

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO PUNITIVA NA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E DE  
SEU CARÁTER DISSUASÓRIO**

**CAROLINE FRANÇA DE MEDEIROS SOUZA**

**RIO DE JANEIRO**

**2018 / 2º Semestre**

# **A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO PUNITIVA NA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E DE SEU CARÁTER DISSUASÓRIO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora **Juliana de Sousa Gomes Lage**.

**RIO DE JANEIRO**

**2018/ 2º Semestre**

**A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO PUNITIVA NA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E DE SEU CARÁTER DISSUASÓRIO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Juliana de Sousa Gomes Lage.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof.<sup>a</sup> Juliana de Sousa Gomes

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO**

**2018/ 2º Semestre**

À minha amada mãe Lucimar, por ter me ensinado o real significado do que é amor incondicional.

À Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, minha casa pelos últimos cinco anos, pelo seu inestimável papel na formação do ser humano que me tornei hoje.

## AGRADECIMENTOS

Nesses últimos cinco anos, tiveram momentos em que me perguntei se a carreira jurídica era para mim. Em outros, pensei que nasci para ser advogada, como uma verdadeira vocação. Após esses anos de estudo e ao final deste trabalho, termino a faculdade com a certeza de que escolhi a profissão que amo.

Por essa razão, agradeço à Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, por ampliar minha visão de realidade, estimular meu pensamento crítico, e ser peça chave na formação do meu caráter e na profissional que me tornei. Obrigada, Nacional, por ter sido o lugar em que finalmente me encontrei e por me encher de orgulho todos os dias.

Agradeço à minha mãe, Lucimar, que sempre me incentivou a estudar e dar o melhor de mim. Carrego comigo as lições de que todos nossos bens podem ser tirados de nós, menos aquilo que aprendemos. Minha mãe nunca me disse que eu não poderia fazer o que eu quisesse ou ser quem eu quisesse ser. Ela encheu nossa casa de amor e diversão, música, não mediu esforços para que eu pudesse ter todas as condições de estar onde me encontro hoje. Registro aqui, então, o meu muito obrigada, mãe. Você é o meu exemplo pra tudo.

Ao meu pai, que sempre acreditou que eu seria a melhor em tudo que eu fiz, pelo apoio ao longo da minha vida, por me fazer rir, por sempre me proteger, meu muito obrigada! Às minhas avós Beianes e Lúcia, por todo amor e confiança em mim. Ao meu irmão por vivenciar comigo e respeitar todos os momentos em que eu precisava me concentrar nos meus afazeres. À minha tia querida Adriana, presente em todos os momentos importantes da minha vida. A todos os tios, primos e demais familiares que sempre estiveram presentes em minha vida contribuindo para minha formação.

Agradeço aos amigos de longa data, que sempre estiveram do meu lado, dos piores aos melhores momentos, especialmente às amigas Anna Teresa Bonavita, minha orientadora na

vida, um anjo em meu caminho, Bruna Araújo e Verônica Ferreira, quem considero como irmãs.

Ao Bruno Maisonnette, ao Humberto Deveza, ao Allan Lopes, à Laís Moreira e ao Lenilson Carvalho, por terem sido, individualmente importantes e verdadeiros presentes que a Nacional me deu.

Aos amigos da PGE, principalmente, Marcos Lamour, Matheus Issao, Guilherme Santos, Isabele da Costa, João Luiz Gassen, e Júlia Andrade, amigos que serei eternamente grata por ter ganho, verdadeiros presentes que um estágio poderia me proporcionar.

A todos aqueles que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação acadêmica, profissional e pessoal nesses últimos cinco anos, o meu muito obrigada, eu não poderia encerrar esse ciclo de maneira mais feliz.

## RESUMO

A presente monografia tem como objetivo estudar a aplicabilidade do aspecto pedagógico-punitivo às indenizações pelos danos extrapatrimoniais, com foco na análise de casos concretos, jurisprudência e doutrinas a esse respeito. A controvérsia em questão reside na discussão que paira sobre a necessidade de se majorar o valor arbitrado a título de reparação pelos danos morais sofridos, a partir de critérios subjetivos do agente, das circunstâncias econômicas em que se encontram as partes litigantes no momento em que ocorre do dano. Ao longo deste trabalho, será promovido o estudo pormenorizado dos argumentos a favor e contra a aplicabilidade deste caráter dissuasivo à indenização, principalmente no que concerne à prevenção de danos, além da detalhada análise do instituto norte-americano, de onde proveio tal teoria. Por fim, uma vez esclarecidos todos estes conceitos jurídicos à luz das definições legais e da mais respeitada doutrina, será possível realizar uma análise crítica e argumentativa às teses alegadas, bem como às decisões proferidas no âmbito dos processos judiciais que envolvem o caso ora estudado.

**Palavras-chave:** Direito Civil; Responsabilidade Civil; Indenização Punitiva; Caráter pedagógico-punitivo do Dano Moral.

## ABSTRACT

This current work has the purpose to provide a study about the application of the pedagogical-pedagogical model to compensations for off-balance-sheet damages, with an emphasis on the analysis of concrete cases, jurisprudence and doctrines in this regard. The controversy in question lies in a debate on the importance of submitting to arbitrariness in a process of reparation of moral damages, from subjective requirements of the case, of the dossier in relation to the disputing parties at the time of the harm. this work, will promised the study of the arguments of favor and against the applicativity license induts is not, which is not the evaluation of the evidence of the evidence of the evaluation of the North American institute. For example, since they are required to have a critical and argumentative analysis of the legal arguments, as well as the deliberations in the case of lawsuits involving the case or a study.

**Key words:** Civil Law; Civil Responsibility; Punitive Damages; Pedagogical-punitive character of Moral Damage.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
Ed.	Edição, editor
<i>Idem</i> ou <i>id</i>	O mesmo (autor) acima
<i>Ibidem</i> ou <i>ibid</i>	O mesmo (autor), no mesmo lugar (obra) acima
<i>In:</i>	Em, no, contido em
P.	Página
Prof. <sup>a</sup>	Professor
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Vol.	Volume (antes de algarismos romanos)

## SUMÁRIO

<b>1. TRAJETÓRIA DA INDENIZAÇÃO À PENA PRIVADA – BREVE HISTÓRICO</b>	14
<b>2. DA INIBIÇÃO AO ALTERUM LAEDERE</b>	17
<b>3. A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	22
3.1 Culpa Civil e Culpa Penal	24
3.2 Da culpa como critério para a quantificação da indenização	27
<b>4. DA DISSUAÇÃO À ATIVIDADE DANOSA</b>	33
4.1 Afastamento ao enriquecimento sem causa	33
4.2 A técnica na determinação do valor de desestímulo na reparação pecuniária	42
<b>5. PUNITIVE DAMAGES</b>	46
<b>6. FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESTADUNIDENSE</b>	48
6.1 <i>Desert</i> - função de punição do ofensor da conduta	48
6.2 Dissuasão	49
6.3 Compensação	49
6.4 Policing, Law enforcement (“policiamento”, Aplicação da Lei)	50
<b>7. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA CONCESSÃO DOS PUNITIVE DAMAGES</b>	51
7.1 <i>Ford Corporation v. Grimshaw</i> (1981)	52
7.2 <i>Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. v. Kelco Disposal Inc.</i> (1989)	53
7.3 <i>TXO. Production Corp v. Alliance Resources Corp.</i> (1993)	53
7.4 <i>Honda Motors Corp. v. Karl Oberg</i> (1994)	55
<b>8. DISTINÇÃO ENTRE INDENIZAÇÃO PUNITIVA E O CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DO DANO MORAL</b>	57
<b>9. ATRAÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO</b>	

<b>BRASILEIRO E SUA RESPECTIVA COMPATIBILIZAÇÃO .....</b>	<b>59</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

Insta revelar que, para um completo entendimento do instituto da indenização punitiva – bem como o de qualquer outro - faz-se necessário traçar, ainda que brevemente, uma perspectiva histórica do tema, que vai desde sua origem, até a sua compreensão e aplicabilidade nos dias atuais. É deste ponto que parte o presente trabalho, a partir da análise dos Punitive Damages, com o seu pioneirismo nos contornos da teoria punitiva e sua evolução e consonante adaptação das suas características para a jurisprudência brasileira.

É a partir de então que o presente trabalho apresenta a distinção entre o instituto americano dos Punitive Damages, indenização punitiva<sup>1</sup> da *common law*, e a função punitiva do dano moral. De forma brevíssima, a primeira, segundo Sanseverino<sup>2</sup>, não seria compatível com a nossa tradição jurídica e carente de respaldo legal (SANSEVERINO, 2010, p. 273). Já a segunda, para o mesmo autor, faria parte da construção teórica da reparação integral, compondo, assim, as reparações por dano moral (SANSEVERINO, 2010, p. 272 e 275). No Brasil, a relevância dos punitive damages consiste em atrair o caráter exemplar à responsabilidade civil justamente em relação à reparação por dano moral.

---

<sup>1</sup> *Damages* traduz-se para o português como indenização, e não como "danos", tendo em vista sua definição no *Black's Law Dictionary*, em tradução livre: "*damages* - soma pleiteada ou outorgada a alguém a título de compensação por perda ou injúria" (GARNER, 2009, p. 445). Dano, por sua vez, é somente o vocábulo no singular: "*damage* - perda ou injúria à propriedade ou pessoa" (GARNER, 2009, p. 445). Destarte, visando até mesmo tornar mais costumeira a utilização do termo em língua portuguesa, sempre que possível intitular-se-á o instituto como "*indenização punitiva*", evitando também a avessa tradução como *danos punitivos*, conforme também destacado por Martins-Costa e Pargendler (2005), p. 16.

<sup>2</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio da reparação integral. São Paulo: Saraiva, 2010. <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=obras\\_visualiza&id\\_o=822](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=obras_visualiza&id_o=822)> acesso em 25/08/2018

Isso se deve ao fato de a discussão sobre indenização por dano moral ainda estar vinculada a antigas discussões sobre a viabilidade de se conceder indenização diante da inexistência de prejuízo de ordem patrimonial.

Há veneráveis razões que justificam a atração do caráter exemplar à responsabilidade civil, dentre as quais a própria insuficiência das respostas oferecidas por este instituto como mecanismo meramente ressarcitório, com a limitação do montante indenizatório à extensão do dano, conforme leitura literal do caput do art. 944 do Código Civil de 2002<sup>3</sup>. Segundo a Teoria da Diferença, o cálculo do dano se dá pela diminuição do patrimônio, baseado na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria caso a obrigação fosse fidedignamente cumprida. "O dano seria, assim, correspondente à supressão de uma situação favorável." (MARTINS-COSTA, 2002 p. 104 e ss).

Essa forma de cálculo se mostra, contudo, inadequada para o dano extrapatrimonial, em que mensurar o valor do prejuízo é mais delicado se comparado a perdas patrimoniais, em que o dano é comumente mais perceptível e facilmente apurável. No âmbito dos danos extrapatrimoniais, conforme será visto, as respostas são as mais diversas. Importante ressaltar que, no Direito Civil brasileiro, é amplo o amparo em compensar e indenizar os danos extrapatrimoniais (ditos danos morais), proteção corroborada tanto no Código Civil de 2002<sup>4</sup>, como na Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>, muito embora a regra da simetria encontrada do art. 944, caput, do Código Civil só incida quanto aos danos patrimoniais.

Isso porque não há como mensurar monetariamente a extensão de um dano extrapatrimonial, o que torna prudente e necessária uma ponderação axiológica traduzida em valores monetários. É desta maneira que se chega até a análise da aplicabilidade hodierna da indenização punitiva, com a defesa, portanto, de sua manutenção e de seu fortalecimento, a fim de repelir condutas abusivas tanto no direito público, como no privado, ao lado de autores

---

<sup>3</sup> “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. [...]”

<sup>4</sup> *In verbis*: Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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.

<sup>5</sup> CRFB, art. 5º, incs. V e X, *in verbis*: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

favoráveis a algum tipo de função punitiva, em maior ou menor grau, como: Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Artur Oscar de Oliveira Déda, Carlos Alberto Bittar, Sérgio Cavalieri, dentre outros.

## 1. TRAJETÓRIA DA INDENIZAÇÃO À PENA PRIVADA – BREVE HISTÓRICO

Revela dizer que “Indenizar” é a ficção jurídica pela qual se torna indene, “sem dano”, a parte lesada, através da reposição ao estado anterior mediante compensação ou reparação pela perda ou pelo dano sofrido. É inegável que esta é a função precípua da responsabilidade civil. Historicamente, contudo, a indenização, nesse sentido de restauração ao estado anterior ao dano, não foi a primeira função deste instituto.

