 19, a maior condenação por *punitive damages* foi de \$ 4 500,00 (equivalente a \$ 72 000,00 dólares em 1998). Mesmo no século vinte, condenações de até \$ 100 mil eram consideradas extraordinárias, e, por alguns, excessivas. No entanto, o montante dessas condenações evoluíram, passando de \$ 50 mil na década de 30 (equivalente a \$ 412 mil em 1998) a \$ 75 mil em 1955, chegando a \$ 14,7 milhões em 1979, em um caso envolvendo fraude de seguros.¹⁴

O início da década de 1990, todavia, começou a ver inquietações e transformações nessa área. Até 2008, a Suprema Corte Americana analisou, sob a ótica constitucional, algumas significantes decisões sobre o tema. Inicialmente, ficou

indivíduo. Eu entendo que o capítulo 29 da Magna Carta, que é direcionado contra a arbitrariedade do poder, foi violado. Eu não sei dizer qual a monta da indenização que teria arbitrado se eu estivesse no júri; mas eu os avisei que não estavam limitados [] Em resumo, entendo que a indenização não é excessiva; e que é muito perigoso os juízes interferirem nas indenizações por danos; deve se tratar de um caso de indenização ultrajantemente excessiva por um dano, e todos devem assim o pensar à primeira vista, para persuadir o tribunal a deferir novo julgamento em razão de indenização excessiva. [...]

¹³ COTCHETT, Joseph W. and MOLUMPHY, Mark C. *Punitive Damages: How Much Is Enough?*. Civil Litigation Reporter. Vol. 20, Number 1. *University of California, Berkeley, CA, USA*. 1998. p. 03.

¹⁴ *Ibidem*.

decidido que a Oitava Emenda à Constituição¹⁵, acerca de multas excessivas (*excessive fines*), não se aplicava às *punitive damages*¹⁶, nem que havia violação à 14ª Emenda à Constituição¹⁷, cláusula sobre o devido processo legal (*due process*). Até então, estava aberta a possibilidade para enormes condenações, extrapolando os limites do bom senso.

Em 1996, entretanto, o caso de *BMW of North America, Inc. v. Gore* ganhou *status* de o mais importante nessa seara, tendo em vista que foi o primeiro caso em que a Suprema Corte entendeu que a condenação por *punitive damages* era excessiva e, dessa forma, inconstitucional.

O que ocorreu foi que Ira Gore Jr. adquiriu um veículo novo daquela marca e, após alguns meses de uso, ao levá-lo a um estabelecimento para limpeza e polimento, o profissional local lhe mostrou evidências de que o carro havia sido reformado e repintado anteriormente, ainda que o senhor Gore nunca tenha sofrido acidente e levado o veículo a conserto. Mais tarde, o demandante descobriu que a BMW tinha a política de reparar veículos que, no transporte entre a fábrica e a concessionária, sofressem danos que não excedessem a 3% de seu valor de mercado, vendendo-os, após, como se novos e perfeitos de fábrica fossem, sem informar tal prática aos compradores. O júri condenou a empresa por *compensatory damages* no valor de \$ 4 mil mais *punitive damages* no valor de \$ 4 milhões, que foi reduzida pela Suprema Corte do estado para \$ 2 milhões. Mais tarde, quando a Suprema Corte Americana concordou em ouvir o caso, a condenação por *punitive damages* foi derrubada, ao argumento de era grosseiramente excessiva sob a ótica da cláusula do devido processo legal.¹⁸

O mais recente caso na área é o de *Philip Morris USA v. Williams*, de 2007.

Mayola Williams, viúva de Jessie Williams, ajuizou ação contra a Philip Morris USA, fabricante de cigarros de inúmeras marcas, dentre elas a Marlboro, porque seu

¹⁵ A Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos proíbe o governo federal de impor fiança excessiva, multas excessivas ou punições cruéis ou incomuns, que a Suprema Corte entendeu aplicável aos estados também.

¹⁶ No julgamento de *United States v. Haslip*, *U.S. Supreme Court* entendeu que a cláusula de multas excessivas é aplicável somente ao direito penal e, portanto, irrelevante quando se trata de *punitive damages*.

¹⁷ Dentre as cláusulas introduzidas pela 14ª Emenda, está a do devido processo legal, que proíbe o Estado ou governo local de privar as pessoas de vida, liberdade ou propriedade sem que sejam adotados determinados procedimentos para assegurar a justiça.

¹⁸ ZIPURSKY, Benjamin C. *Punitive damages after Philip Morris USA v. Williams*. *Court Review*, Vol. 44. *Fordham University School of Law. New York, NY.USA*. 2010. p. 134

marido morrera de câncer relacionado ao tabagismo em 1997. A demandante recorreu ao júri para punir o réu por sua conduta fraudulenta e negligente no caso de seu esposo, assim como pelos terríveis efeitos causados ao público em geral. O júri entendeu haver responsabilidade do réu, cominando *special damages* de \$ 21 485,80 e *general damages* de \$ 800 mil, mais *punitive damages* de \$ 79,5 milhões (97 vezes o valor das *compensatory damages*), tendo esta cifra sido reduzida pelo juiz (*Trial Judge*) para \$ 32 milhões. Contra essa decisão, ambas as partes recorreram ao Tribunal de Apelações do Oregon (*Oregon Court of Appeals*), que reestabeleceu a condenação original de \$ 79 milhões. A Suprema Corte do Estado do Oregon negou o pedido de revisão de Philip Morris.¹⁹

O réu, então, recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, que concedeu *certiorari*²⁰ com o fim de verificar se (1) Philip Morris tinha o direito a que o júri fosse instruído de que não poderia punir o réu por danos causados a pessoas que não fossem parte no processo e (2) para avaliar se as *punitive damages* eram grosseiramente excessivas, o que violaria a cláusula do devido processo legal.

A *Oregon Court of Appeals* havia levado em consideração, em seu julgamento, para responsabilizar Philip Morris por fraude, o seu histórico de campanha para manter uma base leal de fumantes, durante os anos cinquenta. Salientou-se a conduta repreensiva da empresa de encorajar o fumo enfatizando, em propaganda nacional, que inexistiam evidências confiáveis suficientes relacionando doenças ao cigarro. Ainda, o réu teve papel fundamental ao formar o *Tobacco Industry Research Committee*²¹ com outras indústrias do ramo para dar apoio psicológico e incentivar os consumidores a continuar fumando. A corte notou, ainda, que a Philip Morris mantinha um centro de pesquisas na Europa, sendo cuidadosa para não manter resultados dos testes. Quanto à vítima, entendeu-se que ela foi atingida pelas mensagens da indústria tabagista com sucesso, sendo

¹⁹ Em determinadas matérias tanto na seara cível quanto na penal, determinadas matérias são de competência do júri, que é encarregado de julgar matéria de fato sobre a qual haja controvérsia, restando ao juiz togado que preside o julgamento decidir questões de direito. Esse juiz – *Trial Court* – pode discordar do resultado do júri e reformar a decisão se entender que os jurados agiram inapropriadamente. Contra essa decisão, cabe apelação para *Oregon Court of Appeals* (Tribunal de Apelações do Oregon), que tem como instância superior, ainda, a Suprema Corte do Oregon – *Oregon Supreme Court*. Se houver controvérsia acerca de matéria relevante sob a ótica constitucional, é possível recorrer à Suprema Corte dos Estados Unidos – *U.S. Supreme Court*.

²⁰ É o instrumento utilizado pela Suprema Corte dos EUA para determinar que uma instância inferior reanalise um julgamento emanado dessa mesma instância inferior com o fim de corrigir possíveis inconsistências com o ordenamento jurídico ou interpretação vigente.

²¹ Comitê de Pesquisa da Indústria do Tabaco (tradução nossa).

evidenciado que confiava piamente na interpretação distorcida dos fatos passada pela Philip Morris acerca dos problemas de saúde causados pelo tabaco. Jessie Williams dizia a sua família que os cigarros não poderiam ser tão prejudiciais à saúde quanto afirmavam, caso contrário não seriam vendidos pela indústria deliberadamente.

Com base nesses fatos, a *Oregon Court of Appeals* entendeu que o júri poderia calcular *punitive damages* levando em conta outros danos similares que a Philip Morris causou. A *Oregon Supreme Court* confirmou a decisão.

A *U.S. Supreme Court* cassou essa decisão sustentando que usar *punitive damages* para punir o réu por danos causados a terceiros não participantes do processo redundava em confisco de propriedade sem o devido processo legal, sequer chegando à análise da excessividade da indenização. A corte entendeu que permitir esse tipo de condenação criaria uma possibilidade de injustiça muito grande para os réus, vez que privava-os da possibilidade de se defender apropriadamente, caso cada um dos terceiros presumidamente prejudicados resolvesse ajuizar sua própria ação com as particularidades atinentes a cada um.

Após idas e vindas entre a *U.S. Supreme Court* e a *Oregon Court of Appeals*, prevaleceu o julgamento desta última corte, tendo Mayola Williams recebido \$ 61 milhões de Philip Morris USA, vez que a lei do estado do Oregon determina que parte das condenações em *punitive damages* são direcionadas a um fundo destinado a compensar vítimas de crimes.

Esse apanhado histórico demonstra que a evolução da matéria relativa às *punitive damages* atingiu complexidade máxima nos últimos anos, quando análises mais profundas do instituto suscitaram discussões ferrenhas entre e dentro das cortes colegiadas norte-americanas acerca da constitucionalidade ou não de sua aplicação, ordenamento jurídico do qual a aplicação da função punitiva da indenização por dano moral no Brasil.

2.3. CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DAS *PUNITIVE DAMAGES* SEGUNDO A DOUTRINA NORTE-AMERICANA.

Os pressupostos para a concessão da indenização punitiva são circunstâncias especiais em torno do autor do ilícito, como uma conduta intencional, imprudente ou maliciosa. Tradicionalmente, ela é aplicada em casos de danos causados intencionalmente, mas também em casos de direitos do consumidor, quando o fabricante tinha ciência de um defeito e da potencialidade desse defeito de causar ferimentos, ou mesmo morte, e, ainda assim, decidiu não corrigi-lo.

O júri pode considerar diferentes fatores e circunstâncias de cada caso. Entretanto, alguns critérios mostram-se mais relevantes para avaliar e calcular o nível de culpa ao se cometer um ilícito.²² No já mencionado caso de BMW v. Gore, a Suprema Corte dos EUA entendeu que as *punitive damages* eram excessivas e desproporcionais quando comparadas ao prejuízo do demandante, violando, ainda a quinta²³ e a décima quarta²⁴ emendas à constituição. Foi a primeira vez que a Suprema Corte traçou linhas para as demais cortes acerca dos critérios adequados a serem avaliados para arbitrar *punitive damages*.

O primeiro ponto é o grau de censurabilidade da conduta do réu, que é o quesito mais importante a ser apreciado. Esse é o momento em que o júri deve esmiuçar a conduta e analisar se o dano causado à vítima foi físico, econômico ou se concomitantes. Danos físicos, aí se incluindo abalos emocionais ou mentais que podem, conforme a sua gravidade, manifestar-se fisicamente, são considerados mais censuráveis que danos financeiros. Deve se levar em consideração, também, se o ilícito foi praticado em detrimento de saúde ou de segurança alheios, se houve aproveitamento de uma vulnerabilidade financeira do demandante, se se agiu com malícia ou fraude, se se trata de um padrão ou prática recorrente e se há outras vítimas.

²² TOLANI, Madeleine. ***U.S. Punitive damages Before German Courts: A Comparative Analysis With Respect to the Ordre Public***. *Annual Survey of International & Comparative Law*. Vol. XVII. Golden Gate University School of Law. San Francisco, CA, USA. 2011. p. 190.

²³ [...] ninguém poderá ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

²⁴ [...] Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

Considerando esses fatores, deve-se focar apenas nas condutas que guardam nexos de causalidade com o prejuízo experimentado pelo querelante. Como afirmado pela *U.S. Supreme Court* em *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*:

A defendant should be punished for the conduct that harmed the plaintiff, not for being an unsavory individual or business. Due process does not permit courts, in the calculation of punitive damages, to adjudicate the merits of other parties' hypothetical claims against a defendant under the guise of the reprehensibility analysis.²⁵

No julgamento de *Philip Morris v. Williams*, a Suprema Corte deu grande ênfase à *non-party harm rule*²⁶, determinando que um júri não pode mais buscar desencorajar determinada conduta do réu através da monta de *punitive damages* calculada com base em danos causados a terceiros – à coletividade – que não sejam partes no processo. Ao júri é permitido, na questão da prevenção-punição, unicamente, tentar dissuadir o réu de perpetrar aquela conduta novamente contra o demandante, regra essa que desobriga os jurados da tarefa hercúlea de descobrir uma fórmula perfeita para proteger a coletividade, função que parece muito mais adequada às atribuições do Poder Legislativo. O jurado, dessa forma, deve decidir a questão baseado somente nas circunstâncias do caso específico, sem se deixar levar por qualquer senso de dever público.

Esse é um importante princípio relacionado à equidade. Dissuadindo condutas similares naquele caso unicamente e excluindo a ideia de prevenção geral, deve-se minimizar o risco de uma condenação baseada em uma estimativa arbitrária ou inexata de danos causados a pessoas que não estão perante o júri.