Nas sociedades primitivas, o dano era visto principalmente como um rompimento da ordem social, que precisava, por isso, ser recomposta, comumente, por um ato sacrificial.<sup>6</sup> Próximo a isto encontrava-se o sentimento de vingança, reação humana contra danos injustos, quando os atos lesivos incitavam uma perseguição submetida ao critério da vítima. Este sentimento esteve presente, assim, na pré-história, bem como no âmago, ainda que incivil, da responsabilidade.

Advinda da sofisticação romana, a elaboração de sanções ao ilícito surgiu em substituição à vingança privada. Apesar de os romanos não terem conhecido o termo responsabilidade, conceberam tais sanções de maneira casuística, possibilitando, assim sua classificação em duas amplas vertentes: uma relacionada à reação imediata ou direta contra a situação criada pelo ilícito, visando a dirimir ou a amenizar o prejuízo causado ou passível de ser causado, contidas, nessa perspectiva de sanção, a reparação ou o ressarcimento do dano; e outra, quanto a situações que não ensejavam reação contra o fato danoso, mas exprimiam ódio ao culpado.

Neste sentido, resta configurado o âmbito da pena, sob um olhar direcionado ao agente causador do dano, considerando, sobretudo, a perspectiva da vítima deste. Impende ressaltar que, na tradição romanística, separavam-se em duas vertentes as sanções às condutas lesivas

---

<sup>6</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. Revista CEJ, Brasília, março de 2005. Acesso em 06/09/2018.

aos interesses privados: a de cuja finalidade era somente punir o ofensor, através das “*actiones poenalis privadas*”; e aquela em que buscava-se apenas a reparação/neutralização do prejuízo causado, mediante “*actiones rem persequentes*”.<sup>7</sup>

Por oportuno, a atração dos punitive damages pela jurisprudência brasileira visa, diferentemente do Direito clássico, unificar as duas funções quanto ao dano extrapatrimonial, ante a dificuldade em reduzir à pecúnia o prejuízo emocionalmente causado e a repressão à conduta ilicitamente praticada, para que esta não se repita. Outrossim, ainda que hoje em dia, os punitive damages, na prática norte-americana, tenham sido estendidos à responsabilidade patrimonial, sob o amparo da função de exemplaridade social, sua origem vem marcada pela função punitiva e por uma extensão ao dano extrapatrimonial, assim como ocorre, hoje, na utilização de uma figura análoga na jurisprudência brasileira.

Em 1760, algumas cortes inglesas começaram a explicar grandes somas concedidas pelos júris em casos graves como compensação ao autor por sofrimento psicológico ou violação de sua dignidade, por exemplo. A essa indenização adicional por dano à pessoa atribuíam-se o nome de exemplary damages pelas cortes que justificavam a condenação, sob o argumento de que as indenizações elevadas tinham por objetivo não só compensar o lesado pelo prejuízo intangível sofrido, como também punir o ofensor pela conduta ilícita.

Não menos importante, tais funções, compensatória e punitiva, foram confundidas pelas Cortes inglesas e norte-americanas até meados do século XIX. Entretanto, foi no decorrer deste mesmo século que, tanto nos Estados Unidos, como na Inglaterra, a categoria correspondente aos danos efetivos, que abarcam os danos compensatórios, passou a abarcar também o prejuízo intangível.<sup>8</sup> Neste sentido, as cortes foram induzidas a abordar os exemplary damages direcionadas, agora, à punição e prevenção, fazendo com que o foco não incidisse mais sobre a espécie do dano, mas sim, sobre o seu causador, atribuindo

---

<sup>7</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. Revista CEJ, Brasília, março de 2005. P. 17. Acesso em 06/09/2018.

<sup>8</sup> *Ibidem*

subjetividade a uma análise que antes era mais objetiva, sem considerar o grau de culpa para a fixação da indenização.

## 2. DA INIBIÇÃO AO ALTERUM LAEDERE

Em nosso país, não há um meio dissuasório efetivo de combate à prática reiterada de danos, o que acaba por estimular e facilitar a prática lesiva – *alterum laedere* (lesar a outrem)<sup>9</sup>. Há outras inúmeras consequências dessa lacuna quanto à inibição ao cometimento de danos além da prática reiterada destes, tais como insegurança jurídica, com evidentes distorções nos âmbitos social, econômico e ético.

Apesar de a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira apresentar um leque significativo de dispositivos que vedam a prática lesiva aos indivíduos, à coletividade, ao meio ambiente, além da proibição aos danos difusos, o valor das indenizações para aqueles que cometem os atos lesivos é normalmente determinado em cifras pequenas se comparadas ao prejuízo causado, de forma que não inibem a verdadeira atividade danosa perpetrada tanto pelo Estado quanto pelos fornecedores, ou até mesmo na relação entre particulares.

O princípio *neminem laedere*, consistente na ideia, por si só, de não lesar a outrem, tem como finalidade precípua a proteção tanto individual quanto coletiva, e pode ser considerado, assim, um direito humano. Ainda assim, a existência dessa proteção não serve de óbice aos inúmeros danos suportados ao longo de décadas até os dias de hoje. Todavia, ao ser vedada a prática danosa com fulcro neste princípio, a violação aos direitos individuais e coletivos pela atividade que os fere é reprimida, através da justiça distributiva pela máxima *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhes é devido), com a formação, assim, de uma relação baseada no paralelo dever-direito. Esse princípio integra, assim, o rol de direitos fundamentais previsto, dessa forma, no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988, visando ao bem comum, tendo em vista que os atos dos seres humanos perduram até encontrarem um limite que iniba o seu comportamento, em muitos dos casos, causadores de lesões a outrem.

Certo é que, se examinarmos esse princípio em conjunto com outros, como a boa-fé, que é corolário de princípios como o da confiança, da lealdade, da informação e da transparência nas relações jurídicas, além da proteção à pessoa humana e da solidariedade, ao menos teoricamente, a existência de uma proibição de lesar outrem bastaria à coibição da

---

<sup>9</sup> DOMINI, Rogério. Responsabilidade Civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Ed. 2015, p. 45.

prática desenfreada de danos. Contudo, apesar de todo esse aparato legislativo constitucional e infraconstitucional protetor de direitos, isso não impede, muito menos dificulta a atividade lesiva, tendo em vista que em muitas situações o agente possui maior interesse em causar danos frente à fixação insuficiente, desproporcional e incompatível das indenizações diante da posição econômica angariada pelo Brasil no cenário atual.

Isso porque o Brasil já possui visibilidade econômica mundial, apesar de inegável a acentuação da pobreza e da concentração de renda pela desigualdade social existente. Diante disso, não tem mais espaço para indenizações em valores ínfimos, visto que essa prática é interessante apenas para os comumente praticantes das lesões, que se beneficiam verdadeiramente com esta atividade, quais sejam: o Estado, as grandes empresas e, em certos casos, alguns particulares.

Argumenta-se que a fixação de somas mais expressivas a título de indenização punitiva (*punitive damages*) não estaria amparada em nosso ordenamento jurídico pátrio sendo, portanto, vedada. Questiona-se, ademais, a maneira pela qual se daria esta punição, no âmbito da responsabilidade civil, de forma a propiciar proteção à sociedade rumo a uma vida digna para todos.

O verbo punir, do latim *punire*, que advém de *poena*, pena, encontra-se em desuso em nossa sociedade, razão esta do descarte da expressão *indenização punitiva*, sob fundamento de encontrar seu óbice no art. 884 do Código Civil de 2002<sup>10</sup>, por este apresentar vedação expressa ao enriquecimento sem causa. Contudo, em substituição a esta expressão, o presente trabalho utiliza a do caráter dissuasório da função punitiva da indenização por dano moral por parecer mais adequada quando da majoração na fixação de sua quantia em determinadas situações. Neste sentido, Rogério Donnini, afirmando:

---

<sup>10</sup> Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

“Assim, se a privação de liberdade não tem mais o efeito de outrora para aqueles que cometem infrações penais, uma vez que no Brasil a prática delituosa e, em especial, os crimes contra a vida alcançam um patamar de verdadeira guerra civil, situação semelhante sucede na seara da responsabilidade civil, tendo em vista que, em muitos dos casos, os valores indenizatórios diminutos, ao contrário do que se espera, acentuam a atividade danosa, a prática reiterada de lesões”.<sup>11</sup>

Forçoso reconhecer que o arbitramento de somas que desestimulem essa prática lesiva se apresenta como a maneira mais adequada de se estabelecer um efetivo limite a essa conduta. É somente com a fixação de valores capazes de despersuadir o lesante que será possível atingir, numa sociedade capitalista, um cenário de verdadeira inibição do cometimento de danos. Como bem defende Rogério Donnini, afinal, convivemos no ambiente da imperiosa indústria das lesões e não, como inverossímil defesa de alguns doutrinadores, no da indústria das indenizações.

Isso porque a opção por deixar de investir em segurança ou na qualidade de seus produtos ou serviços prestados é adotada por muitas empresas e até mesmo pelo Estado, que acaba por prestar, dessa maneira, um desserviço à sociedade nas áreas em que atua. Ocorre o mesmo também entre os particulares que, numa relação contratual ou extracontratual, acabam por deixar de cumprir o avençado ou de reparar tempestivamente os danos causados, cientes da natureza irrisória e tardia dos valores fixados a título de indenização, nas eventuais ações de reparação de danos.

Deve-se ater, aqui, ao caráter eventual das ações indenizatórias porque, conforme facilmente notado, é apenas uma pequena parcela da sociedade que se sente lesada e recorre ao Poder Judiciário ou aos demais órgãos de proteção de seus direitos. A razão disso está justamente na falta de condições tanto financeiras quanto psicológicas daqueles que não podem ou não estão dispostos a dispor de recursos para arcar com as custas judiciais e extrajudiciais, além dos honorários advocatícios, seja porque se veem desamparados para dispor de seu tempo hábil, seja porque não podem ou não querem dispender dinheiro para tal empreendimento.

---

<sup>11</sup> DOMINI, Rogério. Responsabilidade Civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. / Rogério Donnini. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Ed. 2015, p. 47-48.

Destarte, delineados estão os contornos da sobredita indústria das lesões, em contraposição aos pleitos indenizatórios indevidos (suposta indústria de indenizações), existindo estes em pouquíssima quantidade se comparados àquelas lesões suportadas pela sociedade. Ora, se já não solução adequada em nossa lei civil adjetiva para esses pedidos senão a improcedência do pedido cumulada com penas pela litigância de má fé.

Se existe alguma indústria, sem dúvida é a de lesões, considerando o número de casos de pedidos indenizatórios impróprios, inadequados e ilegais, com o único objetivo de enriquecimento ilícito, se comparados com as verdadeiras lesões sofridas por todos nós de maneira constante, perpetrados pelo Estado, por fornecedores e por outros particulares, com a violação recorrente de direitos pela ausência de repressão efetiva desta conduta.

Em virtude dessas considerações, questiona-se sobre qual seria a maneira adequada de evitar o enriquecimento sem causa, ao mesmo tempo em que se busca atribuir uma justa indenização a título de danos extrapatrimoniais? De que forma seriam fixadas indenizações mais elevadas, sem prejudicar o Estado, as empresas ou mesmo um particular a partir do decréscimo de seu patrimônio, de sua atividade econômica? Ademais, surge a indagação sobre o cabimento de uma indenização punitiva, ainda que sem um subsídio legal específico que disponha sobre sua possibilidade.

Cumprе salientar que o princípio em questão, que traz a ideia de não lesar a outrem, abrange a perspectiva da abstenção da prática danosa, com vedação salutar à transgressão de direitos ou interesses que já encontram proteção na legislação ou, ainda que sem esta, sejam juridicamente relevantes. É o caso de situações que envolvem iminente perigo de lesão e que, conseqüentemente, acabam por induzir à existência de uma proteção calcada em princípios de prevenção e precaução. O alcance dessa proteção vai além das questões ambientais, com o amparo, portanto, de qualquer situação de iminente risco de causar dano.

O alcance e a interpretação do princípio *neminem laedere* não está restrito ao dever de reparação, mas engloba também o principal aspecto defendido no presente trabalho, vale

dizer, o da proteção e da inibição aos atos e às atividades danosas. Com isso, apresentada está a mais importante finalidade trazida por este princípio, qual seja, um dever geral que indica um limite, um impedimento a toda modalidade de lesão, não importando se esta atinge apenas a esfera individual ou coletiva, difusa, patrimonial ou extrapatrimonial, porque mediante sua aplicabilidade, serão todas estas maneiras danosas reprimidas.

### 3. A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

É bem verdade que, para muitos autores, existiriam dois requisitos para a culpa, quais sejam um objetivo e outro, subjetivo. O objetivo estaria relacionado à antijuricidade, isto é, a uma violação objetiva de uma norma pré-existente, requisito este expresso no art. 186 do Código Civil Brasileiro, tendo em vista que este artigo exige que a ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia viole direito<sup>12</sup>. Já o último requisito seria a imputabilidade, à qual equivaleria a capacidade de discernimento do agente causador do dano em reconhecê-lo como antijurídico, estando a maturidade e a sanidade mental deste mesmo agente atinentes a este conceito.<sup>13</sup>

Quanto ao seu conceito, a culpa consistiria, assim, no erro de conduta, imputável ao agente, por este não ter adotado o cuidado esperado pelo ser humano dotado de prudência nas circunstâncias do caso concreto.<sup>14</sup> Ainda quanto ao seu conceito, a culpa abrangeria, assim, um erro calcado tanto na ação, como na omissão culminante na violação do cuidado devido. Neste diapasão, torna-se possível defender a existência de uma imputabilidade civil, próxima, portanto, da imputabilidade penal, tendo em vista que ambas possuem o caráter de discernir a ilicitude do fato, tornando o indivíduo capaz de agir ou abster-se sob este entendimento.

Ademais, há diferenças quanto à aplicabilidade deste conceito nos dois ramos do direito, apesar de a finalidade, para fins de análise do presente trabalho, ser basicamente a mesma: a atribuição de uma sanção ao causador do dano. Uma dessas diferenças consiste no fato de que, na responsabilidade civil, basta que a qualidade pessoal do agente incorra no momento da constituição do fato; já no âmbito penal, em algumas situações, se exige que o aspecto psicológico intencional do agente persista até a extinção da situação, de forma que, em caso de mudança dessas circunstâncias, isso não altere ou impeça a execução da pena.

---

12 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.

13 CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função*. Rio de Janeiro: Renovar 2008 p. 23-25.

14 *Ibidem*, p. 31

É preciso dizer que há diversas hipóteses em que o efeito jurídico do dano ocorre independentemente de culpa, como no caso a teoria do risco. Contudo, o critério do risco não é o único a prescindir da culpa para atribuição da responsabilidade. É o que ocorre no caso da reparação de danos cometidos por crianças e adolescentes, por exemplo, ao qual Marcelo Junqueira Calixto afirma existir uma responsabilidade objetiva calcada na solidariedade social disposta no art. 3º, I da CRFB/1988<sup>15</sup> e não na concepção absurda de que a conduta de crianças e adolescentes geram risco ao corpo social.<sup>16</sup>

Seguindo este raciocínio, o mesmo autor cita outros exemplos que dispensariam a análise da culpa para atribuir responsabilidade ao agente, como casos raros de sonambulismo, ou os chamados atos reflexos, ou os atos sob coação física absoluta: em todos estes casos, impossível se falar em voluntariedade, consistindo, assim, em casos de responsabilidade objetiva daquele que causou o dano em estado de inconsciência.<sup>17</sup> Afirma, ainda, que apesar de a lei classificar o incapaz como aquele que, no momento da ação ou da omissão, é desprovido de discernimento, e da solidariedade social prevista na Constituição da República proteger a vítima do dano, isso não ensejaria, de maneira direta, a punição do ofensor.

Não se pode olvidar que o Código Penal Brasileiro, em seu art. 26, faz referência a essa incapacidade, isentando ou minorando a pena pela mesma razão, qual seja, a da ausência de discernimento acerca da ilicitude de seu ato no momento em que o comete.<sup>18</sup> Não obstante, casos em que um motorista sofre um mal súbito ou um pneu estoura, sendo, neste último caso, um defeito do veículo, ambos chamados de fortuito interno pela doutrina e pela jurisprudência, não excluem a responsabilidade do agente, apesar de a capacidade de entendimento e de haver intenção restar prejudicada nestas hipóteses. Caminha-se, assim, para

---

<sup>15</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”

<sup>16</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira – “A Culpa na Responsabilidade Civil – ESTRUTURA E FUNÇÃO” – Editora Renovar – p. 52

<sup>17</sup> *Ibidem* – p. 58/59

<sup>18</sup> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

um cenário de proteção cada vez mais consistente à vítima do dano, inflando o instituto da responsabilidade civil de imponência independentemente da configuração da culpa do agente.

### 3.1 Culpa Civil e Culpa Penal

Forçoso reconhecer que, assim como no âmbito penal, no âmbito civil também se distinguem os conceitos de culpa e dolo, estando tal distinção presente no art. 186 do Código Civil de 2002, visto que este dispositivo abrange os dois institutos. Fala-se em dolo civil quando das expressões *ação ou omissão voluntária*, e em culpa civil a partir da menção à *negligência ou imprudência*.<sup>19</sup> Em caso de incidir quaisquer das modalidades que impliquem no ilícito civil, a importância consiste em na inibição de ambas as condutas, pelo que se impõe a existência de uma sanção para este fim. Para que isto seja possível, imperioso demonstrar a proximidade da doutrina civilista da penalista, a fim de atrair o caráter pedagógico desta àquela.

Conquanto não haja relevância para o Direito Penal quanto à distinção entre culpa contratual e extracontratual, no Direito Civil, essa divisão serve para classificar a própria Responsabilidade Civil em Responsabilidade Civil Contratual e Responsabilidade Civil Extracontratual, com especial atenção para a última, tendo em vista a abordagem destacada ao dano moral no presente trabalho. Neste último caso, não há relação jurídica preexistente ao cometimento do dano, sendo a ocorrência deste ilícito a origem da relação jurídica entre o agente e a vítima do mesmo. A relação jurídica entre as partes surge, portanto, a partir do dano.

Apesar disso, não são poucos os autores que defendem a superação da supramencionada divisão, com a dispensa, portanto, da prova da pré-existência da relação jurídica entre ofendido e agente causador do dano. É possível verificar a superação desta divisão no Direito

---

<sup>19</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira – “A Culpa na Responsabilidade Civil – ESTRUTURA E FUNÇÃO” – Editora Renovar, p. 65

do Consumidor, por exemplo, com a observância do art. 17 do CDC<sup>20</sup>, que traz a equiparação à condição de consumidor a todas as vítimas do dano, prescindindo, assim, de qualquer análise sobre a posição jurídica ocupada pelo indivíduo.

Desta forma, caminha-se para a proteção de qualquer pessoa atingida pelo fato do produto ou do serviço, independentemente da existência ou não de uma relação jurídica pré-existente ao dano entre esta e o ofensor, ao considerar, principalmente, a definição de culpa como a violação de um “dever legal ou contratual pré-existente”<sup>21</sup>.

Inobstante a isso, outras classificações da culpa são comuns ao Direito Civil e ao Direito Penal, que abrangem as noções de negligência, imprudência e imperícia ao seu conceito, classificações de culpa constantes do art. 18 do primeiro diploma e do art. 186 do código respectivo (sem a imperícia, pois vista ora como modalidade de negligência, ora como modalidade de imprudência em ambas as doutrinas). Para além dessas, surgiram, historicamente, outras classificações de culpa, quanto ao seu ônus da prova, por exemplo, com sua distinção entre culpa presumida e culpa provada.<sup>22</sup>

Contudo, a responsabilidade civil sofreu uma evolução histórica quanto à inversão do ônus da prova em direção ao afastamento completo da culpa como seu requisito, o que culminou no surgimento da responsabilidade sem culpa, ou responsabilidade objetiva.<sup>22</sup> Interessante notar que, no trabalho relativo aos “Princípios do Direito Europeu da Responsabilidade Civil”, a recepção da inversão do ônus da prova da culpa se deu por critérios semelhantes aos que aqui se apresentam como critérios para a aplicabilidade do caráter sancionatório da indenização por danos morais, quais sejam: (i) o ônus da prova da culpa pode ser invertido pela **gravidade do perigo apresentado por dada atividade**; (ii) a gravidade se mede pela **severidade do possível dano** naquelas circunstâncias bem como pela **probabilidade deste efetivamente ocorrer**.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

<sup>21</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função / Marcelo Junqueira Calixto. – Rio de Janeiro: Renovar, p. 84

<sup>22</sup> *Ibidem* – p. 99

Ademais, consideram alguns autores a classificação dos graus da culpa como grave ou leve, por exemplo, como bem afirma Sérgio CAVALIERI FILHO, *Programa*, cit, p. 62, quando afirma:

“Examinada pelo ângulo da gravidade, a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos, há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá.”

Ocorre culpa grave, portanto, quando não se tem a intenção de produzir o dano e tampouco há a assunção do risco, sendo a vontade que provém deste caso, lícita. Porém, o agente, por uma falta de percepção, esperada pelo homem médio, não consegue evitar o dano. Diferencia-se, portanto, do dolo, em que a vontade nasce ilícita, com a intenção de provocar o dano, o que é o caso do dolo direto. Assim como no Direito Penal, há também o dolo indireto ou eventual, em que presume-se o resultado danoso, com a assunção do risco, mas não há necessariamente o desejo de provocá-lo.

Desta forma, é possível concluir que, nos casos em que seja necessário considerar o grau da culpa, a fim de medir a sanção aplicada ao caso concreto, será indispensável a consideração de aspectos eminentemente subjetivos ou psíquicos do agente, bastando aferir se este tinha consciência do prejuízo e do caráter danoso do fato, não importando se havia ou não a intenção de causar um dano a outrem. Deste ponto advém a importância de aproximar a culpa grave do dolo, atribuindo àquela uma concepção subjetiva ligada ao maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta, substancial para a fixação do montante indenizatório no que diz respeito ao seu caráter pedagógico.

Recorde-se, finalmente, que a proteção da dignidade da pessoa humana consagrada pela Constituição de 1988, deu ensejo à disseminação da responsabilidade civil objetiva, que dispensa a culpa, portanto. A concepção mais solidarista do direito de danos surge, assim, com a responsabilidade subjetiva como apenas mais uma forma de imputação de

responsabilidade. Neste sentido, pode ser citada Maria Celina Bodin de MORAES, “A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil”, in *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007, pp. 450-451, quando afirma:

“Em decorrência do princípio constitucional da solidariedade social, pois, distribuem-se as perdas e estende-se o mais amplamente possível as garantias à integridade psicofísica e material de cada pessoa humana. Esta é razão justificativa, a um só tempo ética e jurídica, do deslocamento dos custos do dano da vítima para o responsável pela atividade”

Ademais, o artigo 927 do Código Civil consagra, assim, esta tese com a consagração da de uma cláusula geral de responsabilidade civil independente, até mesmo, de ato ilícito, para as atividades de risco dispondo que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Abandona-se, desta forma, a análise da conduta do ofensor como essencial para atribuição de responsabilidade civil, sem que se dispense a análise de tais elementos subjetivos para fins de quantificação da indenização.

### **3.2 Da culpa como critério para a quantificação da indenização**

É bem verdade que o grau de culpa surgiu como parâmetro para a existência da obrigação de reparar o dano e não para o cálculo do valor da sua reparação. Contudo, certo é que alguns julgados, bem como ilustre doutrina ratificaram a relevância do grau de culpa para fins de quantificação da indenização, sob o fundamento de ser da própria essência do dano moral esta flexibilidade.

Isso porque a punição ganharia lugar no caso de ilicitude na conduta causadora do dano de forma que, quanto maior o grau de culpa, maior a intensidade do dolo, com a necessidade

de majorar, assim, a sanção correspondente. O juiz, na fixação do *quantum* indenizatório, deve sopesar elementos como situação econômica, social, religiosa, cultural da vítima e do lesionador, bem como seu grau de culpa, divulgação do fato, repercussão no meio social, devendo ser esses componentes da personalidade e as circunstâncias do fato apuradas a partir de indicativos e provas dos autos.

É a partir da apuração destes requisitos, que o magistrado restará possibilitado a delimitar valores da vítima e do lesionador, considerando os demais elementos do processo a fim de elaborar quantitativamente o valor da indenização. Afinal, se é possível a utilização deste mesmo raciocínio na esfera criminal, ao considerar os antecedentes do acusado, seus graus de culpa e/ou dolo, as circunstâncias atenuantes ou agravantes do ato como critérios para a fixação de sua pena, porque a atração da mesma ideia para o valor da indenização do juízo cível seria equivocada?