O segundo ponto a ser levado em consideração, ao arbitrar *punitive damages*, é a razão entre *compensatory damages* e *punitive damages*. Em *BMW v. Gore*, em que a primeira avaliada em \$ 4 mil e a segunda arbitrada em \$ 2 milhões, a relação de um para quinhentos foi considerada exageradamente excessiva, motivo por que cassadas as *punitive damages*.

²⁵ Um réu deve ser punido pelo dano causado ao demandante, não por ser um indivíduo ou empresa repugnantes. O devido processo não permite que cortes, ao calcular *punitive damages*, adentrem o mérito de eventuais litígios que outras vítimas possam vir a ajuizar em face do réu sob pretexto de analisar a censurabilidade. (tradução nossa).

²⁶ Princípio dos danos causados a não integrantes dos polos do processo, ou seja, são os estranhos àquele litígio.

Não existe, de fato, uma proporção determinada entre ambas. Nesse sentido, a *U.S. Supreme Court* declarou no caso *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*²⁷:

We need not, and indeed we cannot, draw a mathematical bright line between the constitutionally acceptable and the constitutionally unacceptable that would fit every case. We can say, however, that a general concern of reasonableness [] properly enters into the constitutional calculus.²⁸

Nesse caso, estabeleceu-se que a relação de *compensatory* para *punitive* de um para quatro é admitida, tendo essa proporção sido estendida a quase um para cem em *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*²⁹, mas excessiva numa relação de um para quinhentos, como afirmado acima.

Ainda, quando as *compensatory damages* incluem *general damages*, ou seja, danos extrapatrimoniais, existe a preocupação de que esses danos sejam levados em consideração por uma segunda vez, ao serem arbitradas as *punitive damages*, e, por conseguinte, a proporção entre ambas deve ser mais conservadora.

Para a maioria dos casos, todavia, quando o júri determina *punitive damages* mais de dez vezes as *compensatory damages*, dificilmente essa decisão é mantida quando analisada à luz da constituição.

Em um terceiro ponto, analisa-se a disparidade entre a monta de *punitive damages* e as sanções administrativas ou penais que podem ser aplicadas pela lei daquela jurisdição a uma conduta semelhante. Exemplos incluem multas administrativas de até \$ 150 mil por uma violação do *Fair Employment and Housing*

²⁷ COTCHETT, Joseph W. and MOLUMPHY, Mark C. *Punitive Damages: How Much Is Enough?*. Civil Litigation Reporter. Vol. 20, Number 1. *University of California, Berkeley, CA, USA*. 1998. p. 03

²⁸ Nós não precisamos, e de fato não devemos, traçar uma linha matemática precisa que defina o que é o constitucionalmente aceitável e o que é constitucionalmente inaceitável que se aplicasse a todos os casos. Podemos dizer, todavia, que o cálculo constitucionalmente aceito leva em consideração a razoabilidade. (tradução nossa).

²⁹ *Ibidem*, p. 03.

*Act*³⁰ ou *punitive damages* três vezes maiores que as *compensatory damages* em razão de violações de direitos constitucionais.³¹

No caso de fraudes intencionais – uma das áreas mais propícias a permitir *punitive damages* – o que se pode considerar é que uma variedade de leis prevê a relação de três para um entre ambos os tipos de indenização, para um leque de diferentes tipos de fraudes e condutas de má-fé. De qualquer forma, essas diretrizes comparativas propiciam *punitive damages* menores quando um júri arbitra um *quantum* que excede em muito a pena máxima a que estaria sujeito o réu caso tivesse praticado um ilícito administrativo.³²

Outro quesito a ser avaliado é a condição financeira do réu. A *Superior Court of Los Angeles County* afirmou:

While in the ordinary action for damages information regarding the adversary's financial status is inadmissible, this is not so in an action for punitive damages. [] The relevancy of such evidence lies in the fact that punitive damages are not awarded for the purpose of rewarding the plaintiff but to punish the defendant. Obviously, the trier of fact cannot measure the punishment without knowledge of defendant's ability to respond to a given award.³³

Se a um dano menor corresponde uma indenização menor, a um dano maior corresponde uma indenização proporcional à magnitude da ofensa, ressalvada a propriedade necessária para a manutenção da subsistência do réu. Como o objetivo é punir o causador do dano, as *punitive damages* serão tão maiores quanto maior for

³⁰ Essa lei do estado da Califórnia proíbe perseguições e discriminações nas relações de emprego decorrentes de raça, cor, religião, gênero, orientação sexual, estado civil, nacionalidade de origem (incluindo restrições ao uso de linguagem), descendência, deficiência física ou mental, condição médica (câncer ou características genéticas), idade, gravidez, restrições quanto a licenças médicas, para cuidados familiares, maternidade ou licença médica em geral, e retaliações em razão do registro de reclamações quanto a qualquer ponto relativo a esta lei.

³¹ EUA. Califórnia. Código Civil. Seção 52, "a". Disponível em: <<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=civ&group=00001-01000&file=43-53>>. Acesso em 13 nov. 2012.

³² HANCOCK, Mark J. and WASSERMAN, Steven D. ***Evaluating Punitive Damages.*** *California Lawyer – June. Daily Journal Corporation. San Francisco, CA, USA.* 2010.

³³ Enquanto em uma ação indenizatória ordinária a informação acerca da condição financeira do adversário é inadmissível, esse não é o caso quando a ação envolvendo *punitive damages*. [] A relevância dessa informação reside no fato de que é arbitrada para punir o réu e não para premiar o demandante. Obviamente, o julgador não consegue dosar a punição sem saber quão danosa ela é para o réu.

a riqueza do réu. A função punitivo-pedagógica não será alcançada se o patrimônio do réu lhe permitir absorver a punição com pequeno ou nenhum desconforto.³⁴

Basta que o valor, então, não leve o réu à decretar falência nem lhe cause dificuldades a ponto de tornar a sua punição desproporcional a sua capacidade de suportar a indenização. Todavia, antes do início da década de 1990, algumas cortes californianas estabeleciam *punitive damages* ainda que não houvesse, nos autos, qualquer informação que permitisse aferir a situação financeira do réu, o que impossibilitaria saber o quão gravosa seria a punição estabelecida. Em 1991, a *California Supreme Court* decidiu que uma corte, em segundo grau de jurisdição, não poderia tomar uma decisão totalmente segura acerca da excessividade ou não das *punitive damages* a menos que existissem evidências da situação financeira do réu no processo.³⁵

A verdade é que termos como “riqueza do réu”, “condição financeira” e “patrimônio líquido”, frequentemente usados como sinônimos da referência para se arbitrar *punitive damages*, não o são. Em verdade, não são referências indubitáveis para se avaliar o quão adequada é a indenização estipulada e o seu grau lesivo para o réu, vez que números são facilmente manipuláveis.

Em qualquer caso onde exista a possibilidade de serem estipuladas *punitive damages*, o julgador deve ter ciência das normas mais adequadas a reger o caso e o quanto poderá ser arbitrado sem serem violados quaisquer desdobramentos da cláusula do devido processo. O que se vê, então, é um forte movimento no sentido de limitar a aplicação de *punitive damages*, com o fim de tolher a liberdade incondicionada do júri ao arbitrá-la e definir critérios racionais para tanto, permitindo ao réu, dessa forma, exercitar a defesa em sua plenitude.

³⁴ COTCHETT, Joseph W. and MOLUMPBY, Mark C. *Punitive Damages: How Much Is Enough?*. Civil Litigation Reporter. Vol. 20, Number 1. *University of California, Berkeley, CA, USA*. 1998. p. 02.

³⁵ *Ibidem*, p. 03.

3. A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO BRASIL.

3.1. DO DANO MORAL E SUA EVOLUÇÃO.

O Código Civil de 2002 reservou à responsabilidade civil título exclusivo, cujo artigo 927, o primeiro a tratar do assunto, determina a obrigação de reparar a cargo daquele que causar dano a outrem por ato ilícito. Erigem-se, aí, as condições genéricas do nascimento do dever de indenizar, consistentes na existência de um ato ilícito e de um dano, e o nexo causal entre ambos.

Sérgio Cavalieri Filho³⁶, reproduzindo a ideia dos melhores autores na área, a começar por Aguiar Dias, sustenta que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), *mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado*. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, *em abstracto*, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva.

Prossegue esse autor esclarecendo que o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.³⁷

³⁶CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2008. p. 49.

³⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2008. p. 71.

Maria Celina Bodin de Moraes³⁸ ensina que, tradicionalmente, define-se dano patrimonial como a diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso, descrição que converteu o dano a uma dimensão matemática e, portanto, objetiva e facilmente calculável. Tratando-se de pressuposto inafastável da responsabilidade civil, usualmente se afirma: se não há dano, não há o que indenizar.

Segundo Agostinho Alvim³⁹, um dos primeiros critérios de catalogação dos prejuízos, que lança suas bases no Direito Romano, foi a sua classificação em danos emergentes e lucros cessantes, abrangendo não apenas os prejuízos decorrentes do desfalque imediato sofrido pelo lesado (danos emergentes), mas, também, tudo aquilo que deixará de ingressar no seu patrimônio em decorrência do ato ilícito.

Pontes de Miranda explica que “o dano pode consistir em diminuição do patrimônio no momento do fato que o causou ou em impedimento de elevação do patrimônio; ali, o dano é emergente, *damnum emergens*; aqui, lucro cessante, *lucrum cessans*”.⁴⁰

O dano, tendo como marco referencial o momento da prolação da decisão na ação indenizatória, é classificado em prejuízos atuais e futuros: aqueles compreendem todos os ocorridos anteriormente à sentença prolatada na ação indenizatória, incluindo tanto os danos emergentes já implementados, como, também, os lucros cessantes já ocorridos, como os valores deixados de receber pela vítima até a data da sentença; estes englobam os que ainda não materializados à época da sentença, mas que já surgem como objetivamente previsíveis de acordo com as circunstâncias do caso e as experiências da vida.⁴¹

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 143.

³⁹ ALVIM, Agostinho. Da equidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 30, nº 132, p. 3-8, jul. 1941 *apud* SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral no Código Civil Brasileiro de 2002 e sua concretização no dano – morte**. 2007. 351f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. p. 185.

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955-1972, v. 22, § 2.722, nº 3, p. 213 *apud* SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral no Código Civil Brasileiro de 2002 e sua concretização no dano – morte**. 2007. 351f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. p. 185.

⁴¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral no Código Civil Brasileiro de 2002 e sua concretização no dano – morte**. 2007. 351f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. p. 189.

Para Sanseverino, o grande divisor de águas na catalogação dos danos sofridos pela vítima continua sendo o seu conteúdo econômico, permitindo dividi-los em prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. Aqui, cabe a distinção feita Yussef Said Cahali⁴², de que um se refere ao verdadeiro e próprio prejuízo econômico, enquanto o outro ao sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido. E os danos a essas esferas, denominadas patrimônio ideal, ou seja, tudo aquilo que não é possível de valoração econômica, foram chamados de morais porque atingem atributos valorativos ou virtudes da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade⁴³.

Observa Bodin de Moraes, todavia, que quem sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável: “indenizar” é palavra que provém do latim, *in dene*, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é *compensável*, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à indenização do dano moral.

Rui Stocco⁴⁴, em reflexões semelhantes acerca do dano moral, diz:

O que se chama 'dano moral' é não um desfalque no patrimônio, nem mesmo a situação onde só dificilmente se poderia avaliar o desfalque, senão a situação onde não se verifica diminuição alguma. Pois se houve diminuição no patrimônio, ou se difícil ou mesmo impossível de avaliar com precisão tal diminuição, já há dano, e este pode ser estimado por aproximação; e logo será supérflua a figura do dano moral. Vale dizer que dano moral é, tecnicamente, um não dano, onde a palavra 'dano' é empregada com sentido translado ou como metáfora: um estrago ou uma lesão (este o termo jurídico genérico) na pessoa, mas não no patrimônio. A indenização por dano moral tem aspecto absurdo porque não havia dano nem, por conseguinte, diminuição no patrimônio. E o dinheiro que o devedor paga nada indeniza. O dinheiro pago, por sua vez, não poderia recompor a integridade física, psíquica ou moral lesada. Não há correspondência nem possível compensação de valores. Os valores ditos morais são valores de outra dimensão, irreduzíveis ao patrimonial. Daí que na indenização por dano moral não há nem indenização nem dano, e nem sempre é moral o mal que se quer reparar, pois o termo 'moral' segue o uso da doutrina francesa, onde moral se diz tudo quanto não é patrimonial ou econômico nem material, como se o econômico e o físico não entrassem no campo da

⁴² CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 21.

⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 155.

⁴⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1682.

moral. Daí também a necessária explicação do fenômeno no sentido de que a indenização por dano moral obraria como medida consolatória para a vítima de um mal irremediável no seu gênero. Há algo de compensação, mas de compensação realmente não se trata, porquanto não há termo ou medida de equivalência. Tampouco se trata de pena, já que as penas, também as civis, operam muito mais como medidas repressivas e muito menos como soluções reparativas.

Cavaliere Filho⁴⁵ conceitua dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam⁴⁶:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Bodin de Moraes salienta que houve tempos em que todo e qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão de natureza extrapatrimonial, se esta se delineava unicamente como sofrimento, era considerado contrário à moral e, por conseguinte, ao Direito. O que se denomina *pretium doloris* (preço da dor) era inadmissível nos ordenamentos de tradição romano-germânica com exceção dos casos expressamente previstos pelo legislador civil. Além disso, observou-se a dificuldade em se verificar a existência e a extensão do dano sofrido quanto à mensuração de sentimentos de alguém. Nem era possível determinar a quantidade de vítimas do evento danoso, pois todo aquele que sofrera estaria, em princípio, legitimado. A conclusão era a de que aquilo que não se pode medir não se pode indenizar: a indenização é, justamente, a medida do dano.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2008. p. 80.