Insta salientar que não se trata, aqui, de incentivo ao enriquecimento ilícito daquele que busca ter reparo quanto ao prejuízo sofrido, mas sim, de ampliação da esfera de proteção da vítima. Isto porque estamos diante da recorribilidade do cometimento de danos por aqueles que, em verdade, buscam sim auferir lucros com atitudes ilícitas, por considerarem essas mais vantajosas num cenário em que é mais lucrativo cometer ilícitos e reparar “na medida do dano sofrido” a prevenir o cometimento de danos ou ser punido pela falta desta cautela, com uma indenização majorada pelo seu caráter punitivo-pedagógico, por exemplo.

Assinale que, em tema de reparação de danos, a norma-referência continua a ser o caput do art. 944 do Código Civil de 2002, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Admite-se, a partir do parágrafo único deste mesmo artigo, a redução do montante da reparação baseada não no grau de culpa do ofensor, mas na equidade, de forma a evitar a ruína do devedor e garantir-lhe o mínimo existencial para a sua sobrevivência digna. A este último ponto, frise-se, acrescentem-se os casos recentes de aplicabilidade do caráter punitivo-

pedagógico, sem que, para isso, majore-se o valor da indenização fora dos critérios de razoabilidade.<sup>23</sup>

Ato contínuo, cabível também é o aumento do valor da reparação como forma de desestímulo ao ofensor, desde que haja previsão legal específica – o que não se verifica no texto do Código Civil vigente – e há quem defenda que outra condição para esse aumento seria destinar o valor apurado não ao ofendido, mas a um fundo de reparação pelos danos causados.<sup>24</sup> Contudo, estar-se-ia adentrando na esfera administrativa, com a aplicação de sanções revertidas para fundos de interesse social, o que, ainda que se apresente como alternativa, não excluem o eventual emprego das penas privadas.

Ademais, mesmo nesses casos de destinação do valor apurado a um fundo de reparação pelos danos causados, o critério para a fixação deste valor não seria baseado na análise isolada do grau de culpa do ofensor, mas também em critérios mais objetivos como a reincidência na conduta contrária aos interesses da coletividade, como bem afirma Maria Celina Bodin de MORAES, *Danos à pessoa Humana*, cit., pp. 330-331, quando afirma:

“Como hipótese excepcional, pode-se admitir uma figura semelhante à do dano punitivo quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. O interesse protegido, o bem-estar da coletividade, justificaria o remédio. Requer-se, porém, a manifestação do legislador tanto para delinear o instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais imprescindíveis quando se trata de juízo de punição. (...) É de aceitar-se, ainda, um tipo de função punitiva na reparação de dano moral para situações potencialmente causadora de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos interesses difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória que a punição inegavelmente detém.. Nesses casos, contudo, o instituto

<sup>23</sup> EMENTA: DANO MORAL E OUTROS. CDC. PLANOS DE SAÚDE. CONTRATOS DE CONSUMO. DANO MATERIAL. SENTENÇA PROFERIDA. O valor da indenização por dano moral deve ser apurado segundo o prudente arbítrio do magistrado, através de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a ensejar uma compensação pelo dano produzido, mas também uma punição, e deve a indenização se revestir de um caráter pedagógico, de tal monta que iniba o ofensor de repetir seu comportamento, atentando-se para a capacidade econômica das partes. Com base nesses parâmetros, fixo o valor em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Pelo exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS para Condenar os réus a, solidariamente, efetuar o pagamento da quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) à parte autora, pelos danos morais suportados, com juros de mora a contar da citação e correção monetária da sentença. Dou pela extinção do processo com exame do mérito na forma do artigo 487, I do NCPC. (Processo nº 0292524-34.2017.8.19.0001 - TJRJ - 8º Juizado Especial Cível – Projeto de sentença homologado pelo MM. Juiz de Direito, com base no art. 40 da Lei nº 9099/95. ANNECY LOURINHO DA SILVA FERREIRA JUÍZA LEIGA – DJe 21/11/2018)

<sup>24</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. A culpa na Responsabilidade Civil – estrutura e função / Marcelo Junqueira Calixto. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.310/311

não pode se equiparar ao do dano punitivo, como hoje é conhecido, porque o valor a ser pago “punitivamente”, segundo as previsões da Lei nº 7.347/85, servirá a beneficiar um número amplo de pessoas, através do depósito das condenações em fundos previamente determinados. A mencionada lei, ao regular as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens que especifica, prevê no artigo 13 que, havendo condenação em dinheiro, a indenização reverterá a um fundo gerido por um Conselho federal ou por Conselhos estaduais, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

Destaca-se que a aplicação das sanções aos particulares é excepcional, podendo ser, ainda, dispensável se implementados outros meios de garantia da efetiva função compensatória da responsabilidade civil, como corroboram os pensadores Gustavo TEPEDINO e Anderson SHREIBER.<sup>25</sup> Nesse sentido, esses autores defendem que a aplicação dos critérios punitivos, com o advento das sanções nas sentenças judiciais, justifica a elevação das indenizações principalmente nos casos em que o valor destas, sem tal majoração, não é suficiente para evitar a repetição dos danos, considerando que o prejuízo decorreu de conduta reiterada e até maliciosa do ofensor.

Ocorre que a referência ao grau de culpa do ofensor não acontece de maneira isolada, mas em conjunto com outros critérios, tais como as condições econômicas do ofensor e do ofendido e as circunstâncias em que se deu o fato danoso, os quais atribuem maior importância ao *quantum debeatur*.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> “As penas privadas no Direito Brasileiro”, in Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, organizado por Daniel Sarmento e Flávio Galdino, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 522-524.

<sup>26</sup> O STJ considerou as circunstâncias fáticas em que os danos ocorreram como determinantes para elevar o valor da indenização às vítimas em duas hipóteses de maneira flagrante. Em uma delas, no julgamento do REsp. 351.779/SP, 2ª Turma, julgado em 19/11/2002, publicado em 09/02/2004 no DJ, Relator para o acórdão Min. Franciulli Netto. Tratava-se de uma ação de reparação de danos proposta contra o Estado de São Paulo devido a um agente deste, delegado de polícia, ter divulgado fatos ofensivos à honra dos três proprietários de uma escola sem a conclusão do respectivo inquérito. Ao final da instrução criminal, concluiu-se pela falsidade dos fatos, mas, ainda assim, a instituição de ensino foi obrigada a encerrar suas atividades e seus proprietários quase foram mortos pela população. O pedido foi julgado procedente em primeiro grau de jurisdição e a apelação dos autores da ação foi parcialmente provida pelo TJSP, que elevou a reparação individual do dano moral para R\$ 100 mil. No julgamento do recurso especial, este valor foi mantido pela Relatora originária do acórdão, Min. Eliana Calmon, acompanhada pelo Min. Francisco Pessanha Martins. A divergência foi, entretanto, inaugurada pelo Min. Franciulli Netto, o qual considerou que “a importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) não é suficiente para provocar o efeito pretendido pelo douto colegiado *a quo*”. Afirma ainda que “é certo que o dano moral não pode significar um enriquecimento do credor. Menos não é verdade, contudo, que, como registrou o próprio Tribunal de origem, não deve a indenização por danos morais ser meramente simbólica, mas efetiva e proporcional à condição da vítima, do autor do dano e da gravidade do caso. (...) Não há, assim, desde que guardada a proporcionalidade e razoabilidade da indenização, possibilidade de enriquecimento ilícito da vítima em detrimento do autor do dano, quer pela própria dificuldade de mensuração do prejuízo quer pela evidente

Ademais, o objetivo de aumentar o valor da reparação encontra, em muitas das vezes, como único fator limitante a vedação ao “enriquecimento sem causa” ou “enriquecimento ilícito” da vítima do dano.

Ainda nesta seara, há quem defenda que a possibilidade de redução da indenização a partir da análise do grau de culpa do ofensor, prevista no parágrafo único do art. 944, fere o princípio da reparação integral do dano sofrido, ao admitir a redução da reparação, o que não se consubstancia, tendo em vista que essa redução deve observar critérios equitativos. Isto é, o juiz deve considerar a realidade da reparação integral, com a análise da consequência efetiva do ato lesivo para a vítima, tendo presente a extensão do dano, com a possibilidade de reduzir equitativamente a indenização no caso de haver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Em consonância com o acatado, adequado seria dizer que se busca preservar, assim, a observância do princípio da reparação integral dos danos sofridos, que surgiu como corolário da cláusula geral de proteção à pessoa humana, consagrada constitucionalmente no art. 1º, III da Constituição de 1988. Contudo, não se pode olvidar de observar a esfera pessoal de ambas as partes do litígio, já que, pelo princípio constitucional da isonomia, tanto ao ofensor quanto à vítima, é assegurada proteção constitucional aos seus direitos individuais.

---

necessidade de impedir que a indenização arbitrada seja tão leve que incentive o réu a continuar causando danos morais contra outras vítimas, ou que a sociedade comece a ver com naturalidade tais comportamentos e passe a agir da mesma forma”. Propõe, então, “que a indenização em razão dos danos morais, para cada autor, seja arbitrada em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)”. Fixado, assim, o valor final pago a cada um dos autores da ação de reparação, já que os Ministros Paulo Medina e Laurita Vaz votam neste sentido. O segundo Acórdão que merece ser recordado foi proferido no julgamento do REsp. 331.279/CE, 1ª Turma, julgado em 23.04.2002, publicado DJ em 03.06.2002, Rel. Min. Luiz Fux. Tratava-se de ação de reparação de danos proposta em face do Estado do Ceará pela mãe de uma das vítimas que aos dezenove anos foi torturada e morta por policiais reunidos em uma quadrilha. Ao proferir a sentença, o juiz entendeu pela parcial procedência dos pedidos, arbitrando o valor de R\$ 468 mil a título de danos morais, valor mantido pelo TJCE em sede de apelação interposta pela parte autora. No julgamento do Recurso Especial, a 1ª Turma, por maioria, entendeu suficiente o valor arbitrado a título de dano moral, com destaque para o alegado pelo Min. Relator, quando afirmou que “o ilícito foi praticado justamente pelos agentes públicos incumbidos de velar pela segurança da população, por isso, a fixação da indenização deve manter-se inalterada como meio apto a induzir o Estado a exacerbar os seus meios de controle no acesso de pessoal, evitando que ingresse nos seus quadros pessoal com personalidade deveras desvirtuada para a função indicada. Destarte, considere-se, ainda, que a perda precoce de um filho é de valor imensurável, o que induz a fixação da indenização pelo dano moral de forma mais ampla e exemplar possível”. Cumpre destacar o voto vencido do Min. Garcia Vieira, o qual defendeu a redução do montante da reparação do dano moral para 500 salários mínimos, que, segundo ele, “seriam suficientes, não para pagar a vida, que não tem valor que pague, mas porque o Superior Tribunal de Justiça tem fixado valores relativamente baixos”.

Portanto, o princípio da reparação integral não deve conduzir nem ao contrassenso de uma condenação exorbitante, absurda, desproporcional, tampouco mesquinha, irrisória, incapaz de reparar o dano sofrido, devendo tal princípio, ser a medida necessária e suficiente de proteção à pessoa humana nos aspectos que realmente a individualizam.

Logo, o valor da indenização deve ser medido, sim, pela extensão do dano, consideradas as inúmeras circunstâncias pessoais e factíveis do caso, mas com o montante limitado ao que pode dispor o ofensor sem prejuízo de sua vida digna.

## 4. DA DISSUAÇÃO À ATIVIDADE DANOSA

### 4.1 Afastamento ao enriquecimento sem causa

Desde o antigo Egito, o símbolo da balança existe para indicar justiça, equilíbrio, proporção e isonomia com presença da deusa *Maat* representando o ideal da justiça, a norma e os valores morais, todos alcançados mediante o equilíbrio das emoções e o senso de responsabilidade social.<sup>27</sup> Já a tarefa de preservar essa justiça, consubstanciada na ética, a fim de estabelecer a paz, a solidariedade social na vida terrena era atribuída ao faraó, ou as pessoas por ele indicadas, denominadas *vizir*. Para isso, a busca era pela saída de ambas as partes satisfeitas do tribunal.

Destacam-se os símbolos representantes da justiça no mundo antigo egípcio, quais sejam, o prumo e a balança, que traziam a ideia de determinar a medida de algo. A deusa da justiça divina e humana era *Maat*, responsável por determinar a representação da justiça, em um julgamento *post mortem*, com uma balança, uma pluma ou pena de avestruz, em um dos pratos e o coração do morto do lado oposto, órgão que representava o comportamento moral do egípcio. Dado o equilíbrio, o extinto poderia festejar com as divindades; se, por outro lado, o coração pesasse mais, o espírito seria devorado.

A existência da balança e do prumo indicavam, portanto, a iminência de uma mensuração no Direito, remetendo diretamente ao paralelo: justiça e medida.

A balança como símbolo da justiça também se fez presente na Grécia, através da deusa Diké, filha de Zeus e Themis, ao segurar uma espada em sua mão direita e uma balança de dois pratos na esquerda, sem o fiel ao meio, em pé e de olhos abertos, o que demonstra a ideia de sapiência no seu agir. O justo ocorria quando os pratos estivessem em equilíbrio, o que resultaria na ideia de igualdade.

Já em Roma, houve o abandono da espada, por esta ser atinente à atividade do executor e ser, assim, de menor relevância. O símbolo da balança permanecia como a ideia de justiça.

---

<sup>27</sup> DOMINI, Rogério. Responsabilidade Civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. / Rogério Donnini. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Ed. 2015, p. 47-48

Já a deusa era *Iustitia*, que segura, com as duas mãos, uma balança de dois pratos, com o fiel ao meio, em pé e com os olhos vendados, o que, por sua vez, representa prudência, equilíbrio.

Nos três símbolos de justiça apresentados (Egito, Grécia e Roma), a imagem do equitativo, do equilíbrio é representada pela balança, ainda que com ou sem o fiel. Convém notar que a noção de igualdade advém da atribuição de uma medida, desta forma, o que, no âmbito da responsabilidade civil é evidentemente perceptível no que tange ao dano patrimonial, com a ingerência da justiça comutativa no binômio lesão-reparação. O objetivo é, outrossim, a reparação integral (*restitutio in integrum*) através da reparação em dinheiro pelo dano suportado, alcançada através de cálculos para atingir os valores do efetivo prejuízo diante daquilo que se deixou de ganhar em razão do evento danoso ou, quando possível, o *retorno ao statu quo ante*.

Contudo, cumpre examinar que há situações em que a exatidão da medida do dano sofrido não se faz possível. É o que ocorre, por exemplo, com relação aos danos da personalidade, vistos como danos extrapatrimoniais ou imateriais, já que impassíveis de mensuração econômica. A compensação ao lesado ocorre mediante a verificação de diversos critérios em conjunto, estabelecidos pela jurisprudência.

Atribuídas as devidas proporções, e considerando a particularidade de cada caso, é possível se valer do critério da extinta Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), constante do seu art. 53, para a fixação de valores quando da violação dos direitos da personalidade. Dispunha esse dispositivo:

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

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

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

A quantificação - a partir da análise do preço da dor (*pretium doloris*), sem desconsiderar a tentativa de mensurar também aqueles danos à personalidade que não causam efetivamente dor ao ofendido (como é o caso de exposição de uma imagem de um indivíduo

em meio a outros, sem sua autorização, para fins publicitários, por exemplo) - torna-se cada vez mais difícil, tendo em vista a adoção de uma posição ideológica tendente a favorecer os mais poderosos. São estes indivíduos que, em muitas das vezes, representam o estereótipo dos lesantes assíduos. Insurge desta visão a perspectiva de que os valores arbitrados a título de indenização por danos morais, à imagem e estéticos devem ser módicos, contexto esse em que foi adaptada a teoria do enriquecimento sem causa, portanto.

A origem da noção de enriquecimento sem causa é o Direito Romano, no período referente à República, seguida da época clássica, em que, através da jurisprudência, foi reconhecida a possibilidade de restituir o *quantum* obtido injustamente por alguém.<sup>28</sup> Caio Mário da Silva Pereira assevera que, no Direito Romano, todos os casos de enriquecimento sem causa convergiam para uma generalização das hipóteses de obrigação daquele que auferiu lucro de forma indevida – *condictiones sine causa*. Mesmo que houvesse uma pluralidade destas formas de sanção, para ele, todos esses casos poderiam ser resumidos da seguinte forma:

“Quando alguém recebia indevidamente alguma coisa, ou quando cessava a razão justificativa de tê-la recebido, ou quando a aquisição provinha de furto ou de um motivo imoral, não tinha o direito de retê-la, por lhe faltar uma *causa*”.<sup>29</sup>

O conceito advindo do Direito Romano é, dessa maneira, bem próximo ao encontrado no Direito Brasileiro hodiernamente, tendo em vista que se torna notável sua ocorrência a partir da constatação de que um indivíduo aumentou seu patrimônio sem qualquer respaldo jurídico. O enriquecimento indevido ocorre, então, quando alguma pessoa se vale da diminuição do patrimônio de outra, sem motivo justificado, para acrescer o seu, motivada pelo proveito de enriquecer a custa de outrem, restando posteriormente sujeito à obrigação de restituí-lo pelo que recebera indevidamente.

Atualmente, esse tema ampara decisões da jurisprudência pátria no sentido de fundamentar a condenação por danos morais em valores módicos, induzindo até mesmo a diminuição dos valores arbitrados a este título. O fundamento da defesa pela redução do valor da indenização encontra-se justamente na vedação ao enriquecimento sem causa, que

<sup>28</sup> DOMINI, Rogério. Responsabilidade Civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. / Rogério Donnini. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Ed. 2015, p. 88-89.

<sup>29</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. II, Teoria Geral das Obrigações, 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 287.

ocorreria em caso de elevação da quantia a ser paga pela violação de direitos da personalidade.

É preciso dizer que o cenário ideal, quando o que se analisa envolve ponderação de interesses e atribuição de valores e/ou medidas, é o do alcance do equilíbrio. E é por esta razão que o Superior Tribunal de Justiça tem estabelecido patamares na fixação de danos extrapatrimoniais com o posicionamento de seus integrantes na tentativa de afastar tanto valores irrisórios quanto exorbitantes.<sup>30</sup>

Incabível – e até mesmo ultrajante, portanto, a alegação de que existe qualquer relação entre locupletamento indevido e arbitramento de indenização por dano moral. Isto porque não é razoável que se veja como enriquecimento o fato de a vítima do dano receber uma indenização majorada a título de repreensão da conduta do responsável pelo seu sofrimento, alcançada a partir de diversos critérios utilizados pelo magistrado diante da circunstâncias de cada caso.

Mesmo porque inegável a existência de causa, nesses casos, que nada mais é do que a verificação concreta de que houve prejuízo ao ofendido dentro de uma perspectiva de patrimônio ideal.

Corroborando com o acima exposto, inexistente relação direta entre o arbitramento da indenização e enriquecimento sem causa porque, se este valor se apresentar desproporcional ou injustificado, ainda assim não caberá alegar que a parte ofendida enriqueceu injustamente. Ao contrário disto, a maneira correta de se contestar tal arbitramento seria partir do questionamento sobre a possível falta de razoabilidade, passível de reforma no caso de ser constatada como injustificável.

Tenha-se presente que o mesmo ocorre em relação ao caráter dissuasório na atribuição de um valor de desestímulo no juízo sentenciante, pois, diante de um prejuízo causado, não há o que se falar em ausência de justificativa, mas, ao contrário, resta configurada a causa, com motivo suficiente para se medir um valor, pautando-se no fim social da responsabilidade civil que visa ao bem comum.

---

<sup>30</sup> STJ – AgRg no Ag 1.364.106/MA

Conclui-se, assim, que se há lesão, causa existe. E caso se note uma desproporcionalidade quanto à medida dos valores arbitrados, devem ser estes alterados para mais ou para menos, de maneira fundamentada e com a clara demonstração de critérios.

Conforme se depreende, se insustentável o enriquecimento do lesado, tão logo se aproveita desta vantagem o ofensor, a partir da reiteração de sua prática lesiva, visto que ciente está quanto à modicidade do valor fixado a título de indenização, o que induz o pensamento de que a continuidade da prática danosa compensa, diante do lucro logrado. Resta evidenciado o enriquecimento indevido de quem causa dano e indeniza em valores irrisórios.

Torna-se comum, numa sociedade capitalista, que o ofensor submeta sua decisão quanto à persistência ou não de sua prática danosa à soma arbitrada judicialmente a título de reparação aos danos morais, sem deixar de considerar o tempo até o trânsito em julgado da decisão condenatória, lembrando ainda que muitas das vítimas não se valem da tutela jurisdicional.

Insurge-se, assim, a necessidade de voltar às atenções também ao ofendido, que, na condição de vítima de lesão decorrente da violação de um de seus direitos da personalidade, não foi indenizado de maneira equânime se tal monta não foi capaz de repará-lo ou confortá-lo suficientemente para minorar seu prejuízo.

Contudo, não se defende aqui uma única opção pela perspectiva da vítima, com o enfoque a torná-la menos infeliz - visto que se estaria flagrantemente em confronto com princípio constitucional da isonomia - mas sim, se está em defesa da inserção de um olhar também sobre o agressor, em uma perspectiva social de desencorajamento da atividade danosa, o que acaba por beneficiar a sociedade como um todo.

É justamente no cenário, de atribuição de baixos valores quanto aos danos morais ou mesmo da falta de critérios no seu arbitramento, de menosprezo pelo agente lesado, que surge a urgência pela atribuição de uma maior importância a título de desestímulo à prática, delineando os efeitos pedagógico, dissuasório, de um ato que, em verdade, acaba por atingir toda a sociedade.

A insuficiência na fixação desses valores avilta a dignidade das vítimas de modo que as ignora, configurando transgressão não só ao art. 1º, III da Constituição da República, como também a outros preceitos constitucionais como o da sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), fere os direitos sociais (art. 6º), bem como a justiça social (art. 170 *caput*). A lesão reiterada à sociedade, bem como os atos de menosprezo pelo ofendido vão de encontro a estes dispositivos e, por isso, à Constituição.

Não menos importante é o apreço notado pelo Código de Defesa do Consumidor ao caráter dissuasório dessas indenizações, mais especificamente quando apresenta normas que estipulam a previsão de danos, como é o caso de seu art. 6º, quando estabelece que “São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva **prevenção** e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (grifo meu).

Em um primeiro momento, defende-se que essa prevenção refere-se à postura devida dos fornecedores no sentido de evitar que o evento danoso ocorra e, conseqüentemente, não haja prejuízo aos consumidores, nem a terceiros. Como exemplo disso, existe uma medida preventiva chamada *recall* que consiste no recolhimento de produtos defeituosos ou, no caso de haver apenas peças inadequadas, ocorrer a sua troca).

Já num segundo momento, caberia ao Poder Público fazê-lo, seja por meio de sanções administrativas, como bem dispõe os arts. 55 e 56 do CDC<sup>31</sup>, seja por meio da tutela

---

<sup>31</sup> Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

§ 3º Os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais com atribuições para fiscalizar e controlar o mercado de consumo manterão comissões permanentes para elaboração, revisão e atualização das normas referidas no § 1º, sendo obrigatória a participação dos consumidores e fornecedores.

§ 4º Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;

jurisdicional (arts. 83 e 84 do CDC<sup>32</sup>), no mesmo sentido supramencionado, qual seja, o de evitar, prevenir, dissuadir o dano.

É justamente esse movimento de dissuasão, que envolve a fixação de um valor de desestímulo à soma arbitrada pelo magistrado a título de indenização por danos morais, que se contrapõe à ideia de enriquecimento sem causa da vítima nessas hipóteses. Isto porque uma indenização irrisória acaba por estimular a atividade lesiva, abrindo espaço para lesões difusas, principalmente se for o caso de uma relação de consumo.

Certo é que, em uma sociedade de massa, ocorrem costumeiramente reiteradas lesões causadoras de dano também no plano social. Se um julgador, diante disso, não desestimular a prática contumaz de danos, ele não só deixa de cumprir fins sociais constantes da lei, como ignora a busca do bem comum, já que sem proteção estará o indivíduo, diante de a prática lesiva restar sem qualquer limite, inibição, desestímulo.

O CDC, em seu art. 3º, estabelece que o Estado é fornecedor de serviços, bem como o garante da observância dos Direitos Fundamentais, conforme o preceito da justiça protetiva

VII - suspensão temporária de atividade;

VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;

IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;

X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;

XI - intervenção administrativa;

XII - imposição de contrapropaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

32 Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

(*iustitia proctetiva*), que, juntamente com o princípio de não lesar a outrem (*neminem laedere*) integram as funções da responsabilidade civil.