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. **Novo Curso de Direito Civil**, São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3. p. 62.

O que de inaceitável passou a aceitável e necessário foi determinado pela mudança na consciência coletiva acerca do conceito de justiça. Se antes era imoral receber remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, que merecia ser recompensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando os efeitos que o dano causara em seu espírito.⁴⁷

Essa transição se operou de modo suave, assegurando-se, em um primeiro momento, indenização por morte de filho menor que não contribuía para a economia doméstica. As razões alegadas para o descabimento anterior eram no sentido de que o menor, não sendo fonte de receita, representava materialmente uma despesa a mais na família, e a mera conjectura de auxílio futuro não configurava ganho certo e efetivo. O Recurso Extraordinário nº 59.940⁴⁸, relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro e julgado em 26 de abril de 1966, representou o paradigma da transição da irresponsabilidade à responsabilização, embora ainda através de um fundamento patrimonial para a indenização, assim expressando-se:

O homem normal, que constitui família, não obedece apenas ao princípio fisiológico do sexo, mas busca satisfações espirituais e psicológicas, que o lar e os filhos proporcionam ao longo da vida e até pela impressão que se perpetua neles [...] Se o responsável pelo homicídio lhe frustra a expectativa e a satisfação atual, deve reparação, ainda que seja a indenização de tudo quanto despenderam para um fim lícito malogrado pelo dolo ou culpa do ofensor. Perderam, no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação dos filhos, e que se converteu em frustração pela culpa do réu.

Dano moral, portanto, consoante Cahali⁴⁹, é tudo aquilo que molesta intensamente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes a sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado. Ainda, refere que impossível elencá-los exaustivamente, mas evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido, no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade, no

⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 143.

⁴⁸ *Ibidem*, p.149.

⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**, 3ª ed, rev. atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 20.

desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, enfim, nas situações de constrangimento moral.

Observa Cavalieri Filho⁵⁰ que só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

A identificação desse tipo de dano, segundo esse mesmo autor⁵¹:

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral.

Esse é o entendimento que foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme sua Súmula nº 403, a qual dita que “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”⁵²

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2008. p. 83-84.

⁵¹ *Ibidem*, p. 86.

⁵²

Disponível

em:

<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0403.htm> Acesso em 26 nov. 2012.

Tal interpretação, todavia, já vinha sendo adotada pelo STJ há tempos, conforme se infere do excerto abaixo, de autoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:⁵³

[] o direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada [...] a obrigação de indenizar, se tratando de direito à imagem, decorre do próprio uso indevido desse direito, não havendo, ademais, que se cogitar de prova da existência de prejuízo. Em outras palavras, o dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, sendo desnecessário perquirir-se a consequência do uso, se ofensivo ou não.

Os critérios adotados pelo Código Civil de 2002 são bastante vagos e escassos, a exemplo dos art. 186, 187 e 949⁵⁴:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Observam inúmeros autores e precedentes, no que concerne aos critérios de reparação do dano moral, serem levados em consideração a reprovação da conduta, isto é, a gravidade ou intensidade da culpa do agente, a repercussão social do dano, as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor, sem que se leve ao enriquecimento sem causa da vítima ou que constitua fonte de lucro para ela, embora deva ser o mais abrangente possível. Quanto à liquidação, ela fica exclusivamente ao arbítrio do juiz, não estando ele adstrito a qualquer limite legal ou

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. EREsp 230.268/SP. Embargante: Maria Aparecida Santos Costa. Embargado: Avon Cosméticos Ltda. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 11 nov. 2012. DJ do dia 04/08/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=551173&sReg=200101049077&sData=20030804&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em 26 nov. 2012.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 28 nov. 2012.

tarifa pré-fixada. Com efeito, a amplitude do dispositivo constitucional acerca da indenização por dano moral fez com que, tanto em doutrina como em jurisprudência, viessem a ser considerados inconstitucionais todos os limites previstos em lei para tal reparação.⁵⁵

Cabe lembrar lição pouco observada trazida por Pontes de Miranda⁵⁶:

Tem-se de considerar o prejuízo que o ofendido sofreu e ainda vai sofrer, e o que pode haver lucrado o ofensor, bem como a sua participação nas causas do dano ou no aumento desse. A base do dever de indenizar está no interesse do ofendido, isto é, da pessoa cujo patrimônio ou personalidade sofreu o dano.

A reparação dos danos extrapatrimoniais, especialmente a quantificação da indenização, constitui o problema mais delicado da prática forense na atualidade, em face da dificuldade de fixação de critérios objetivos para o seu arbitramento. O melhor critério para quantificação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais em geral, no atual estágio do Direito brasileiro, é por arbitramento do juiz, de forma equitativa, com fundamento no postulado da razoabilidade, atribuindo ao juiz a tarefa de transformar em um montante econômico a agressão a um bem jurídico sem essa natureza.⁵⁷

3.2. DAS FUNÇÕES ATRIBUÍDAS À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino⁵⁸, compilando ideias de variados autores, leciona que o princípio da reparação integral ou plena, ou da equivalência entre os prejuízos e a indenização busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente a que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso. Naturalmente, essa tentativa de recolocação da vítima no estado em que se

⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 162-163.

⁵⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955-1972, v. 22, § 2.722, nº 3, p. 206 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 279-280.

⁵⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral no Código Civil Brasileiro de 2002 e sua concretização no dano – morte**. 2007. 351f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. p. 274. p. 279. p. 281.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 42.

encontrava antes do ato danoso é uma ficção, pois, em muitas situações, como nos casos de dano-morte ou de certos danos à saúde, isso é operado de forma apenas aproximativa ou conjectural. De todo modo, como a responsabilidade civil tem como função prioritária a reparação mais completa do dano, dentro do possível, essa norma constitui a diretiva fundamental para avaliação dos prejuízos e quantificação da indenização.

Identifica o jurista três funções características dessa indenização. A primeira delas é a função compensatória, pela qual deve manter-se uma relação de equivalência, ainda que de forma aproximativa, com os danos sofridos pelo prejudicado. Ela busca assegurar ao lesado uma reparação que compense os prejuízos por ele suportados com o ato danoso.⁵⁹ Tal função se verifica no artigo 944, *caput*, do Código Civil de 2002 (CC/2002), cuja exigência legal é a de que, na medida do possível, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. A segunda função que afirma despontar é a indenitória, que estabelece que a extensão dos danos constitui o limite máximo da indenização, ou seja, os prejuízos efetivamente sofridos pelo lesado constituem não apenas piso, mas, também, teto indenizatório, estabelecendo-se, assim, relação com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/2002).⁶⁰ Por último, a função concretizadora, pela qual a indenização deve corresponder, na medida do possível. Aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima, o que deve ser objeto de avaliação concreta pelo juiz.

Cavaliere Filho explana que o anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a

⁵⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral no Código Civil Brasileiro de 2002 e sua concretização no dano – morte**. 2007. 351f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 52.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 53.

vítima pelo resto []. Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.⁶¹

A posição predominante na doutrina e na jurisprudência brasileiras, entretanto, é a de que a indenização pelo dano moral não cumpriria apenas o papel de indenização pelo dano ou de satisfação concedida à vítima, mas possuiria dupla função: analisada tendo-se como ponto de referência a vítima, atuaria como compensação pelo dano sofrido; já sob uma perspectiva do ofensor, funcionaria como uma pena pelo dano causado.

Orlando Gomes reconhece que a indenização do dano moral exerce a função de expiação, em relação ao culpado, e a função de satisfação, em relação à vítima.⁶² O pagamento da soma em dinheiro, segundo o autor, é um modo de dar satisfação à vítima, que, recebendo-a, pode destiná-la, como diz Von Thur, a procurar as satisfações ideais ou materiais que estime convenientes, acalmando o sentimento de vingança inato no homem.⁶³

Para Carlos Roberto Gonçalves⁶⁴, a indenização por dano moral possui duas facetas:

- a) Penal, ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização para 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 conseqüência 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.

Esse autor salienta, porém, que o ressarcimento do dano material ou patrimonial tem, igualmente, natureza sancionatória indireta, servindo para desestimular o ofensor à repetição do ato, pois sabe que terá de responder pelos prejuízos que causar a terceiros. O caráter punitivo é meramente reflexo, ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2008. p. 13.

⁶² GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 330

⁶³ *Ibidem*, p. 331.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 375.

reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável e, sim, recompor o patrimônio do lesado.

Sérgio Cavaliere Filho enxerga ao lado da finalidade satisfatória uma função punitiva para essa indenização⁶⁵:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava “substituição do prazer, que desaparece, por um novo”. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.

Caio Mário da Silva Pereira explana⁶⁶:

Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. [] O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório.

[...]

Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguiar Dias). A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81.

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 55.

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler⁶⁷ entendem que as razões para a volta do caráter exemplar da responsabilidade civil não são difíceis de explicar, resultando, na maior parte dos casos, da própria insuficiência das respostas oferecidas pela responsabilidade civil como mecanismo meramente ressarcitório, com o montante da indenização limitado ao *quantum* efetivamente perdido. Segundo os cálculos advindos da Teoria da Diferença, o dano resulta da **diminuição do patrimônio**, consistindo na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação tivesse sido exatamente cumprida. Essa fórmula de cálculo, em que pese apropriada para o comum dos casos do dano patrimonial, é inadequada – e mesmo inservível – para o dano extrapatrimonial, terreno que continua pantanoso, pois parece impossível o encontro de critérios unitários, gerais e abstratos, aplicáveis à generalidade das situações.

Dissertam as autoras que necessário um instituto apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves, cuja dimensão é transindividual, ou comunitária, considerando a pena pecuniária um eficiente fator de desestímulo. Daí a razão pela qual as características das *punitive damages* (a punição e a exemplaridade) têm atraído os estudiosos, insatisfeitos com a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual. Muitas empresas, sabendo que seus produtos são danosos em escala massiva, amparam a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de **raciocínio por custo/benefício** entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga aos indivíduos que ingressarem em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos.⁶⁸

E arrematam:

Em suma: para além de a reparação por dano moral não estar sujeita a pressupostos diversos dos que são gerais à responsabilidade civil (ato ilícito, fator de atribuição e nexos de causalidade entre a conduta humana e o dano), e para além da ampla e aberta regulação no Direito positivo, **ainda há, no sistema, regras pontuais que, expressamente, permitem certa**

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**. Revista CEJ, Brasília, n.º 28, p. 15/32, jan./mar. 2005. p. 21.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 16.

correlação entre a censurabilidade da conduta do agente e a elevação do montante indenizatório!⁶⁹ (grifo nosso)

Martins-Costa e Pargendler, em seu trabalho, entendem que o ordenamento legal pátrio põe à disposição elementos suficientes para elevar o *quantum* da indenização por dano moral deslocando-se o foco do dano causado para o causador do dano e as circunstâncias em que praticado. Tratam de observar, porém, que a fixação do montante deve ser baseada em critérios de ponderação axiológica, tendo caráter compensatório à vítima e levando em consideração, portanto, a concreta posição da vítima, o tipo de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização elevada, desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado. De outra banda, adotar a doutrina das *punitive damages*, que passa longe da noção de compensação, significa efetivamente e exclusivamente a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.

3.2. A ATUAL TUTELA JURISDICIONAL DO DANO MORAL.

Aquelas autoras entendem que os tribunais nacionais buscam a aplicação da função punitiva do dano moral fundamentando-a de modo equivocado. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, fez referência à doutrina norte-americana das *punitive damages* para justificar decisão impositiva de indenização a hospital público (que responde objetivamente, na forma do art. 37, §6º, da Constituição Federal). Invocando a dupla função – sancionatória e dissuasória – da indenização na responsabilidade extrapatrimonial, chamou – de modo desnecessário, segundo ótica das autoras – a doutrina das *punitive damages* como fundamento da decisão. Transcreve-se trecho do julgado⁷⁰:

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**. Revista CEJ, Brasília, n.º 28, p. 15/32, jan./mar. 2005. p. 22.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 455.846/RJ. Agravante: União. Agravado: Daniel Felipe de Oliveira Netto. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ Nr. 203 do dia 21/10/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=203&dataPublicacaoDj=21/1>>

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal *a quo* - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar ("punitive damages"), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.