Imperioso ressaltar que estas funções estão amparadas, como se estivessem sob um guarda-chuva, pela função social da responsabilidade civil, sob a qual se espera uma indenização justa, proporcional e adequada à realidade financeira de ambas as partes.

É num cenário de injusta desvantagem que surge o valor de desestímulo como forma de reequilibrar a vantagem indevida auferida pelo agente ao mesmo tempo em que causou prejuízo a vítima, sem deixar de observar a circunstâncias econômicas em que ambos se encontravam no momento do cometimento do dano.

A função social da responsabilidade civil restará transgredida se não for observado o valor de desestímulo, que se faz necessário, principalmente, no caso de ato danoso contumaz, pelo que enriquece indevidamente o agente causador do dano e não a vítima deste.

Como se pode notar, o objetivo do arbitramento de uma indenização com um valor de desestímulo da conduta danosa está longe de ser transformar o lesado - se este for ou se tornar financeiramente vulnerável no momento do dano – em rico. Tampouco visa-se a punir o agente de forma a torna-lo miserável, com a inobservância de sua condição econômica pelo juízo sentenciante.

A busca é, sim, pela inibição da prática danosa, pelo que não está o magistrado impedido de arbitrar, além da quantia reparatória, o valor de desestímulo defendido. Considera-se que este valor é parte integrante dos danos imateriais, portanto, e que, embora beneficie diretamente o ofendido, não se restringe somente à esfera individual deste, mas também a um espectro social.

Quanto ao benefício auferido pelo lesado a partir da majoração do valor do que receberá pela reparação de seu prejuízo, que mal há, se mal foi o que sofrera em momento anterior, com a transgressão a um ou a mais direitos de sua personalidade? Não há o que se falar em enriquecimento indevido, beirando tal alegação ao absurdo, ante à tamanha falta de razoabilidade diante da constância de condutas ilícitas perpetradas em nossa sociedade.

Há necessidade de transmudar a visão meramente patrimonialista do Direito Civil para uma visão mais humanista a partir da Carta Constitucional de 1988, tendo em vista que o princípio da justiça protetiva, corolário dos direitos fundamentais, impõe maior cuidado com as vítimas ou com as possíveis vítimas, o que corrobora com a proteção buscada a partir da atração da ideia de pena privada para desestímulo de condutas reiteradamente ilícitas.

Impende ressaltar que a Lei nº 7.347 de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) prevê, em seu art. 13, a gestão de um fundo por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, ao qual será revertida a indenização pelos danos causados, com a participação do Ministério Público e de representantes da comunidade. Os recursos destes fundos serão destinados à reconstituição dos bens lesados.

Entretanto, o fomento pela criação de fundos como este, que possibilitam a gestão de valores arbitrados a título de desestímulo nestes depositados, por entidades públicas e privadas em benefício das vítimas das práticas danosas. São fundos de cujo objetivo deriva a finalidade de amparo do maior número de vítimas possível, rechaçando, portanto, a ideia de que apenas um ofendido se beneficie desse valor.

Inobstante a isso, estamos bem distantes do meio mais adequado para que haja a tão esperada prevenção da ocorrência de novos danos. Isso porque fundos como este só tem sua devida efetividade em sistemas como o norte-americano, por exemplo, em que os valores arbitrados a título de punição e/ou desestímulo são extremamente elevados, ao contrário do nosso sistema, que reprime quantias altas como as de lá, sob o principal fundamento de que se estaria favorecendo o enriquecimento ilícito da vítima do dano.

Vale ressaltar que muito se questiona sobre a maneira pela qual seriam geridos tais valores, além de ser forçoso reconhecer a dificuldade de fiscalização dessa gestão e administração, principalmente no que tange à sua eficiência e segurança. Não menos dificultosa seria a confirmação de sua futura aplicabilidade e efetividade na prevenção de danos posteriores ao que ensejou a arrecadação desses valores, além do efetivo amparo aos que vierem a ser lesados.

Outrossim, convém notar que a existência de instituições arrecadadoras destes fundos fomentaria ainda mais o arbitramento de valores ínfimos a serem destinados ao ofendido,

nada diferente do que já ocorre – e ao que se busca combater . Restaria claro, assim, o desvio da ideia de punir excessivamente o responsável pela lesão causada, e, dessa maneira, caminharíamos na direção oposta ao amparo da vítima, com a manutenção de um cenário favorável ao cometimento de danos em que nos encontramos.

Certo é que a única maneira capaz de reprimir efetivamente o desrespeito, o menosprezo do lesante à vítima ou a probabilidade de existir tais circunstâncias ensejadoras de danos e incompatíveis, portanto, com a ética, é a imposição de valores passíveis de devolver o conforto ao lesado e de dissuadir a possibilidade de novos danos.

#### **4.2 A técnica na determinação do valor de desestímulo na reparação pecuniária**

Indubitável é que, em um sistema capitalista, em que prevalecem os interesses econômicos, o peso do ônus pecuniário como resposta às condutas ilícitas é a maneira mais adequada de repressão a tais comportamentos. O apelo à moderação, ora ventilado pela doutrina em certo momento, ou até mesmo presente em textos legais outrora, já não tem mais espaço.

É a partir da aplicabilidade do efeito dissuasório nas indenizações aos danos extrapatrimoniais que a teoria da responsabilidade civil alcança sua efetividade, com o atendimento à moralidade individual e social e sua devida preservação. O respeito humano e a consideração social são imperativos para a vida em comunidade e serão assim desrespeitados se a atribuição de valores os fizer reduzidos, mínimos, com o afastamento do alcance da justiça real dessa maneira.

Registre-se que o que se vê, na prática, é a adoção da reparação pecuniária pela jurisprudência nacional, espelhada na tradição norte-americana e inglesa, conforme demonstrado a seguir. Ato contínuo, segue a cristalizada, nas decisões hodiernas, a orientação pelo arbitramento de um valor de desestímulo à possibilidade de novas agressões em

consonância com o instituto dos *punitive* ou *exemplary damages*, melhor explicitado mais adiante.

Não menos importante ressaltar que, assim como se vê no cenário enfrentado pelo Direito Penal, o Direito Civil também convive com o momento de crises de valores e perspectivas assoladoras dos direitos humanos, o que bem se nota a partir das violações cotidianas que presenciamos em ambas as searas. Com a recrudescência de diversas formas de violência pelas quais se busca reprimir com o aparato, se possível, de todos os ramos do direito, a atração da tradição dos *punitive damages* pela a jurisprudência pátria se mostra como barreira jurídica sólida, razoável e adequada às atitudes que não condizem com padrões morais, éticos e humanitários médios de sociedade justa.

Neste diapasão, deve a monta referente à indenização por danos morais representar verdadeira advertência tanto ao ofensor quanto à sociedade, de forma a demonstrar quão inaceitável se caracterizou a conduta ilícita assumida pelo lesante, a servir de exemplo irrestrito às partes do litígio.

Mister se faz o sentimento de ter sido dada resposta suficiente da ordem jurídica aos efeitos do resultado danoso ora produzido, com a atribuição de uma quantia significativamente reparadora no âmbito econômico da lesão, de cuja medida é, a princípio, de difícil alcance, visto tratar-se de direitos da personalidade, pelo que se demanda um elevado grau de subjetividade.

Vê-se importante contribuição da jurisprudência dos países da *Common Law* no sentido de corroborar com a implementação de um modo de vida baseado no respeito aos direitos da personalidade e aos direitos humanos, com a forte repressão aos desvios de conduta cometidos tanto por pessoas físicas como por pessoas jurídicas.

A presença de um montante efetivamente inibidor das indenizações pode ser notada no regime de pagamento de direitos autorais, por exemplo, mediante o controle do *Copyright Office*, órgão oficial do governo dos Estados Unidos ligado ao Senado Federal, bem como no âmbito da proteção aos direitos do consumidor, neste caso fiscalizados pelo *Office of Consumer's Affairs*, em que são alcançadas quantias consideráveis, graças ao empenho proveniente da união de entes públicos e privados pela defesa dos valores aos quais se fez menção, com a devida proteção na esfera administrativa e judicial.<sup>33</sup>

O critério para a definição do *quantum* indenizatório pertence, assim, ao juiz que, diante do caso concreto, deve considerar as circunstâncias presentes no julgamento da lide, responsáveis pela formação de sua convicção quanto à responsabilidade do agente, de forma a atingir a finalidade aqui exposta.

Com isso, a ausência de critérios legais tem sido superada, na prática, pela jurisprudência, seguindo a tradição dos países da *Common law*, até porque impossível que a lei abarque todas as situações danosas possíveis diante da diversidade de fatores capazes de influenciá-las. Trata-se, portanto, de uma tendência universal para a qual caminhamos a passos lentos, mas imprescindível que se continue nessa direção.

Diante do maior destaque angariado pela jurisprudência neste cenário de poucas disposições legais referente ao assunto no direito pátrio, mormente como fonte do direito, frise-se a importância de as decisões judiciais em conter fundamentos claros quanto aos diferentes critérios adotados pelo juiz em cada caso para a solução destas questões.

Ainda assim, há diretrizes presentes no direito brasileiro para a fixação de uma indenização justa no caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, na legislação sobre direitos autorais; acidentes do trabalho; imprensa; telecomunicações; e exploração de atividades perigosas, como a de transporte aéreo, por exemplo, em que os critérios são os mais diversos, tendo como patamar o salário mínimo; índices de referência (como a quantia a título de multa em delitos específicos); além de valores fixos ou previstos como mínimos, em certos casos.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos morais*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 217

<sup>34</sup> Na lei de direitos autorais, quando não há delimitação, estipula-se em 3.000 (três mil) exemplares, quanto à edição fraudulenta de obra intelectual para fins de reparação (Art. 103 da Lei nº 9.610 de 1998).

Consoante noção cedida é dever do intérprete, ao analisar a lei aplicável ao caso concreto, deduzir a base imponible e depois atribuir o valor devido, de acordo com a natureza do direito em questão e com as circunstâncias sob as quais se envolvem os fatos, valendo-se do que a lei, a jurisprudência e a doutrina, como fontes do direito, lhe propiciam.

## 5. PUNITIVE DAMAGES

Inicialmente, a indenização punitiva surgiu na Inglaterra, no século XVIII, com fins de controlar o abuso de poder do Estado. Mais tarde, sua aplicação não ficou restrita a estes casos, se ampliando para a coerção de demais abusos do poder econômico ou abusos de poder em geral.

Entretanto, foi no decorrer do século XIX que, tanto nos Estados Unidos, como na Inglaterra, o conceito de actual damages (categoria que representa os danos efetivos) foi ampliado, de modo a abarcar o prejuízo intangível, de difícil mensuração. Consequentemente, a função originalmente compensatória dos exemplary damages foi transferida aos actual damages, o que levou as cortes a abordar os exemplary damages exclusivamente em termos de punição e dissuasão.

Na medida em que as suas finalidades precípuas passaram a ser a punição e a prevenção, o foco passou a incidir não sobre a espécie do dano, mas sobre a conduta de seu causador.

A transposição do instituto para os Estados Unidos ocorreu, assim, rapidamente, com a concessão de uma indenização punitiva e seu consequente reconhecimento 21 anos após o primeiro precedente britânico.<sup>35</sup> Foi lá onde os contornos contemporâneos da doutrina foram traçados, mesmo lugar onde se desenvolveu, portanto, o instituto conhecido como Punitive Damages.

Outrossim, somente há possibilidade de concessão dos positive damages na relação extracontratual quando provadas circunstâncias subjetivas que se assemelhem à categoria continental do dolo, quais sejam: malícia, devassidão, obstinação, opressão, fraude, dentre outras. A negligência por si só, sem as circunstâncias que a agravam, não basta para a

---

<sup>35</sup> SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 74, p. 295-326

condenação em punitive damages; porém, a negligência grave (gross negligence) em alguns estados, os enseja.

## 6. FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESTADUNIDENSE

Certo é que o principal aspecto do instituto em questão abrange o intuito de punir o ofensor da conduta e desestimulá-lo - incluindo este desestímulo também a terceiros – de continuar a agir da mesma forma. Entretanto, a Responsabilidade Civil não abrange, de regra, nem a ideia de punição, tampouco a de desencorajar outras ofensas. A concessão de uma indenização a título punitivo ou exemplar ocorre separadamente ou adicionada à compensação integral pelo dano sofrido, com fins de ensinar o agente a não cometer o ilícito novamente, além de desestimular terceiros a seguir o seu exemplo.