Observam elas que a invocação foi desnecessária porque confundiu o "caráter punitivo da indenização" (traço genérico da pena privada⁷¹, atribuível segundo forte doutrina, ao dano moral) com a "indenização punitiva". A decisão em comento fez alusão a precedentes do Superior Tribunal de Justiça buscando respaldo à tese, embora, na visão das autoras, não tenham eles endossado a

0/2004&incidente=2134409&codCapitulo=6&numMateria=158&codMateria=3>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁷¹ A expressão "pena privada" nada tem a ver com "justiça privada" ou "vingança privada", ou pena aplicada "pelos privados". Designava, no Direito Romano clássico, a forma de punição atrelada ao delictum, conceito originalmente próprio ao *ius civile* (mais tarde estendido ao *ius honorarium*) e por isso distinto do *crimen*, ato contrário ao direito castigado pelo Direito Penal público". (...) O Direito Romano clássico não limitava o uso dos termos *poena*, *punire* e derivados à "pena em sentido técnico", entendendo-o a todas as figuras de sanção. Corresponde melhor à ideia pena em sentido técnico uma ação, a *actio poenalis*, um dos instrumentos destinados a concretizar a função de punir. Essa função era assegurada em dois âmbitos, o das penas privadas e o das penas públicas. A pena privada tinha lugar no âmbito dos delitos privados (*delicta*), que eram os ilícitos contra a pessoa ou seus bens, (precisamente o *furtum*, a *rapina*, a *iniuria* e o *damnum iniuria datum*). Diferenciavam-se dos *delicta* os crimes, delitos públicos (*crimen*), isto é, as infrações ao Estado e à paz do reino, punidas com a *poena publica*. Quando ocorria um delito privado, o Estado não tomava a iniciativa de punir o ofensor, mas assegurava à vítima o direito de intentar contra este uma *actio* para obter sua condenação ao pagamento de determinada quantia, como pena (*poena privata*). A pena privada podia, pois, definir-se como a sanção a um ato privado (*actio poenalis*), resultando numa aflição ao réu derivada da imposição de uma diminuição patrimonial imposta com caráter punitivo, e não ressarcitório. (MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**. Revista CEJ, Brasília, n.º 28, p. 15/32, jan./mar. 2005. p. 17).

adoção das *punitive damages*, figura da tradição anglo-saxã, ainda que aludam ao duplo caráter da indenização por dano moral.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é a de admissão da função punitiva do dano moral, tendo chamado para si o controle da razoabilidade ou proporcionalidade do valor fixado a título de indenização do dano moral:

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplici função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.⁷²

A indenização pelo protesto indevido de título cambiariforme deve representar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida.

[...]

O valor dos danos morais, de seu turno, como tenho assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, não deixando de observar, outrossim, **a natureza punitiva e disciplinadora da indenização.**⁷³

Acerca da indenização por dano moral, o Tribunal da Cidadania assevera:

EMENTA: Responsabilidade civil. Acusação criminal injusta que o recorrente poderia ter evitado. Dano moral. Valor da indenização.

I - A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza. A fixação do seu valor envolve o exame da matéria fática, que não pode ser reapreciada por esta Corte (Súmula n° 7).

II - Recurso especial não conhecido.⁷⁴

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp nº 487.749-RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ordalino Ribeiro de Campos. Rel. Min. Eliana Calmon. DJU de 12.5.2003. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=673535&sReg=200201653902&sData=20030512&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp nº 389.879-MG. Recorrente: Polimetal Ligas e Metais Ltda. Recorrido: Funal Fundação Nacional de Alumínio Ltda; Banco do Brasil S/A. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 16 de abr. de 2002. DJ 02/09/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=357070&sReg=200101792526&sData=20020902&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp nº 337.739-SP. Recorrente: Banco Sudameris Brasil S/A. Recorrido: Giacomo Rizzo. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 05 de fev. de 2002. DJ 08/04/2002. Disponível em:

Um dos casos em que o Superior Tribunal de Justiça majorou o valor da indenização por dano moral envolveu lesões corporais gravíssimas produzidas por arma de fogo. O autor da ação, um estudante universitário de vinte e dois anos, teve o seu veículo cercado por outros três e, em seguida, alvejado por um tiro de pistola, que perfurou vários órgãos e se alojou em sua coluna, deixando-o paraplégico. O réu, um “banqueiro de jogo do bicho”, fora condenado, em primeiro grau de jurisdição, ao pagamento de indenização por dano moral de 600 salários-mínimos. Em sede de embargos infringentes, o valor foi majorado para 1.000 salários-mínimos e, em fase de recurso especial, a indenização foi elevada para 1.500 salários-mínimos, cuja ementa transcreve-se.⁷⁵

PROCESSO CIVIL. AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO PARCIAL. PRECLUSÃO DOS TEMAS DESACOLHIDOS NO AGRAVO. CIVIL. INDENIZAÇÃO. VINGANÇA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. PARAPLEGIA. MOTIVO FÚTIL. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAJORAÇÃO. PENSÃO MENSAL. MAJORAÇÃO. DESPESAS COM ADVOGADOS PARA ACOMPANHAR AÇÃO PENAL CONTRA O AUTOR DOS DISPAROS. INDEFERIMENTO. TRATAMENTO NO EXTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo **e a natureza punitiva e inibidora que a indenização**, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração. (grifo nosso).

II - Ainda que se admita que o autor tenha desrespeitado a honra do réu, o certo é que a reação deste foi manifestamente desproporcional, passando longe, e muito, do tolerável. E não se pode deixar de considerar que, na espécie, as lesões decorreram de conduta criminosa, de acentuado dolo, como se vivêssemos em um País sem leis e em estado de barbárie.

[...]

<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=79311&nreg=200101057029&dt=20020408&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp nº 183.508-SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU de 5.2.2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn='000161777'>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

Os excertos acima demonstram o que foi observado por Martins-Costa e Pargendler, no que concerne ao “caráter punitivo da indenização” e a “indenização punitiva”: salientar a natureza punitiva e disciplinadora da indenização é invocar desnecessariamente a doutrina das *punitive damages* como fundamento da decisão, implicando a ideia de aplicação de sanção no direito privado.

Bodin de Moraes salienta que o caráter punitivo, ao qual nem sempre se faz referência expressa, aparece quando o arbitramento se baseia, essencialmente, na relação entre a culpa do agente e sua capacidade econômica. Assim, por exemplo, num caso de morte de agente de segurança por atropelamento, a indenização atingiu o valor de R\$ 362.880,00, estipulado na primeira instância e mantido pelo 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, justificando-se tal quantia como uma forma punitiva e preventiva para que a empresa responsável repensasse suas atividades e selecionasse melhor seus empregados, “a fim de que cidadãos comuns, trabalhadores humildes que batalham todos os dias pelo sustento próprio e dos seus não sejam mortos quando trafegam tranquilamente pela calçada, após mais um dia duro de trabalho”.⁷⁶

Da mesma forma, tanto juízos monocráticos quanto tribunais recorrem a esse mesmo fundamento para a fixação do *quantum*, embora nem sempre seja possível verificar que parâmetros e em que medida pautam a ponderação dos magistrados:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR DA INSCRIÇÃO DO SEU NOME EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ART. 43, § 2º, DO CDC. DANO MORAL CONFIGURADO. []

[...]

A falta de notificação prévia, comunicando o consumidor de sua futura inclusão em banco de dados de maus pagadores, torna a anotação um ato arbitrário, revestido de ilegalidade, que enseja o cancelamento da inscrição indevida e o dever de indenizar.

Diante da ausência de prova da prévia comunicação está configurado o dano moral, não sendo efetivada a inscrição de acordo com o disposto no art. 43, §2º, do CDC.

REDUÇÃO DO *QUANTUM*.

O valor a ser arbitrado, deve atender a reparação do mal causado e deve servir como forma de coagir o ofensor para que não volte a repetir o ato. Desse modo, deve ser reduzido o *quantum* indenizatório.

⁷⁶ STJ evita abusos na fixação do valor de indenização por dano moral, seção “Notícias” do STJ, de 08 set. 2000, disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09 mar. 2002 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 276.

PRELIMINAR RECURSAL DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA E APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

A reparação por dano moral, como já sabido, não deve surgir como um prêmio ao ofendido, dando margem ao enriquecimento sem causa, mas sim, **como forma punitiva de um ato ilícito praticado pela mantenedora dos cadastros de inadimplentes.**

A responsabilidade civil tem em suas funções a finalidade de reparação, de punição e de prevenção. **E, no caso em tela, entendo ser aplicável a função pedagógico-punitiva combinada com a preventiva, com a finalidade de punir a empresa mantenedora dos cadastros negativados como forma de inibi-la a praticar futuros atos danosos à lesada e a outrem. Coagir a lesante à reparação do dano causado induz à cessação deste comportamento ilícito, contribuindo na prevenção geral que repercute na sociedade.**⁷⁷

[...]

No que toca ao quantum, porém, entendo que a irresignação merece guarida. **No caso dos autos, considerando que a verba fixada a título de reparação por danos morais não deve surgir como um prêmio ao ofendido, dando margem ao enriquecimento sem causa e tendo em conta as condições econômicas da autora, a natureza do litígio, a extensão do dano e observando, ainda, os parâmetros adotados por esta Câmara, tenho que a indenização arbitrada mostra-se elevada.**

Assim, reduzo a indenização para o valor de R\$ 8.000,00⁷⁸ (oito mil reais). (grifo nosso)

Outro julgado em caso bastante semelhante, oriundo do mesmo tribunal:

Apelação cível. Ação de indenização. Inscrição indevida do nome do consumidor nos órgãos restritivos de crédito. Descumprimento de decisão judicial. Dano moral configurado. Obrigação de indenizar. artigo 186 do CCB. O quantum indenizatório deve ser proporcional à ofensa, sem gerar enriquecimento sem causa. Na hipótese apelo provido.

[...]

A consumidora esteve indevidamente cadastrada como má pagadora, apesar de ter em seu favor decisão judicial que vedava esse registro.

[...]

No caso concreto, demonstrado o ato ilícito da credora pela inscrição indevida, o dano sofrido pela consumidora e o nexos causal

⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70051695823. Apelante: Serasa S/A. Apelado: Ricardo Jesus Hernandez. Relator: Desembargador Artur Arnildo Ludwig. Porto Alegre, 08 nov. 2012. DJ 14 nov. 2012. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051695823%26num_processo%3D70051695823%26codEmenta%3D4998117+inscri%C3%A7%C3%A3o+indevida&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70051695823&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=08-11-2012&relator=Artur+Arnildo+Ludwig#footnote3>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁷⁸ A condenação pelo juízo de primeiro grau de jurisdição foi fixada em 15 salários-mínimos, equivalente a R\$ 9.330,00.

entre a ação e o resultado, devida é a reparação a título de danos morais conforme preceitua o art. 927 c/c art. 186 do Código Civil de 2002.

Ao fixar a indenização a título de dano moral, deve o julgador levar em conta a gravidade da lesão, o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica do lesado, bem como a repercussão do dano, além do necessário efeito pedagógico da indenização. Nessa contextualidade, o quantum indenizatório deve guardar a dupla função, observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a primeira dirigida ao agente do ato lesivo, a fim de evitar que atos semelhantes venham a ocorrer novamente e a segunda que o valor arbitrado não cause enriquecimento ilícito sem causa à parte lesada.
(grifo nosso)

Por tais razões, diante dos elementos constantes nos autos, especialmente, o longo período em que perdura a inscrição, tenho que a fixação do quantum indenizatório em R\$ 31.100,00, equivalentes a cinquenta salários mínimos (R\$ 622,00), corrigidos monetariamente a partir deste julgamento, acrescido de juros moratórios desde a citação, mostra-se consentânea com o caso em exame.⁷⁹

Observe-se que ambas as decisões referem, ao estabelecer o *quantum*, critérios enunciados genericamente e bastante parecidos, conforme se verifica dos trechos grifados. O resultado a que chegam, todavia, é bem diferente: enquanto na primeira causa a indenização por danos morais foi estabelecida em R\$ 8 mil, na segunda, alcançou-se a monta de R\$ 31 mil. Ambas as demandas versam sobre a inscrição indevida em órgão de restrição de crédito e, embora esta última tenha sido proposta cerca de um ano e quatro meses antes, não há lógica que justifique a diferença de R\$ 23 mil somente se levando em conta a extensão do dano, pois não há uma proporcionalidade entre essa diferença de valores e o tempo decorrido.

Bem, se a responsabilidade é objetiva, presumindo-se o dano, deveria haver um critério racional que permitisse calcular a indenização devida em razão do tempo pelo qual perdurou a conduta ilícita. Exceder essa proporção pré-estabelecida somente se justificaria mediante comprovação efetiva de dano, como a recusa de determinado estabelecimento em permitir uma operação de crédito em decorrência dessa indevida restrição, quando haveria, definitivamente, a exposição a uma

⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 13ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70049150659. Apelante: Daniela Baptista. Apelado: Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Relatora: Desembargadora Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Porto Alegre, 08 nov. 2012. DJ 13 nov. 2012. Disponível em:

<http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70049150659%26num_processo%3D70049150659%26codEmenta%3D4996665+inscri%C3%A7%C3%A3o+indevida&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70049150659&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=08-11-2012&relator=Vanderlei+Teresinha+Tremeia+Kubiak>. Acesso em: 18 nov. 2012.

situação vexatória, passando-se do campo da possibilidade – no caso da presunção do dano – para o da concretização do abalo moral. Não se trata mais, apenas, da insatisfação pessoal por constar daquela lista de restrição – honra subjetiva – mas, também, do agravamento do abalo emocional em decorrência da violação à honra objetiva, perante terceiros.

Se não existe tal processo (de cálculo), o que se infere dos julgados, inexoravelmente, é que o que realmente motivou essa diferença foi a conduta das ré, numa clara aplicação de uma sanção, que, excedendo a extensão do dano, constitui causa de enriquecimento ilícito da parte autora.

Em decisão⁸⁰ oriunda da comarca de São Paulo, resta mais evidente a intenção do julgador de aplicar uma sanção em decorrência da conduta do réu, como se verifica abaixo:

VISTOS ETC.