Para além das funções vistas como essenciais, há a tendência pelo surgimento paulatino de outras funções, reconhecidas a partir do julgamento das ações em que esse tipo de indenização é concedido. Afinal, é cediço que o direito, em suas fontes formais, não consegue abranger todas as situações práticas da vida cotidiana e, por isso, reconhecidas estão as outras fontes, que permitem que as relações não se regulem somente pelo que já está positivado, como bem dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro *in verbis*: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”.

### 6.1 *Desert* - função de punição do ofensor da conduta

Chamada de *punishment*, ou de *desert*, a teoria punitiva – cujo objetivo é muitas vezes intitulado de retributivo – teve tal aspecto estabelecido em decisão judicial da Suprema Corte dos Estados Unidos do ano de 1851 - *Day v. Woodworth*.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 74, p. 295-326

Através dessa função punitiva, a visão da conduta do agente perpassa pela lógica de que esta é moralmente errada, fazendo surgir, conseqüentemente, a necessidade de puni-lo, independentemente do ensinamento que isso possa dar a ele ou a terceiros. O ofensor, nesta ótica, merece sofrer pelo ilícito cometido.

## 6.2 Dissuasão

Também muitas vezes intitulada de indenização exemplar, a dissuasão – ou *deterrance* - diz respeito ao aspecto de desestímulo em cometer o dano novamente. Apresenta-se, assim, como segunda função essencial do instituto em questão, o que há de ser visto, aqui, como maior objetivo da função punitiva do dano moral.

Isso porque a punição – através da majoração indenizatória – nada mais busca do que repelir uma conduta reprovável. Quando se divulga a existência de um direito juridicamente protegido e as conseqüências da quebra das regras de uma sociedade, a função educativa cumpre seu papel.

## 6.3 Compensação

Visto por muitos como objetivo secundário, a compensação – ou *compensation* - surge a partir do momento em que se torna difícil mensurar o dano sofrido. Isso porque muitos elementos tidos como danosos não são passíveis de indenização e, por isso, poderiam ser objeto da indenização punitiva.

Segundo pesquisa realizada por Rafael Peteffi da Silva<sup>37</sup> e Mark Pickersgill Walker<sup>38</sup>, foi verificado que a relevância desta função depende de cada Estado. Salientam, neste mesmo

---

<sup>37</sup> Rafael Peteffi da Silva é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, professor adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina e pesquisador líder do grupo "Direito Civil na Contemporaneidade".

<sup>38</sup> Mark Pickersgill Walker é doutorando em Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mestre e graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisa temáticas relativas à Responsabilidade Civil com enfoque em Direito comparado e especificamente o instituto dos *punitive damages*.

estudo, que essa função compensatória é tratada como a exclusiva ou a mais importante da indenização punitiva em Connecticut, por exemplo, enquanto no Texas só se atribui tal utilidade quando se torna difícil compensar o dano, em casos como quando há sofrimentos emocionais e psíquicos, danos puramente econômicos e demais danos similares.

#### **6.4 Policing, Law enforcement (“policimento”, Aplicação da Lei)**

Por fim, há a função *policing* ou *law enforcement* com o objetivo de encorajar a proposição de ações de indivíduos e advogados contra os ofensores, nas situações em que estes tenham cometido grave afronta aos direitos daqueles. Seria, desta maneira, um incentivo aos entes privados a agirem em prol do interesse público.

Trata-se de função meramente auxiliar, pois é unicamente pautada no incentivo financeiro oferecido ao lesado, subsidiando, assim, o merecimento do autor em ser recompensado e não servindo de argumento para que o ofensor sofra prejuízo, função esta que não se sustenta sozinha, portanto.

Desta forma, resta claro que todas as funções supramencionadas – punição, compensação e aplicação da lei - remetem à principal delas: a dissuasão. Isto porque com uma ou todas as anteriores cumpridas, não resta espaço ao ofensor para aferir vantagem na prática reiterada de ilícitos que, neste cenário, acaba por lhe causar prejuízo diante da probabilidade cada vez maior de ingresso do ofendido ao judiciário para reparar a perda causada pela atitude daquele e, para além da reparação, ainda haver a possibilidade de pleito e conseqüente deferimento de uma sanção a este ofensor.

---

## 7. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA CONCESSÃO DOS PUNITIVE DAMAGES

Nos Estados Unidos, via de regra, cabe ao júri fixar os punitive damages. Contudo, esse papel passou a ser visto com crescente desconfiança devido ao prenúncio de abusos no âmbito destas indenizações, após ser constatada certa desproporção nos seus valores. Foi a partir de então que a Suprema Corte dos Estados Unidos houve por bem intervir pela primeira vez nos montantes fixados, a partir de um caso paradigmático em que foi reconhecida a falta de razoabilidade e afronta ao princípio do Devido Processo Legal consagrado pela XIV Emenda da Constituição Americana.

A condenação desproporcionada em referência ocorreu no caso *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996), em que o autor, Ira Gore Jr., comprara um novo BMW sedan de um comerciante do Alabama. Posteriormente, soube que o vendedor, BMW of North America, havia repintado parte do veículo devido a um pequeno dano no automóvel antes de sua chegada aos Estados Unidos, embora a BMW não tivesse revelado o fato. O júri conferiu ao réu, a título de compensatory damages, o valor de U\$4.000,00 (quatro mil dólares) pela diminuição do valor do carro, e punitive damages no valor de U\$4.000.000,00 (quatro milhões de dólares). A Suprema Corte do Alabama, em reconsideração, reduziu os punitive damages para U\$2 milhões. Com o recurso do vendedor, a Suprema Corte do Alabama ainda reconsiderou o valor com sua redução para U\$50.000.<sup>39</sup>

Diante da tamanha falta de razoabilidade da condenação, tão desproporcionada foi a pena que levou a Suprema Corte a estabelecer critérios para a fixação dos punitive damages, a partir de três diretrizes, quais sejam: (i) o grau de reprovabilidade da conduta do réu; (ii) a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os punitive damages; (iii) a diferença entre os punitive damages concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Dos três critérios supracitados, merece maior atenção o primeiro, já que é crucial para a decisão em conceder ou não da indenização com este caráter. Segundo a Corte, para aferir o grau de reprovabilidade da conduta, é importante considerar os seguintes fatores: (1) se o

---

<sup>39</sup> POLINKSY, Mitchell, SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: Na Economic Analysis*. Harvard Law Review, n. 111, p. 901, Feb. 1998.

prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração; (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a ação envolveu ações repetidas ou foi um acidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta ou foi mero acidente.

É importante ressaltar que a existência de qualquer destes fatores em favor do autor nem sempre são suficientes para condená-lo em punitive damages. Entretanto, não existir nenhum destes fatores torna decisão minimamente suspeita. Isso porque se deve presumir que o autor, antes de se pensar em indenização punitiva, foi compensado pelo dano ou sofrimento mediante compensatory damages para que, só depois disso, os punitive damages sejam pagos, somente no caso em que a culpabilidade for tão repreensível que torne necessário impor outras sanções a fim de punir e/ou prevenir a conduta ilícita.

São inúmeros os casos em que se pode observar exemplos claros de limites aos punitive damages, que impendem, assim, um breve relato.

### **7.1 Ford Corporation v. Grimshaw (1981)**

Um automóvel produzido pela Ford explodiu, após acidente um acidente de trânsito em que morreram três ocupantes. A explosão ocorreu porque o tanque/reservatório do carburador foi colocado traseira do veículo, o que foi posteriormente comprovado como algo que permitia a economia de 15 dólares por cada automóvel produzido.

Nesse caso, o júri não hesitou em conceder uma considerável quantia a título de punitive damages, considerando a alta reprovabilidade do comportamento da Ford. Isso porque, a fim de alcançar um lucro de 15 dólares por automóvel, optaram por colocar o tanque em local perigoso e inadequado em caso de colisão. Como bem verificado no processo, isso foi feito após uma análise de custo e benefício do próprio fabricante a partir da vantagem mensurada frente ao ressarcimento de eventuais danos, em vez de colocar devidamente o tanque em outro lugar.

Resta claro que a Ford, para escolher a solução que mais lhe favorecesse, resolveu dar mais atenção à probabilidade de alguém ingressar em juízo buscando ressarcimento do que à relevância do custo social que a colocação do reservatório tinha. Impende, de maneira urgente, realizar um juízo de valor sobre casos como este a fim de reprimir e prevenir condutas deste tipo que, como bem se sabe, não ocorre somente nos Estados Unidos, tendo em vista que o lucro é objetivo cada vez mais difundido no mundo Globalizado em que vivemos e ser papel do Direito, através de sua regulamentação, inibir os abusos cometidos pelos meios de alcançá-lo.

## **7.2 Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. v. Kelco Disposal Inc. (1989)**

Sob temor da sociedade concorrente Kelco, a empresa Browning-Ferris fez o que pode para excluí-la do mercado. Diante deste comportamento, as cortes de primeiro grau e de apelação reconheceram uma interferência contratual ilícita a partir da consideração de que a empresa agira deliberadamente com o escopo de causar dano. A Brownin-Ferris foi condenada a pagar cerca de seis milhões de dólares, a título de punitive damages.

## **7.3 TXO. Production Corp v. Alliance Resources Corp. (1993)**

Em abril de 1985, a TXO, uma importante sociedade norte-americana operante no setor da extração de petróleo e do processamento de petróleo e de seus derivados, estipulou com a Alliance Resources Corporation um acordo relativo à exploração de uma ampla área conhecida como Belvin Tract. Tal acordo, conforme a própria proposta da TXO, era particularmente vantajoso para a Alliance, pois previa que esta última sociedade, titular de uma espécie de arrendamento sobre a zona inteira, obteria da TXO, como forma de contraprestação pela concessão do direito a utilização dos recursos petrolíferos presentes na área, além de uma quantia em dinheiro, com base na extensão dessa mesma área, uma soma ulterior, perto de 22% dos royalties sobre o valor obtido com a atividade extrativa.

Além disso, as partes acordaram que o contrato seria resolvido a qualquer momento se a TXO descobrisse a existência de quaisquer ônus a gravar o título imobiliário da Alliance ou caso fosse constatado que esta última não teria plena titularidade dos direitos cedidos à TXO. Porém, no curso da execução contratual, verificou-se que a TXO cometeu fraude contra sua parceira contratual Alliance, a fim de acrescentar uma modificação que lhe fosse favorável. A decisão foi condenatória e teve como obrigação estipulada o pagamento de US\$ 19.000,00 (dezenove mil dólares), a título de compensatory damages, e, quanto aos punitive damages, o valor foi de US\$ 10.000.000,00 (dez milhões de dólares).

Tamanha severidade na última condenação teve como principal fundamento a má-fé da TXO, assentando a Suprema Corte de West Virginia que, na avaliação do caso, o juiz deve evidenciar, diante do júri, o montante efetivo do dano e a conduta lesiva do responsável pelo ilícito. Ademais, devem ser considerados, além da censurabilidade, da duração e da frequência da conduta, o comportamento do responsável após o cometimento do ilícito. Para a fixação dos punitive damages, é preciso determinar se o sujeito lesado teve uma vantagem econômica da própria conduta ilícita.

Com a assunção, pelo instituto, da função dissuasória, é fundamental que sua aferição seja feita de maneira superior às vantagens obtidas pelo ofensor, devendo ser verificada, em qualquer caso, a situação econômica deste. Frise-se que outros são os fatores importantes para se chegar a um valor razoável quanto aos punitive damages, como ponderar as despesas legais suportadas pelo lesado, impor uma sanção penal sobre o causador do dano, considerar a existência de outras ações pelo mesmo ilícito e a idoneidade da condenação de forma a favorecer transições equitativas e razoáveis nos casos em que seja manifesta a responsabilidade do autor do ilícito.

Neste caso em específico, foi ampla a discussão quanto à constitucionalidade dos punitive damages, sendo alegado, em recurso da sociedade TXO, violação ao Devido Processo Legal (Due Process), sob argumento de que a soma devida desta indenização punitiva, de aproximadamente US\$ 10.000,00 (dez milhões de dólares), deveria ser considerada excessiva se comparada com o limitado montante dos actual damages, e, por isso, irracional. É por esta razão que se faz essencial ponderar os critérios supramencionados para garantir o atendimento a este princípio constitucional em seu significado processual e

substancial. A variação do quantum dos punitive damages é admitida, assim, segundo a gravidade e o tipo de comportamento ilícito.