1. MAURO GOMPERTZ ajuizou AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS em face de PANAMERICANO ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA., cuja razão social atual é LIDERPRIME EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. Alegou ser advogado e nunca ter algo que desabonasse sua conduta moral e financeira. Contudo, no dia 30 de junho de 2011, ao tentar adquirir produtos e serviço, com pagamento parcelado, descobriu averbação negativa, lançada pela ré, no valor de R\$2.690,49. Pagou o preço à vista e lavrou Boletim de Ocorrência. Entrou em contato com a ré, para solução do problema, mas não obteve resposta. Negou ter tido qualquer relacionamento comercial com a ré. Buscou a anulação do contrato, celebrado em seu nome, bem como condenação da ré em indenização por dano moral, que estimou em R\$10.900,00, equivalentes a 20 salários-mínimos.

[...]

A ré, omitindo-se na instauração de procedimento interno, para apuração séria, zelosa e com presteza, da denúncia de fraude, efetuada pelo autor, agiu de forma temerária e com descaso aos direitos do autor-consumidor.

[...]

Assim sendo, competia, à ré treinar adequadamente seus prepostos, em especial quanto aos tipos de documentos que deveriam ser exigidos dos postulantes do contrato de cartão de crédito, e em que condições deveriam

⁸⁰ SÃO PAULO. 2ª Vara Cível do Foro Regional I – Santana – da comarca de São Paulo. Processo nº 0030472-98.2011.8.26.0001. Autor: Mauro Gompertz. Réu: Panamericano Administradora de Cartões de Crédito. Julgador: Juíza de Direito Maria Pires de Melo. São Paulo, 14 ago. 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?cdProcesso=010013SOZ0000&cdForo=1&cdDoc=21877314&cdServico=800000&tpOrigem=2&flOrigem=P&nmAlias=PG5REG&ticket=0U8NxOqnhCbDSO63QO7m0co7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvf%2B69pqDa%2FVf%2FssHqomW1zJElur%2Bk8m8uHYKEq9vnBjyqSA7flGRkiQ6YR0lbKx328LRb4Mkv%2FwKQjheS0wr4P4jx1ld1%2B4QkIxIANoAjeais0D4QAAqt26%2BGRyqRt9jzwCWs6VNUga9iHSNx%2FgL2vg%3D%3D>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

esses documentos ser apresentados, para exame e confronto com a pessoa que se apresentava como titular deles. [] **Verifica-se, pois, que a ré, por seus prepostos, não se cercou do cuidado mínimo necessário, para celebração do contrato em litígio. Aliás, se repita, a ré não descreveu qualquer precaução que tenha adotado, para identificação correta do postulante ao crédito e ao contrato em litígio e conferência da correção de suas informações.**

[...]

Destaque-se que a responsabilidade da ré é objetiva, sendo irrelevante se perquirir sobre dolo ou culpa, nos termos do art. 14, “caput”, do Código de Defesa do Consumidor.

[...]

Para reparo do dano extrapatrimonial, considerando, de um lado, as repercussões dos fatos (o constrangimento, ao descobrir a averbação negativa, quando da aquisição de produto a crédito; a ansiedade, por não lograr solução extrajudicial) e, de outro, o descuido da ré, para com a imagem do autor, mostra-se razoável indenização no valor almejado de R\$10.900,00 (dez mil e novecentos reais), equivalentes a trinta (20) salários-mínimos, à época da distribuição do pedido. Essa soma em dinheiro, revela-se adequada, de um lado, a amenizar a dor enfrentada pelo autor, a servir de lenitivo ao sofrimento interior que padeceu, e de outro, **a servir como sanção à conduta transgressora da ré às normas e deveres que regem o convívio social, bem como a estimular aprimoramento do comportamento da ré e da sociedade, e a desestimular novas práticas lesivas análogas à presente, seja pelo réu, seja por qualquer pessoa que conviva em sociedade.** (grifo nosso).

Ressalte-se que a magistrada, a despeito de destacar a responsabilidade objetiva da ré, que independe de dolo culpa, traça minuciosa análise desvalorando a conduta transgressora da ré. No final da decisão transcrita, resta evidente, mais uma vez, tratar-se de aplicação de sanção, vez que patentes, nas palavras da julgadora, as finalidades de punição e de prevenção especial e geral da conduta, conforme se infere do trecho acima destacado.

Talvez a aplicação dessa função punitiva seja fruto da falta de critérios objetivos para a aferição da extensão do dano moral, e o julgador, ao tentar encontrá-los, chegou a um fim mais nobre do que a mera reparação do dano. O que contribuiu para tanto, também, pode ter sido a sua insatisfação com a resposta penal a determinados delitos, que, em razão do *quantum* da pena e a forma de seu cumprimento, não ofereceriam a resposta punitivo-pedagógica nem a prevenção geral e especial adequada.

O que se verifica, a despeito de o Superior Tribunal de Justiça invocar o controle da proporcionalidade entre o valor da indenização por dano moral e a extensão do dano, evitando-se excessos e insignificâncias, é que não há método de

mensuração apropriado e preciso para se aferir qual o *quantum* adequado a cada caso concreto, dependendo disso, como dito anteriormente, da avaliação íntima do julgador pautada pela razoabilidade, cujos valores éticos e morais e critérios quantitativos variam de um para outro, redundando em disparates dos mais variados.

É de se atentar que, embora esse controle efetuado pelo STJ utilize os critérios mais adequados – supostamente – para estabelecer o valor da indenização por dano moral, o respaldo de tal controle reside no fato de se tratar de uma instância superior, pois os julgadores que lá atuam, a despeito de sua idoneidade moral, reputação ilibada e notável saber jurídico, não têm, como exigência para a nomeação àquela corte, a melhor ponderação ou a maior justeza em comparação a outros, até porque esses são conceitos bastante relativos. O que se quer dizer é que a valoração é íntima, sujeita e influenciada por ponderações diversas, não sendo possível dizer que a valoração proferida pelo STJ é melhor ou mais razoável que a de juízo monocrático, mas que lhe cabe a última palavra para dizer o que é excessivo, proporcional ou ínfimo.

4. DA INAPLICABILIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO BRASIL.

4.1. DAS TUTELAS CIVIL E PENAL.

A noção de ato ilícito havia sido elaborada e aparecera no Código prussiano de 1794, o primeiro da era das codificações. Ele substituiu uma multiplicidade de tipos delituosos elaborados pelo Direito romano, cujas denominações se mostravam bastante ambíguas, e iria bem servir para expressar o programa político e jurídico-filosófico liberal dos codificadores, os quais, através da nova terminologia (em substituição a “delito”), o marcavam como uma subespécie do conceito *ato*, dependente, portanto, da vontade individual. Isto tornava pressuposto que a responsabilidade, enquanto noção jurídica, somente poderia existir quando derivada de comportamento voluntário, negligente ou doloso, do agente ofensor.⁸¹

Considerou-se indispensável, todavia, regular suas consequências jurídicas com exatidão para evitar que um eventual exagero nas sanções limitasse excessivamente a liberdade dos privados. Não se tratava somente de liberdade negocial, mas, sim, de não frear o desenvolvimento econômico e industrial com a imputação por danos causados pela incipiente maquinaria da época – e essa política, diz-se, foi de grande ajuda para a expansão da economia, aliviando os custos empresariais. Além disso, a demarcação entre o lícito e o ilícito deveria poder ser reconhecida pelos cidadãos comuns, configurando-se, assim, como meio de garantia da liberdade de outrem e como meio de proteção dos direitos subjetivos de cada um.⁸²

Bodin de Moraes leciona que o Código Civil dos franceses introduzira, como uma de suas maiores inovações, a separação rigorosa entre a matéria civil e os tipos penais, distinção que começara já pela opção de criar diferentes documentos

⁸¹ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales Del derecho civil* (1982) Trad. de G. Hernández. Barcelona: Ariel. 1987. p. 100 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 198.

⁸² RODOTÀ, Stefano. *Funzione politica Del diritto dell'economia e valutazione degli interesse realizzati dall'intervento pubblico*. In: BARCELONA, Pietro. *L'uso alternativo Del diritto*. Bari: Laterza, 1973, v. I. *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 199.

legislativos para cada uma dessas disciplinas. Como esclarece Hans Hattenhauer⁸³, a separação não era devida a qualquer esforço de cientificidade ou sistematização, mas, sim, à rígida divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, entre a liberdade do cidadão quanto à circulação dos bens e sua posição frente ao poder estatal – separação esta de fundamental importância para assegurar a plena autonomia na sociedade burguesa.⁸⁴

Segue aquela autora dizendo que o *Code* era o instrumento jurídico que iria garantir a perpetuação dessa nova ordem, resultante do movimento revolucionário que pôs fim ao antigo regime. Para a burguesia no poder, não havia que se dar ao juiz grande independência, formado que fora no sistema anterior, acostumado que estava a uma ordem jurídica plena de privilégios e desigualdades. Não lhe poderia ser atribuída, portanto, a moralização do processo civil, sobretudo para avaliar o dano; competia-lhe apenas aplicar, se possível literalmente, o texto legal. A separação entre pena e indenização foi, assim, uma consequência dessa mentalidade, e bem se justificava, tendo em vista os objetivos a serem alcançados: era, então, imprescindível retirar da indenização qualquer conotação punitiva; a pena dirá respeito ao Estado e a reparação, mediante indenização, exclusivamente ao cidadão.⁸⁵

A par disso, estabeleceu-se que direito privado é o que, tradicionalmente, regula o ordenamento dos interesses de particulares, sendo o Direito Civil o ramo do direito privado por excelência, onde preponderam as normas jurídicas reguladoras das atividades desses particulares, tratando-se de interesses individuais. Já o direito público é o ordenamento jurídico que regula os vínculos de subordinação e supraordenação entre o Estado e os particulares, onde as normas são imperativas e perseguem a consecução de um interesse público.⁸⁶

⁸³ HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales Del derecho civil** (1982) Trad. de G. Hernández. Barcelona: Ariel. 1987. p. 102 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 201: “Para los hijos de La Revolución, no se trataba tanto de conseguir claridad científica o sistemática, cuanto de una estricta separación entre Derecho público y Derecho Privado, entre la libertad del ciudadano en el tráfico mutuo, y su posición respecto del poder real del Estado. La distinta posición del ciudadano en la sociedad y en el Estado era la idea dominante. Para asegurar la autonomía de la sociedad burguesa había que separar claramente el Derecho Penal del Derecho Privado.”

⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 201.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 201-202.

⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **O Direito Civil**. Disponível em <http://www.silviovenosa.com.br/direito_civil>. Acesso em 29 nov. 2012.

O Direito penal como o conhecemos hoje busca atingir primordial e diretamente um objetivo social, público, por meio da aplicação de uma pena. O Direito civil, por seu turno, através da responsabilidade civil, busca, primordialmente, a reparação de um prejuízo. Normalmente, isso constitui um interesse privado da vítima e apenas de modo indireto e secundário um objetivo social.⁸⁷

Cavaliere Filho⁸⁸, nessa seara, defende que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição, vez que todas poderiam ser dispostas sobre um mesmo plano por sua identidade substancial, razão pela qual não haveria que se falar em ilícito civil ontologicamente distinto de um ilícito penal. Afirma que ambos importam violação de um dever jurídico – infração da lei – e que Beling já acentuava que a única diferença entre a ilicitude penal e a civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito civil é um *minus* ou *residuum* em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, as condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves.

Tanto seria assim que uma mesma conduta pode incidir, ao mesmo tempo, em violação à lei civil e à penal, caracterizando dupla ilicitude, dependente de sua gravidade. É o caso do motorista que, dirigindo com imprudência ou imperícia, atropela e mata um pedestre, ficando sujeito à sanção penal pelo crime de homicídio culposo e, ainda, obrigado a reparar o aos descendentes da vítima. Em tal caso, haverá dupla sanção: a penal, de natureza repressiva, consistente em uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, e a civil, de natureza reparatória, consubstanciada na indenização.

Seguindo-se os argumentos desse autor, se os ilícitos civis são menos gravosos que os ilícitos penais, então, logicamente, as sanções a eles aplicados devem guardar a mesma proporção: se o penal é grave, então deve haver, de fato, uma punição; se o civil é menos gravoso, não há necessidade de imposição de pena, mas que, simplesmente, seja desfeito o mal através de sua reparação. Ademais, se a questão é apenas de diferenciação de graus de ilicitude, sendo o

⁸⁷ PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: Máira Rocha Machado (Org. da atualização). (Org.). Basileu Garcia. Instituições de Direito Penal. São Paulo: Saraiva. 2008, v. 1, T1, p. 18-37.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2008. p. 14.

mais grave legado para a esfera penal e a menos grave delegada para a esfera civil, então não haveria que se falar na dupla incidência dessas esferas a um determinado caso. Para haver dupla incidência, são necessárias causas distintas.

Puschel e Machado⁸⁹ observam, no entanto, que quando o direito impõe uma sanção penal à pessoa que atropelou alguém, causando-lhe ferimentos graves, está afirmando que os ferimentos da vítima devem ser atribuídos ao sujeito que dirigia o automóvel, a quem deve ser aplicada uma pena, com o objetivo – que interessa diretamente a toda comunidade – de que o motorista não volte a praticar atos semelhantes ou de que outras pessoas não se sintam tentadas a dirigir como ele. Embora o bem protegido seja individual (a integridade física de uma pessoa) a sua proteção pelo Direito penal se faz na medida em que isso interessa à sociedade.

Quando o direito impõe uma sanção civil ao sujeito desse mesmo caso, também está afirmando que os ferimentos da vítima devem ser atribuídos ao motorista, mas seu objetivo é essencialmente recolocar a vítima no estado em que estaria caso o atropelamento não tivesse ocorrido. Para isso, o motorista será condenado a pagar as despesas com o tratamento médico, valores que a vítima perdeu por não poder trabalhar e, eventualmente, também um valor para compensá-la pelo dano moral sofrido. A sanção, na responsabilidade civil, consiste, portanto, na reparação pelos danos e esta interessa a quem os sofreu, isto é, à vítima. Em um caso como o do exemplo, é apenas indiretamente e de modo eventual que a imposição ao responsável de um dever de indenizar os prejuízos da vítima poderá ter também um efeito de interesse social, como desestimular o motorista ou outras pessoas a dirigir sem cuidado.

Denota-se, assim, que a intervenção do direito civil é diferente da do direito penal em razão de justificativas distintas, ainda que incidam sobre o mesmo objeto. A introdução da ideia de bem jurídico na dogmática do Direito penal ajudou a construir essa distinção. Antes dela, pensava-se que o crime significava uma lesão a um direito subjetivo. Essa perspectiva do direito individual mantinha a vítima presente no conceito de crime e, com isso, tornava menos nítida a separação entre interesse público a ser tutelado pela intervenção penal e interesse privado da vítima a ser objeto de indenização. Essa distinção se torna mais clara quando a ideia de

⁸⁹ PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: Máira Rocha Machado (Org. da atualização). (Org.). Basileu Garcia. Instituições de Direito Penal. São Paulo: Saraiva. 2008, v. 1, T1, p. 18-37.

lesão ao direito subjetivo é substituída pela de lesão a um bem: o bem jurídico-penal. Ainda que o conteúdo do bem jurídico-penal tenha continuado por muito tempo individual e concreto, o delito deixa de depender somente da existência de direitos individuais para refletir a proteção de bens que passaram por uma escolha da comunidade a respeito de quais são considerados relevantes e merecem proteção penal. Ou seja, o que passa a importar para o Direito penal, desse ponto de vista, é o vínculo entre a ação e seu "valor social" e não entre ação e suas consequências para a vítima. Por essa razão, identifica-se que o estabelecimento do bem jurídico como referência político-criminal e material para o Direito penal é que acabou por marginalizar a vítima e fundamentar uma concepção de pena orientada aos interesses do Estado e da sociedade.⁹⁰

Observa-se que o Direito Penal tem por fim precípua definir as condutas humanas mais reprováveis em uma sociedade, estabelecendo penas e medidas de segurança aos seus infratores. Assim, não se pode definir como infração penal toda e qualquer conduta, mas somente aquelas que atinjam os bens jurídicos de maior importância e vitais ao convívio em comunidade e que devem ser protegidos por esse ramo do ordenamento jurídico. Os demais valores, bens e interesses da sociedade são tutelados por outros ramos do direito que não o penal. Delineia-se, nesse ponto, o caráter subsidiário do direito penal, onde a sua intervenção só ocorre quando a proteção por outros ramos do direito revela-se insuficiente. É a chamada intervenção mínima, que preconiza a criminalização de uma conduta somente em último caso, quando se constituir o meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.⁹¹

Nesse sentido, leciona Francisco Muñoz Conde:⁹²

Igual que entonces, el derecho penal no puede ser concebido tampoco ahora como único o principal instrumento para la consecución de fines políticos, económicos o sociales, sino como un último recurso inspirado por el principio de intervención mínima, al que el Estado debe recurrir sólo cuando se trata de evitar o sancionar comportamientos muy graves que

⁹⁰ PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: Máira Rocha Machado (Org. da atualização). (Org.). Basileu Garcia. Instituições de Direito Penal. São Paulo: Saraiva. 2008, v. 1, T1, p. 18-37.

⁹¹ CARVALHO, Luís Fernando Botelho de. **Crimes de bagatela**. Brasília: Consultoria Legislativa. 2005. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1586/crimes_bagatela_carvalho.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 nov. 2012.

⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1975. p. 16.

atacan a bienes jurídicos fundamentales, y sólo en la medida en que no sean suficientes otros instrumentos protectores menos lesivos y limitadores para los derechos humanos que los puramente punitivos.

Ora, o Código Penal já tinha, desde 1984, na reparação do dano, circunstância indicativa de arrependimento posterior, capaz de reduzir de um a dois terços da pena (art. 16 do CP) ou circunstância atenuante da pena (art. 65, III, b, do CP). A reparação passou a ter um papel mais relevante com a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n.º 9.099/95), que instituiu, para os casos considerados de menor potencial ofensivo, o dever do juiz, sempre que houver dano, buscar a composição civil entre o autor e a vítima (arts. 72 a 74). A reparação do dano implica renúncia do direito de queixa ou representação, significando que a adoção dessa solução negociada põe fim à possibilidade de persecução e imposição de sanção penal. De igual forma, o art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003, que determina:

É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

[...]

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

A reparação não perde a sua natureza civil, de modo que não é vista como uma forma de sanção penal, mas passa a ser uma das respostas possíveis do sistema penal, capaz de afastar as sanções propriamente penais. O que se dá é que se evita o Direito penal e se promove uma espécie de despenalização parcial. Nesse sentido, a reparação não entra propriamente no Direito penal, mas se coloca como uma espécie de solução alternativa a ele.⁹³

Pelo que se demonstrou até o momento, parece bastante claro que juízos cíveis estão se imiscuindo em funções exclusivas da esfera penal. O que se vê com a função punitiva do dano moral é justamente o contrário do que se vem buscando

⁹³ PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: Máira Rocha Machado (Org. da atualização). (Org.). Basileu Garcia. Instituições de Direito Penal. São Paulo: Saraiva. 2008, v. 1, T1, p. 18-37.

com a intervenção mínima do direito penal: se, no ramo do direito responsável pela punição de condutas que o Estado – monopolizador da violência legítima – através da sociedade, elegeu como violadoras do interesse coletivo, procura-se atenuar esse tipo de medida pela possibilidade do réu reparar eventuais danos que causou, então não é o Direito Civil que deve se ocupar de censurar outras condutas, em razão da incompatibilidade lógica das atuações. Despenaliza-se condutas de um lado enquanto se penaliza outras de outro.

4.2. A SANÇÃO NO ÂMBITO CIVIL E A VIOLAÇÃO A DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

O problema que se nota é o que a doutrina americana já observou há muito: o direito civil não possui as inúmeras garantias que o direito penal assegura ao réu.

Primeiramente, restaria violado preceito insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” – *nulla poena, nullum crimen, sine previa legem poenale* – princípio aceito pelos códigos penais de Estados constitucionais. Se, no âmbito penal, a análise da conduta é tão esmiuçada com o fim de verificar se se subsume perfeitamente ao tipo descrito, tanto objetiva quanto subjetivamente, para a aplicação de uma pena, seja ela privativa de liberdade ou restritiva de direitos (aqui incluída a pena pecuniária), parece que, no âmbito civil, tal rigorosidade vai ignorada.

Veja-se que a aplicação da função punitiva do dano moral – sanção – fica a critério e arbitrariedade do juízo cível, dependendo de quão ofensivo o ilícito civil se mostrar perante seus olhos, segundo seus valores éticos e morais mais íntimos. Não há norma tipificando que, se um determinado bem apresentar defeito e o fabricante se mostrar inerte ou mesmo moroso na resolução do problema, seja-lhe aplicável uma condenação em pena pecuniária – multa – disfarçada de indenização por dano moral. Saliente-se que, embora a nomenclatura dada em decisões seja a de indenização, as razões invocadas para justificá-la deixam transparecer a intenção do julgador de aplicar uma punição ao réu, exaltando as finalidades punitiva e

preventivas especial e geral, como já demonstrado, anteriormente, pelos excertos de decisões transcritas.

Essa liberdade que tem o juiz no arbitramento do montante da indenização não fornece a segurança jurídica que se espera de um Estado de Direito. Como se disse, fica a juízo do julgador a ofensividade da conduta, dependendo diretamente dessa valoração a monta indenizatória estipulada e quão majorada será ela em razão da função punitivo-pedagógica, inexistindo limite máximo para a sua aplicação, como o é no âmbito da esfera penal. Em outras palavras, não há previsão de quão longe pode chegar essa indenização, que, na parte em que excede a extensão dos danos, trata-se de pena pecuniária.

Como demonstrado na segunda parte deste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça se reserva a função, unicamente, de determinar quais os casos em que essa indenização seja totalmente discrepante em relação ao dano, seja ela ínfima ou exagerada. Todos os demais casos em que não salte aos olhos essa desproporção, não há a possibilidade de reforma embasada em critérios objetivos, mas, tão somente, por uma valoração diversa da realidade realizada em um segundo grau de jurisdição, conforme diferentes parâmetros éticos e morais do novo julgador.

Ora, o tipo penal exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade. O princípio da legalidade contém uma regra, segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade, e uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis.

O princípio da legalidade⁹⁴, no campo penal, corresponde a uma aspiração básica e fundamental do homem, qual seja, a de ter uma proteção contra qualquer

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal: parte geral**. Vol. 1. 11ª ed, revista e atualizada de acordo com a Lei 11.343/2006 (nova lei de drogas). São Paulo: Saraiva. 2007. p. 38-39. "Tal princípio foi traduzido pela conhecida fórmula em latim *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* por Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1733), considerado o pai do direito penal moderno. Originariamente, surgiu pela primeira vez na *Magna Charta Libertatum*, documento de cunho libertário imposto pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, no ano de 1215. Seu art. 39 previa que nenhum homem livre poderia ser submetido a pena não prevista em lei local. Constou também da Constituição Carolina da germânica de 1532. Entretanto, foi só no final do século XVIII, já sob influência do Iluminismo, que o princípio ganhou força e efetividade, passando a ser aplicado com o

forma de tirania e arbítrio dos detentores do exercício do poder, capaz de lhe garantir a convivência em sociedade, sem o risco de ter a sua liberdade cerceada pelo Estado, a não ser nas hipóteses previamente estabelecidas em regras gerais, abstratas e impessoais. E isso não está restrito apenas ao campo do direito penal, vez que a Constituição Federal assegura, em seu art. 5º, inciso II, que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

De outra banda, alguns institutos da esfera cível não são compatíveis com a aplicação de uma punição, ínsita à esfera penal, a exemplo da revelia. Diz o Código de Processo Civil, em seu artigo 319, que, se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. O Código de Processo Penal, por sua vez, no artigo 367, com redação dada pela Lei nº 9.271 de 1996, diz que o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

Acerca do assunto, transcreve-se trecho de decisão oriunda do STJ, de relatoria da Desembargadora convocada do TJMG Jane Silva⁹⁵:

Não há no processo penal revelia, propriamente dita, porquanto a Constituição da República ao estabelecer a ampla defesa e o contraditório, integrantes do devido processo legal, afastou as normais conseqüências da revelia, pois não ocorre a presunção de veracidade dos fatos alegada pelo

objetivo de garantir segurança jurídica e conter o arbítrio. Em 1762, com a Teoria do Contrato Social, de Rousseau, o princípio da legalidade teve um grande impulso: o cidadão só aceitaria sair de seu estado natural e celebrar um pacto para viver em sociedade, se tivesse garantias mínimas contra o arbítrio, **dentre as quais a de não sofrer punição, salvo nas hipóteses previamente elencadas em regras gerais, objetivas e impessoais.** Dois anos mais tarde, em 1764, o marquês de Beccaria, em sua consagrada obra *Dos delitos e das penas*, influenciado por Rousseau, escrevia: **“só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir no legislador,** que representa toda a sociedade unida pelo contrato social”. Com a Revolução Francesa, acabou consagrado na Declaração de Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1769, em seu art. 8º, vindo a também, constar da Constituição daquele país. **A Teoria da Separação dos Poderes, preconizada por Montesquieu, contribuiu decisivamente para impedir que o juiz, usurpando função própria do Legislativo, considerasse condutas assim não contempladas pelo legislador.** De fato, a partir da separação funcional dos Poderes, o ao legislador passou a competir a função exclusiva de selecionar, dentre o imenso rol de comportamentos humanos, os mais perniciosos ao corpo social e, assim, defini-los como crimes e cominar-lhes a correspondente sanção penal. **Por outro lado, ao juiz couve a tarefa de aplicar aos casos concretos, estrita e rigorosamente, apenas o que estivesse estabelecido na regras penais objetivas.** (grifo nosso).