#### **7.4 Honda Motors Corp. v. Karl Oberg (1994)**

Pela primeira vez na história, a Suprema Corte dos Estados Unidos invocou a Cláusula do Devido Processo Legal da Emenda 14 da Constituição norte-americana para condenar o sistema dos punitive damages de um Estado, por violação a garantia constitucional do direito de propriedade. Isso porque a Corte do Estado de Oregon fixara uma indenização de US\$ 1.000.000,00 (um milhão) de dólares) a título de compensatory damages a ser incrementada pelo seu quántuplo quanto aos punitive damages.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos foi no sentido de o sistema de punitive damages do Estado de Oregon violar o devido processo legal por proibir que os juízes reduzissem os veredictos emitidos pelos jurados nos casos em que considerassem esta indenização excessiva. Afirmou ainda a Suprema Corte que os punitive damages são “uma forma perigosa de castigo” e deve ser controlada pelos tribunais. A permissão de calcular o montante de incremento aos compensatory damages dada aos jurados, com base na prova da solvência dos demandados, cria, segundo o mesmo tribunal, “um perigoso risco de decisões abusivas e parciais”.

Forçoso reconhecer que, a partir da breve análise dos presentes casos, e de suas respectivas soluções dadas, muitas vezes, pela Suprema Corte, os punitive damages não são direito subjetivo do ofendido, tampouco estão sujeitos a apenas à discricionariedade do julgador ou se aplicam à generalidade dos casos. Ao revés, sua aplicabilidade impende limites delineados por critérios fixados pela Constituição e pela jurisprudência precedente.

Ao contrário do que muitos dos que se opõem à atração e até mesmo à existência desse instituto no Direito Civil defendem, não se busca punir com a indenização nos casos de responsabilidade objetiva, já que obedecem a uma sistemática bem diversa, tendo em vista que, neste aspecto, a subjetividade do agente causador do dano é irrelevante. Tampouco se pensa em punir aqueles casos em que a ação culposa não se revelou grave nem sujeita a significativo juízo de reprovação. O que se busca, em verdade, é partir de critérios valorativos

sobre a gravidade do dano, a vulnerabilidade da vítima, o grau de reprovabilidade do autor, por exemplo, para, através da indenização punitiva, reequilibrar a igualdade material prevista na Constituição de 1988, desequilibrada, mormente, pelo ímpeto da subjetividade do agente em obter vantagem diante do prejuízo alheio.

## 8. **DISTINÇÃO ENTRE INDENIZAÇÃO PUNITIVA E O CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DO DANO MORAL**

No caso da indenização punitiva (punitive damages), o significado é exclusivamente o da imposição de uma pena e abrange apenas a responsabilidade derivada da imputação subjetiva do agente. Já em relação ao caráter punitivo-pedagógico do dano moral, este é fundado em critérios como o da ponderação de valores, de modo a compensar a vítima com a fixação do montante a partir de critérios valorativos como: (i) a concreta posição da vítima, (ii) a espécie de prejuízo causado e, inclusive, (iii) a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo até mesmo ser uma indenização "alta" (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado).

Frise-se que a atribuição de um caráter “elevado” à indenização causa consternação a muitos estudiosos, como Pablo Malheiros da Cunha Frota, que, ao abordar o tema, afirma que a Responsabilidade Civil é a área do Direito Civil em que há mais arbitrariedades, tratando-se, portanto, de um problema de critérios. Quando se define uma indenização como “alta”, simplesmente ao olhar para seu valor econômico de maneira isolada - e não aos critérios que levaram a estipulação deste valor - impossível alcançar uma análise quanto a sua razoabilidade diante dos critérios mencionados, sendo esta uma análise rasa, que deve ser evitada.

Todavia, a origem dos dois institutos é a mesma, de acordo com Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler: a pena privada aplicada aos *delicta* na tradição romanística clássica.<sup>40</sup> Sobre o instituto da indenização punitiva dizem ainda:

Também chamados de exemplary damages, vindictive damages ou smart Money, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção pela exemplaridade da punição (deterrence) opondo-se - nesse aspecto funcional - aos compensatory damages, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 15-32)

---

<sup>40</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, março de 2005.

Com efeito, diante da atenção mais recente dada pela doutrina e pela jurisprudência civilista à justiça distributiva, principalmente no que tange a ramos com alta densidade social como o Direito Ambiental e o direito das relações de consumo de massa, o debate acerca do possível caráter sancionador e dissuasório é renovado, conforme se demonstrará a seguir.

## 9. ATRAÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA RESPECTIVA COMPATIBILIZAÇÃO

Certo é que o Direito Civil Brasileiro não só permite como reforça, cada vez mais, a atribuição de um caráter exemplar às indenizações. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor também regulamenta de maneira ampla a responsabilidade, consagrando expressamente a responsabilidade por dano moral, apesar de ter sido vetado do Projeto o artigo que acolhia uma espécie de versão brasileira dos punitive damages<sup>41</sup>, sob argumento de que a reparação ao dano sofrido pelo consumidor já estava disposta de forma suficiente ao longo do próprio Código.

Não obstante a consagração da autonomia da responsabilidade civil em relação à responsabilidade penal e a atribuição da função punitiva exclusivamente a esta última, em contraposição ao caráter exclusivamente reparador da primeira – a fim de evitar o enriquecimento sem causa -, este instituto não está imune aos fenômenos sociais advindos da industrialização, nem às escolhas jurídico-axiológicas destas mesmas sociedades, quais sejam: a proteção ao consumidor como sujeito dotado de vulnerabilidade ou a classificação do meio ambiente entre os bens de uso comum do povo como essencial à sadia qualidade de vida, em consonância com o que prevê a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, *caput*, *in verbis*:

*CDC/2002, Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*

*I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...)*

**CRFB/1988, Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.**

<sup>41</sup> Na redação do projetado artigo, admitia-se uma “multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha a substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, bem como a situação econômica do responsável” em caso de se comprovar a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano ou gravidade na imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor.

**§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:**

***I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;***

***II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;***

***III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;***

***IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;***

***V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;***

***VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;***

**VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.**

**§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.**

**§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.**

***§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais***

***§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.***

***§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.***

***§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.” [grifo meu]***

Cristalino dizer que muitas empresas cujos produtos são danosos em escala massiva, amparadas no raciocínio de custo/benefício, diante do sopesamento entre o lucro auferido na manutenção do produto disponível no mercado e o custo da indenização àqueles que ingressarem em juízo em busca da reparação pelos danos individualmente sofridos, optam pela continuidade de sua produção e, por conseguinte, dos danos causados.

Neste diapasão, reafirma-se a necessidade da aplicabilidade de um instituto apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves, de dimensão transindividual ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária acaba por impingir eficácia como fator de desestímulo. Insurge daí o motivo pela busca em atrair os punitive damages, com suas características funcionais (a punição e a exemplaridade), diante da insatisfação causada pela linearidade do princípio da reparação na sociedade atual.

Corroboram com este raciocínio a doutrina e a jurisprudência<sup>42</sup> brasileiras que continuam a conotar os aspectos punitivos como intrínsecos aos danos morais. Subsistem, nos dias atuais, três correntes sobre a função da indenização por danos morais, quais sejam: (i) a compensação/satisfação do ofendido; (ii) a punição do ofensor; e (iii) a mista, que abrange tanto a compensação do ofendido como a punição do ofensor.

Convém notar que, quando a vítima reclama por reparação pecuniária em virtude do dano moral, não se trata de pedir para que seja dado um preço para a sua dor moral, mas sim, de uma forma de atenuação desta. Diferentemente da indenização por danos materiais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, sendo atribuída, neste caso, a função satisfatória à de pena.

---

<sup>42</sup> “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 nº 7). II - Recurso especial não conhecido” (STJ – Terceira Turma – Min. Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro – REsp nº 337739 / SP – Julgado em 05/02/2002).

## CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, foram destacados os principais aspectos e algumas hipóteses de aplicação do instituto da reparação por danos extrapatrimoniais e a aplicabilidade do caráter punitivo-pedagógico a sua respectiva indenização, bem como foram igualmente sustentadas, a cada momento, conclusões parciais. Resta agora compilá-las de uma forma mais sistemática.

Conforme se pode verificar, a figura da indenização punitiva desempenha funcionalmente o duplo papel de punir o autor do dano e de servir como dissuasão da prática de determinado comportamento social. Consoante a isto, tem recebido grande atenção da doutrina e da jurisprudência de países cuja tradição, tratando-se de responsabilidade civil, é baseada na reparação do dano, ou na restituição ao status quo ante, ou na compensação monetária do prejuízo sofrido (como ocorre no juízo cível), sendo, portanto bem distinta da tradição dos países da *common law*, por exemplo.

O papel de punir, atrelado ao juízo penal, em que as hipóteses estão tipificadas exclusivamente em lei, é, dessa maneira, atraído pelos punitive damages, que, ao ultrapassar essa cisão, introduz na responsabilidade civil (e, portanto, em matéria sujeita ao juízo cível) a ideia de pena privada.

Uma das principais razões – senão a principal -, como assevera Antônio Pinto Monteiro, pela qual a pena privada vem despertando um interesse crescente é o da relativa ineficácia, sob o ponto de vista preventivo-sancionatório, da tutela operada pela via da indenização. Tendo em vista que este é um mecanismo destinado à reparação de danos, cujo fim é o ressarcimento do lesado, a pena privada surgiria, contrariamente, para impor ao lesante uma quantia muito superior ao efetivo prejuízo, de forma que as finalidades preventiva e de repressão ocupam lugar central.

De acordo com o que observa o mesmo autor<sup>43</sup>, portanto, se partirmos do pressuposto de que a responsabilidade civil possui, ainda que acessória ou mediatamente, uma função social de exemplaridade, a reparação do dano causado, por si só, não constitui, porém, uma resposta eficaz que conduz à prevenção, já que não é este o seu objetivo.

---

<sup>43</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. Cláusula Penal e Indenização. Coimbra: Almedina, 1999 (1ª reimpressão), notas 1536 e 1537, p. 660-663).

Resta claro que fixar indenizações módicas apenas incentiva a atividade lesiva, o que gera prejuízo à sociedade como um todo. É razoável e mais adequado, portanto, arbitrar valores indenizatórios mais elevados às vítimas de danos cometidos constantemente pelo Estado, por fornecedores e particulares, a fim de prevenir suas novas ocorrências, do que seguir fomentando a vantagem em causar lesões pela ausência ou diminuta possibilidade de sanção relevante frente ao locupletamento indevido destes agentes.

Em suma, é a partir desse raciocínio que se faz necessária a atração da teoria punitiva, principalmente diante de um cenário em que a necessidade e a utilidade da pena privada se apresenta, por vezes, como o único instrumento verdadeiramente eficaz, visto que o potencial autor do dano não enxerga na obrigação de indenizar uma razão bastante para abster-se de seu comportamento, já que a previsão da indenização balizada pelo limite do dano ainda é inferior ao proveito por ele retirado mediante suas condutas ilícitas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função. Rio de Janeiro: Renovar 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais/Carlos Alberto Bittar. – 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DOMINI, Rogério. Responsabilidade Civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. / Rogério Donnini. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Ed. 2015.

PINTO MONTEIRO, António. Cláusula Penal e Indenização. Coimbra: Almedina, 1999 (1ª reimpressão).

SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 74, p. 295-326, Dec. 2016 Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552016000300295#fn1](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552016000300295#fn1).

Acesso em 18 Out. 2018.

POLINKSY, Mitchell, SHAVELL, Steven. Punitive Damages: Na Economic Analysis. Harvard Law Review, n. 111, p. 901, Feb. 1998.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio da reparação integral. São Paulo: Saraiva, 2010.

Disponível em: <<http://www.ambito->

[juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=obras\\_visualiza&id\\_o=822](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=obras_visualiza&id_o=822)> Acesso em: 25/08/2018.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, março de 2005. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/643/823> acesso em 06/09/2018  
Acesso em: 17/09/2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. II, Teoria Geral das Obrigações, 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Lei No 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 (Código Civil).

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

BRASIL. Lei No 7.347, de 24 de Julho de 1985. (Lei da Ação Civil Pública).

BRASIL. Lei Nº 9.610, de 19 de fevereiro De 1998 (Lei de Direitos Autorais).