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 111469/SP. Impetrante: Agnelo Bottone. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Ravair de Souza. Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG. Julgado em 20 nov. 2008. DJ do dia 09/12/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4417697&sReg=200801614345&sData=20081209&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em 08 dez. 2012.

autor da ação penal, bem como não ficará ele indefeso durante o processo, visto que, se não indicar defensor, o Juiz lhe nomeará advogado ou será chamado o defensor público a defendê-lo. (*sic*)

Não é compatível a aplicação de uma sanção no âmbito civil com os efeitos produzidos por sua revelia, visto que, conforme exposto no excerto transcrito, violar-se-ia o contraditório e a ampla defesa integrantes do devido processo legal, bem como a presunção de inocência, vez que não contestar a ação implica a veracidade dos fatos alegados pelo autor. Veja-se:

PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PREPOSTO. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ANOTAÇÃO INDEVIDA DE DADOS EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. DEFÉITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. HIPOSSUFICIÊNCIA DO AUTOR RECONHECIDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA APELANTE, CUJO ATO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO DO AUTOR CAUSOU-LHE DANO MORAL NA MODALIDADE IN RE IPSA. AUSÊNCIA DE CULPA DO CONSUMIDOR, ALIADA À CULPA DA EMPRESA, VERTIDA EM RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS, CUJA COMPENSAÇÃO EM PECÚNIA FOI CORRETAMENTE AVALIADA PELO JUÍZO RECORRIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. A hipossuficiência diz respeito à determinada situação ou relação jurídica, frente à qual o consumidor apresenta traços de inferioridade técnica, econômica ou probatória em relação ao fornecedor. Na hipótese dos autos, impõe-se o reconhecimento da hipossuficiência do Requerente frente à empresa demandada. 2. Mister se faz a existência de vínculo entre preposto e preponente, para se fazer válida a preposição no âmbito do Juizado Especial. **Comprovado em audiência a inexistência de vínculo empregatício entre os prepostos e a requerida, correta se mostra a decisão que decretou a revelia.** 3. "Na esteira da mais pacífica jurisprudência emanada dos Tribunais pátrios, o dano moral considera-se presumido pela simples negativação indevida de seu nome nos órgãos de restrição ao crédito. A reparação do dano moral deve ser impositiva, toda vez que a prática de qualquer ato ilícito viole a esfera íntima da pessoa, causando-lhe humilhações, vexames, constrangimentos, dores etc" Acórdão Nº 259478 Relatora Juíza NILSONI DE FREITAS, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., publicado em 24/11/2006). 4. É inapreciável o valor da honra, como inapreciável é, também, o dano a ela causado. O infortúnio causado à autora torna-se indelével, ficando exposta ao transtorno que lhe foi imposto e para o qual não contribuiu. Neste caso, suporta ela dano moral, e tem direito a ser compensada pecuniariamente pela parte que obrou tal resultado danoso. 5. A fixação de quantum indenizatório/reparatório, máxime para danos morais, que possuem natureza extrapatrimonial e não são aferíveis com exatidão, muito menos "tarifáveis" ou quantificáveis, não devem ultrapassar certos limites vinculados aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de causarem ilícito locupletamento ou, na melhor das hipóteses, enriquecimento sem causa. Levando-se em conta os princípios que orientam a reparação do dano moral, como a situação econômica das partes envolvidas, a gravidade do dano causado e o **tríplice escopo da reparação - indenizatório, punitivo, pedagógico** -, sem desbordar de prudentes limites e sem ensejar enriquecimento desmotivado ao lesado, mantém-se o valor irrogado ao recorrente como reparação do dano moral,

fixado na sentença em R\$4.500,00 (quatro mil e quinhentos mil reais). 6. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com Súmula de julgamento servindo de Acórdão, na forma do artigo 46 da Lei nº 9.099/95. Custas e honorários advocatícios a cargo da Apelante, estes fixados em 10% do valor da condenação.(Acórdão n. 328930, 20070110837780ACJ, Relator JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 23/09/2008, DJ 11/11/2008 p. 160)⁹⁶

DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. REVELIA. AUSÊNCIA DE PREPOSTO DA RECORRENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. DANO MORAL. OFENSA A DEFICIENTE FÍSICO EM PÚBLICO. INDENIZAÇÃO. **Não configura cerceamento de defesa o decreto de revelia se o preposto da recorrente não compareceu à audiência de instrução e julgamento.** Alegação de congestionamento no trânsito que não foi demonstrada e sequer documentada nos autos. Ofensas levadas a efeito por preposto da recorrente contra deficiente físico no interior de estabelecimento comercial e diante de várias pessoas. dano moral configurado. **Indenização fixada de acordo com a finalidade punitivo-pedagógica de que se reveste essa sanção.** Recurso improvido.⁹⁷

Veja-se que a aplicação da função punitivo-pedagógica está em total desacordo com o devido processo legal e com as garantias que o direito penal proporciona ao réu. Objetiva-se aplicar uma sanção, mas ignora-se a garantia da presunção de inocência do direito penal na medida em que o instituto da revelia, no âmbito civil, faz presumir verdadeiros os fatos alegados na inicial.

A presunção da inocência, no campo probatório, significa, por um lado, que o ônus de provar a veracidade dos fatos que lhe são imputados é da parte autora na ação penal (em regra, o Ministério Público) e, por outro lado, que se permanecer no espírito do juiz alguma dúvida, após a apreciação das provas produzidas, deve a querela ser decidida a favor do réu – *in dubio pro reo*. Já no direito processual civil, o juiz, ao decidir, se limita a distribuir as regras de ônus da prova, julgando a lide contra a parte que não se desincumbiu do ônus de provar os fatos por ela alegados. E é corolário da presunção da inocência a inaplicabilidade da inversão do ônus da prova quando se trata de direito sancionador.

⁹⁶ BRASÍLIA. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Apelação Cível no Juizado Especial nº 328930. Processo nº 2007.01.1.083778-0. Apelante: Intelig Telecomunicações Ltda. Apelado: Jales Rodrigues Farias. Relator: Juiz de Direito José Guilherme de Souza. Brasília, 23 set. 2008. Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/328329/328930.doc>>. Acesso em 09 dez. 2012.

⁹⁷ BRASÍLIA. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Apelação Cível no Juizado Especial nº 285845. Processo nº 2006.01.1.107482-2. Apelante: Lojas Americanas S/A. Apelado: Raimundo Julio Aquino de Araújo. Relator: Juiz de Direito Robson Barbosa de Azevedo. Brasília, 02 out. 2007. Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/284285/285845.doc>>. Acesso em 09 dez. 2012.

Tais incompatibilidades, no entanto, não são observadas em algumas decisões oriundas dos juízos pátrios:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS JULGADA PROCEDENTE. INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. RECURSO DE APELAÇÃO. ALEGAÇÃO DO APELANTE DE FRAUDE CAUSADA POR TERCEIRO E DE EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS**. AUSÊNCIA DE PROVA DO DÉBITO E ATÉ DA CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL PRESUMIDO. VALOR INDENIZATÓRIO QUE DEVE SER REDUZIDO DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, LEVANDO EM CONTA AS PECULIARIDADES DO CASO. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DEVIDO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE.

1. O dano moral decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplente é considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato. (nesse sentido, STJ, REsp 1105974/BA, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009).

2. Não existem critérios fixos para a quantificação do dano moral, contudo devem ser observadas as peculiaridades do caso concreto, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, **bem como o caráter sancionador da indenização**.

3. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca. (Súmula 326, do STJ).⁹⁸

De outra banda, não há que se falar em sanção quando o caso é de responsabilidade objetiva – também chamada de responsabilidade pelo risco – que, em vez de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro), assenta-se na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo, ou seja, exige, para a reparação, apenas o nexo causal.⁹⁹

Conforme leciona Orlando Gomes, a obrigação de indenizar sem culpa nasce por ministério da lei, para certos casos, por duas razões: a primeira seria a consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para os

⁹⁸ BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. 1ª Câmara Cível. Apelação cível nº 0001959-8/2008. Apelante: Losango Promocoões de Vendas Ltda. Apelado: Daniel Vasconcelos de Souza. Relatora: Desembargadora Maria Marta Karaoglan M. Abreu. Salvador, 13 jan. 2010. Disponível em: <http://www7.tjba.jus.br/acordao2/consulta/inteiroteor.wsp?tmp.id_acordao=78888>. Acesso em 10 dez. 2012.

⁹⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 151.

outros, e a segunda, a consideração de que o exercício de determinados direitos deve implicar a obrigação de ressarcir os danos que origina.¹⁰⁰ Em razão do surgimento da responsabilidade civil objetiva, em torno da ideia central do risco, ocorreram várias concepções de teorias, dentre elas, as que mais se destacam foram a do risco-proveito e do risco criado.

Para a teoria do risco-proveito, se a atividade econômica desenvolvida gera riqueza ao seu empreendedor e a possibilidade de dano a quem executa o serviço, nada mais justo que, no caso de dano, ainda que ausente a culpa ou dolo, haja responsabilidade pelos danos ocasionados da exploração dessa atividade. Portanto, quem cria riscos potenciais de dano para os outros deve suportar os ônus correspondentes. Eugênio Facchini Neto, acerca da teoria do risco criado, refere que, dentro da teoria do risco-criado, a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A ideia de risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar.¹⁰¹

Ora, se desimporta a culpa para a responsabilização objetiva pelo dano, não há que se cogitar de aplicar a função punitiva do dano moral nesses casos, como já explicitado anteriormente, vez que um dos critérios utilizados pela doutrina, para a aferição do montante indenizatório, é justamente o grau de culpa do réu. Note-se que, se o objetivo da responsabilidade civil é reparar o dano ocorrido, o grau de culpa não deveria ter nenhuma consequência: o responsável deveria simplesmente pagar o prejuízo causado, nem mais nem menos, e a extensão do dano não se relaciona com o grau de culpa (em sentido lato). É possível causar um pequeno prejuízo com dolo, do mesmo modo como é possível causar um grande prejuízo com simples culpa. A consideração do grau de culpa faz sentido quando se pune, pois

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 307.

¹⁰¹ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 159.

nesse caso está em jogo a resposta jurídica a uma conduta reprovável do autor: tanto mais reprovável quanto maior a culpa.¹⁰²

De outra senda, é de se notar que a Lei nº 10.406 de 2002, Código Civil em vigência, prevê para alguns poucos casos determinados a aplicação de uma multa, em valor determinado, como nos casos de contrato de transporte e descumprimento de obrigações para com o condomínio edilício:

Art. 740. O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada.

§ 1º Ao passageiro é facultado desistir do transporte, mesmo depois de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar.

§ 2º Não terá direito ao reembolso do valor da passagem o usuário que deixar de embarcar, salvo se provado que outra pessoa foi transportada em seu lugar, caso em que lhe será restituído o valor do bilhete não utilizado.

§ 3º Nas hipóteses previstas neste artigo, **o transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória.** (grifo nosso).

[...]

Art. 1.336. São deveres do condômino:

[...]

§ 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e **multa de até dois por cento sobre o débito.** (grifo nosso).

Esses dispositivos transcritos são, em realidade, casos em que o CC 2002 se encarregou, previamente, de cominar a cláusula penal de que tratam os art. 408 e seguintes desse diploma, definida como o “pacto acessório no qual as próprias partes contratantes estipulam uma pena, pecuniária ou não, contra aquela que, culposamente, deixar de cumprir ou retardar o cumprimento da obrigação”.¹⁰³

Ela é ponto controvertido na doutrina quando se discute a finalidade última dessa pena convencional: se esta funciona como garantia do adimplemento da obrigação ou se se trata de liquidação antecipada de perdas e danos.

¹⁰² PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: Máira Rocha Machado (Org. da atualização). (Org.). Basileu Garcia. Instituições de Direito Penal. São Paulo: Saraiva. 2008, v. 1, T1, p. 18-37.

¹⁰³ Definição extraída do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/thesaurus/>>. Acesso em 10 dez. 2012.

A primeira posição entende que serve para reforçar o vínculo obrigacional, tendo em vista que o devedor tem seu dever para com o credor estimulado por uma multa que pode ser exigida em caso de inadimplemento da obrigação. A lei admite, também, que o inadimplemento da obrigação possibilite ao credor a observância da cláusula penal, configurando-se ela como liquidação antecipada das perdas e danos que advenham do inadimplemento.

Caio Mario da Silva Pereira defende que a finalidade fundamental da cláusula penal é o reforço do vínculo obrigacional pelo fato de que, mesmo nos casos que a cláusula tenha por objetivo antecipar a liquidação das perdas e danos, falta exata correspondência entre o prejuízo sofrido pelo credor e o valor estipulado na cláusula.¹⁰⁴

Veja-se que a multa, no Código Civil, tem função coercitiva e, não, sancionatória, como se pretende, ao disfarçá-la de indenização por dano moral com função punitivo-pedagógica.

Bodin de Moraes ressalta que o Código Civil, em nenhuma de suas numerosas disposições sobre a responsabilidade civil, contempla o caráter punitivo. Mais importante parece ser o fato de que, quando se teve a melhor oportunidade para tanto, isto é, no âmbito da proteção ao consumidor, cujo correspondente americano é a *tortius liability*, em que as *punitive damages* alcançaram sucesso e fama, a opção brasileira foi no sentido de não se adotar o caráter punitivo na reparação do dano. Do Código de Defesa do Consumidor ele foi excluído pelo veto presidencial. O artigo que o contemplava dispunha o seguinte: “Art. 16. Se comprovada a alta periculosidade do produto ou 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 a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável*” (grifou-se). Nas razões do veto, disse-se: “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

¹⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

figura da 'multa civil', sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e validade.”¹⁰⁵

De outra banda, é de se atentar para o fato de que, se a indenização por dano moral contempla a função punitivo-pedagógica, então ela foi estipulada em *quantum* além da efetiva extensão do dano. Assim, essa multa travestida de indenização acaba por redundar em transferência de patrimônio do réu para o autor, constituindo evidente enriquecimento sem causa. Veja-se que a multa penal tem como destinação o fundo penitenciário¹⁰⁶, enquanto que a indenização punitiva incorpora-se ao patrimônio da vítima, tornando-se um prêmio e fomentando a indústria do dano moral.

Ocorre que punir, no âmbito civil, constituirá sempre, aparentemente, *bis in idem*. Ora, se, como fundamentado pela doutrina partidária da utilização da função punitiva do dano moral, o grau de culpa e a reprovabilidade da conduta são critérios para a sua valoração, então somente eventos danosos mais graves é que seriam passíveis de sofrer com essa pena civil. Condutas consideradas mais graves, todavia, parecem sempre já estar tuteladas por outras esferas de atuação, seja a penal ou a administrativa.

Por exemplo, Martins-Costa e Pargendler, como já dito anteriormente, observam que muitas empresas, sabendo que seus produtos são danosos em escala massiva, amparam a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de raciocínio por custo/benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga aos indivíduos que ingressarem em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos.

A fiscalização e punição de tal tipo de conduta é atribuição não do juiz incumbido de dirimir lide privada, mas da administração pública, através de seus

¹⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 217-218.

¹⁰⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro. Planalto. Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

inúmeros órgãos reguladores com tais atribuições, a exemplo do Inmetro, cujas competências são dispostas na Lei nº 9.933 de 20 de dezembro de 1999.¹⁰⁷

Esse órgão da administração indireta tem legitimidade para elaborar e expedir regulamentos técnicos que disponham sobre o controle metrológico legal, abrangendo instrumentos de medição, expedindo regulamentos técnicos nas áreas de avaliação da conformidade de produtos, insumos e serviços, abrangendo os aspectos de segurança, proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal, proteção do meio ambiente, prevenção de práticas enganosas de comércio, dentre outras. Violados tais regulamentos, pondo-se em risco quaisquer dos interesses protegidos, pode tal órgão processar e julgar as infrações e aplicar, isolada ou cumulativamente, as penalidades de advertência, multa, interdição, apreensão, inutilização, suspensão ou cancelamento do registro de objeto.

Se a conduta danosa for suficientemente grave, adentrar-se-á a esfera penal, responsável por tutelar bens outros, de interesse público, como já explicitado anteriormente.

Veja-se que parece que há uma certa divisão de funções entre essas três esferas: enquanto a civil se ocupa de reparar o dano, preocupando-se com o interesse privado, a esfera administrativa se encarrega de desestimular condutas similares através da aplicação de determinada sanção, visando à restauração da ordem, abalada pela violação de determinada regulamentação. O castigo que sofre o infrator, com a aplicação dessa sanção, tem importância apenas secundária. Por fim, a esfera penal se encarrega das violações ao interesse público através da punição do infrator e pelo caráter da exemplaridade, concretizando as finalidades punitivo-pedagógica e preventiva geral e especial da pena.

A reparação integral parece ser a medida, necessária e suficiente, para proteger a pessoa humana nos aspectos que realmente a individualizam. De fato, considera-se que a responsabilidade civil na atualidade tem como foco precípuo a situação em que se encontra a vítima, visando recompor a violência sofrida através da reparação integral do dano.¹⁰⁸

Reparar todo o dano, mas nada além do dano.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 9.933 de 20 de dezembro de 1999. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9933.htm>. Acesso em 10 dez. 2012.

¹⁰⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 331.

5. CONCLUSÃO.

O Direito norte-americano, desenvolvedor da doutrina das *punitive damages*, há muito já observou problemas que advém da aplicação dessa sanção no âmbito civil e, por inúmeras vezes, provocou-se a manifestação da *U.S. Supreme Court* acerca de sua constitucionalidade. Ainda que lá seja consagrada a ideia de que se trata de instituto de direito civil, não se confundindo com o direito penal, algumas decisões daquela instância máxima deixam transparecer que, de fato, existem evidentes nuances de direito penal, ante à preocupação da corte com a excessividade das indenizações arbitradas e se elas constituíam ou não confisco de propriedade, ante à inadequação da esfera cível para proporcionar ao réu a ampla defesa, em violação à cláusula do devido processo legal.

Não há como explicar a fortuna crítica da doutrina das *punitive damages* senão por certos traços culturais, que fazem da imitação do “estrangeiro” (antes o francês; agora, o alemão e o norte-americano) um critério de virtude intelectual, quiçá mesmo cívica, como observaram Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler em estudo bastante citado. Não poderia ter sido mais mal-sucedida a importação, vez que o julgador, ainda que preocupado com dar um objetivo mais profundo à norma de reparação do direito civil, incutindo-lhe uma finalidade sociopolítica, olvidou-se do princípio da legalidade, infringindo princípios constitucionais básicos dos mais variados.

Essa função punitiva, que se intenta atribuir à indenização por dano moral, capaz de majorar o *quantum* além da extensão do dano, em contrariedade ao artigo 944 do Código Civil, parece equivocadamente interpretada, pois desnecessária a elevação da monta para incutir uma faceta de punição na indenização.

Ora, a indenização deve ser vista como uma moeda: com dois lados de mesmo tamanho. Essa moeda representa a exata extensão do dano, a quantia necessária para devolver a vítima – ou pelo menos o mais próximo disso – ao *status quo ante damnum*. Analisando-a por um dos lados, vislumbrar-se-ia a reparação do dano à vítima, na exata medida necessária a tanto.

O seu outro lado, do ponto de vista do causador do dano, naquela mesma medida, representa o caráter punitivo dessa indenização, visto que aquele que

causa dano sem intenção, mesmo que negligentemente, não contava com aquele dispêndio em sua reparação e, portanto, já vai desgostoso com o fato de ter de indenizar. Se o dano foi causado com intenção, também já vai configurado o caráter punitivo, na mesma medida da indenização, vez que, cometido o dano intencionalmente, seu objetivo inicial era, obviamente, furtar-se à responsabilização. Assim, resta o infrator frustrado em seu íntimo, desgostoso com o fato de ter sido descoberto e, mais, com a obrigação de ter de reparar, ainda que unicamente na extensão do dano causado.

Ora, se o sentimento íntimo da vítima e suas aflições devem ser indenizadas/reparadas, então parece razoável considerar que o sentimento de frustração do réu e seus iguais sofrimentos psíquicos já lhe sirvam de punição, o que, somado ao valor da indenização/compensação pelo dano, bastaria para atingir a finalidade da norma de reparação de modo satisfatório.

Saliente-se que parece desnecessário infligir punições no âmbito cível, vez que o ordenamento jurídico brasileiro tipifica penalmente uma variedade de condutas bastante abrangente, sendo escassos os atos potencialmente danosos e ofensivos que necessitem de censura por parte do juízo cível por não estarem abarcados pela esfera penal ou administrativa. O responsável por um acidente automobilístico, se agiu com negligência, imprudência, imperícia ou dolo já se verá devidamente processado e punido pelas esferas administrativas e penal, sendo desnecessário e, diga-se, ilegal que seja punido, ainda, em instância cível, pois já arcará ele com uma eventual perda de pontos na carteira de habilitação, cassação da carteira de habilitação, multa administrativa, imposição de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, conforme o caso, e/ou proibição ou suspensão do direito de dirigir e/ou pena pecuniária. A atribuição do juízo cível é garantir que o causador do dano efetue o seu reparo ou compensação.

Parece ilógico que determinadas condutas, apesar de consideradas penalmente irrelevantes e, portanto, não tipificadas, venham a ser objeto de censura pelo direito civil, com a imposição de uma pena pecuniária sob o manto de uma indenização. Ademais, o direito penal, como *ultima ratio*, vem despenalizar condutas, seja através da reparação do dano ou do princípio da insignificância.

Talvez a aplicação dessa função punitiva da indenização por dano moral seja conseqüência da inexistência de critérios objetivos que permitam calcular a extensão

do dano moral com precisão. Também pode ter contribuído a insatisfação com a resposta penal a determinados delitos, cuja pena e forma de cumprimento não efetivariam a resposta punitivo-pedagógica nem a prevenção geral e especial adequadas. Ou, quiçá, Pontes de Miranda seja o responsável, vez que, como observaram Martins-Costa e Pargendler, o mestre civilista escreveu em seu Tratado: “Na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, chama-se *exemplary damages* aos danos morais.”, contrariamente ao que exposto nos primórdios deste estudo.

Parece bastante claro que a aplicação da função punitiva do dano moral vai de encontro a princípios constitucionais dos mais elementares. E, em um país onde tudo vai parar nas mãos do Supremo Tribunal Federal, parece no mínimo curioso que não se tenha chamado essa prática a um controle constitucional, vez que, já há bastante tempo, ela ganha cada vez mais adeptos nos juízos pátrios.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. Da equidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 30, nº 132, p. 3-8, jul. 1941.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 28 nov. 2012.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal: parte geral**. Vol. 1. 11ª ed, revista e atualizada de acordo com a Lei 11.343/2006 (nova lei de drogas). São Paulo: Saraiva. 2007.
- CARVALHO, Luís Fernando Botelho de. **Crimes de bagatela**. Brasília: Consultoria Legislativa. 2005. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1586/crimes_bagatela_carvalho.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 nov. 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2008.
- COTCHETT, Joseph W. and MOLUMPHY, Mark C. **Punitive Damages: How Much Is Enough?**. Civil Litigation Reporter. Vol. 20, Number 1. *University of California, Berkeley, CA, USA*. 1998. Disponível em: <<http://www.cpmlegal.com/news-publications-17.html>>. Acesso em: 29 out. 2012.
- Due Process - Punitive Damages - Philip Morris USA v. Williams*. **121 Harvard Law Review**, Cambridge, MA, USA, n. 275, 2007. Disponível em: <http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/philipmorris_v_williams.pdf>. Acesso em: 29 out. 2012.
- EUA. Califórnia. Código Civil. Seção 52, “a”. Disponível em: <<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=civ&group=00001-01000&file=43-53>>. Acesso em 13 nov. 2012.
- FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JIA-FEI, Jessica. *Awards of punitive damages*. Stockholm Arbitration Report 2003:2; *New York: Juris Publishing Inc, 2003*. Disponível em: <<http://www.jonesday.com/files/Publication/75b937bb-b41b-4971-b7a0->

49c4bff2ec21/Presentation/PublicationAttachment/905d1ac6-50ba-4695-87c0-718ef9772f4a/JiaFei_Punitive_Damages.pdf>. Acesso em; 29 out. 2012.

HANCOCK, Mark J. and WASSERMAN, Steven D. **Evaluating Punitive Damages**. *California Lawyer – June*. Daily Journal Corporation. San Francisco, CA, USA. 2010. Disponível em: < <http://www.sdma.com/files/Publication/22c0c314-cf35-4e86-9c10-680ca553aecc/Presentation/PublicationAttachment/5cb1d985-9d9c-4aa7-b1c1-412348a46611/EvaluatingPunitiveDamages.CallLawJune2010.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales Del derecho civil** (1982) Trad. de G. Hernández. Barcelona: Ariel. 1987.

MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**. Revista CEJ, Brasília, n.º 28, p. 15/32, jan./mar. 2005. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. v. 22. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955-1972.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1975. Disponível em: < <http://br.librosintinta.in/introducci%C3%A3%C2%B3n-al-derecho-penal-francisco-mu%C3%A3%C2%B1oz-conde-pdf-4.html>>. Acesso em: 29 out. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: Maíra Rocha Machado (Org. da atualização). (Org.). Basileu Garcia. Instituições de Direito Penal. São Paulo: Saraiva. 2008, v. 1, T1. Disponível em: < https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:GFWjDtJAyqIJ:www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_flavia_puschel_e_marta_machado.pdf+&hl=en&pid=bl&srcid=ADGEESi49M4jT90dD41hrbBhx1Q5Ss9mXM0eF3RkmJ2ymb3AX9UvkzJ3gdcX7zQHefNwkNjNwDLrfgOXm1-DNORAHt-2tza7682CboN4TXlryOhbn6RHbkNmhW88x7aRDxMUoJkc3rFT&sig=AHIEtbSiLSMGySjBr2_WShSOk0uqTbFtzW>. Acesso em 29 out. 2012.

RODOTÀ, Stefano. **Funzione política Del diritto dell'economia e valutazione degli interesse realizzati dall'intervento pubblico**. In: BARCELONA, Pietro. **L'uso alternativo Del diritto**. Bari: Laterza, 1973, v. I.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral no Código Civil Brasileiro de 2002 e sua concretização no dano – morte**. 2007. 351f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

SCHUBERT, William. *Simplifying punitive damages in the U.S. Institute for Consumer Antitrust Studies: Working Papers*. School of law. Loyola University of Chicago. Chicago, Illinois, USA, 2011. Disponível em: <http://www.luc.edu/law/centers/antitrust/publications/working_papers/pdfs/punitive_damages_09242010.pdf>. Acesso em: 29 out. 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOLANI, Madeleine. *U.S. Punitive damages Before German Courts: A Comparative Analysis With Respect to the Ordre Public*. Annual Survey of International & Comparative Law. Vol. XVII. Golden Gate University School of Law. San Francisco, CA, USA. 2011. Disponível em <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=annlsurvey>>. Acesso em: 29 out. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **O Direito Civil**. Disponível em <http://www.silviovenosa.com.br/direito_civil>. Acesso em 29 nov. 2012.

ZIPURSKY, Benjamin C. *Punitive damages after Philip Morris USA v. Williams*. Court Review, Vol. 44. Fordham University School of Law. New York, NY. USA. 2010. Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1274&context=ajacourtreview>>. Acesso em: 29 out. 2012.