



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de DIREITO

RAFAEL BATISTA LEITE

A FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL

BRASÍLIA
2010

RAFAEL BATISTA LEITE

A FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Doutor Héctor Valverde Santana

BRASÍLIA
2010

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho aos meus pais,
sempre presentes em minha vida e
porque me incentivaram a sonhar e
construíram os alicerces para que fossem
possíveis todas as minhas realizações.*

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por me iluminar a cada passo de minha jornada e aos meus pais, familiares e amigos pelos incentivos fundamentais. Agradeço também a meu orientador pela dedicação e paciência dispensadas.

*A justiça sustenta numa das mãos a
balança que pesa o direito, e na outra, a
espada de que se serve para o defender.
A espada sem a balança é a força brutal;
a balança sem a espada é a impotência
do direito.*
Rudolf von Ihering

RESUMO

Atualmente, discute-se muito a respeito da hipótese de se a compensação pura e simples do dano moral poderia satisfazer os anseios do sujeito lesado e da sociedade sobre a ação danosa. Sabe-se que em certos casos o dever de reparar o dano sem a punição ao infrator poderia causar neste uma sensação de vantagem em cometer dano, pois, na pior das hipóteses, o agente danoso tornaria à situação anterior sem ter para si prejuízos que o desencorajam a cometer novos danos. Por outro lado, compensar o dano além da sua medida poderia gerar enriquecimento sem causa ao sujeito que suportou o dano, fato que, igualmente, deve ser evitado. Diante desse cenário, os julgadores tem feito um juízo de razoabilidade, de forma a arbitrar indenização em valor maior que o do dano com o fim de punir o agente e prevenir novos danos, mas também com a cautela necessária para evitar que o valor arbitrado a título de indenização ocasione o locupletamento indevido.

Palavras-chave: Dano, Dignidade da Pessoa Humana, Direitos de Personalidade, Dano Moral, Compensação, Funções do Dano Moral, Função Punitiva, *Punitive Damages*, Teoria do Valor do Desestímulo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DANO MORAL	10
1.1. O dano na Responsabilidade Civil	10
1.2. O dano como lesão à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade	12
1.3. Dano Moral e Dano Material	14
1.4. Funções da Indenização por Dano Moral	16
1.4.1. Compensatória	18
1.4.2. Preventiva	20
1.4.3. Punitiva	23
2. FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL	26
2.1. Características e finalidade	26
2.2. <i>Punitive damages</i> ou <i>exemplary damages</i>	29
2.3. Teoria do valor do desestímulo	32
2.4. Críticas	35
2.4.1. Exagero na cominação	35
2.4.2. Componente emocional	36
2.4.3. Fator do valor inesperado e supressão de instância	37
2.4.4. Enriquecimento sem causa	38
3. FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO	41
3.1. Tendências da jurisprudência brasileira e posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)	41
3.2. Áreas de aplicação no direito brasileiro	43
3.2.1. Direito do consumidor	45
3.2.1.1. Risco da atividade e responsabilidade objetiva	45
3.2.1.2. Ações coletivas	47
3.2.1.3. Dano moral individual	48
3.3. Liquidação do dano moral e arbitramento do valor	49
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

Todas as vezes que se ouve falar de indenizações por danos morais, menciona-se o fato de que, por vezes, as indenizações arbitradas nos Estados Unidos tem valor muito maior do que o valor do dano real.

Nos Estados Unidos tem-se o uso frequente do instituto que chamam de *punitive damages*, ou seja, danos ou indenizações punitivas. A intenção das *punitive damages* é arbitrar valor indenizatório maior que o valor do dano, com fim expresso de punir o ofensor.

Existem doutrinadores que são favoráveis à dita *importação* do instituto da *punitive damages*, do sistema jurídico da *common law*, para o direito brasileiro. São muitos os argumentos tanto favoráveis quanto contrários.

A visão do instituto norte americano é contraposta, haja vista que alguns juristas vislumbram grandes exageros em indenizações sempre milionárias por conta de danos comuns à rotina de qualquer povo.

Outros doutrinadores veem no instituto a verdadeira justiça nas indenizações, pois o agressor tem para si uma punição e não apenas o dever de reparar um dano por vezes de fácil compensação.

A possibilidade de se punir o agente, principalmente aquele que age com dolo, aproveitando-se de situação de superioridade, é, de fato, uma possibilidade que atende ao interesse coletivo de qualquer país. O interesse social seria preservado e o indenizado teria para si uma sensação de justiça.

Por outro lado, o vantajoso ato de punir o causador de danos civis poderia vir a estabelecer uma situação de completa insegurança jurídica, pois, os sujeitos passariam a viver em uma conjuntura de extremado temor de causar um dano e sofrer punição de vulto exagerado e de prestação quase impossível.

Questiona-se se a realidade jurídica brasileira, um país que adota o sistema jurídico romano-germânico, comportaria a introdução de um instituto alheio às suas características.

Um cenário jurídico em que qualquer dano pudesse ter o seu autor punido exemplarmente com indenizações severas causa temor em grande número de juristas, que preveem a possibilidade de os lesados buscarem o Poder Judiciário no intento de terem para si uma indenização vultuosa em razão de um dano sem grande lesão.

A indenização fixada em valor maior que o dano poderia causar ainda o enriquecimento indevido ao sujeito que suportar a lesão. Neste caso, a questão é se a indenização pode ou não ultrapassar o valor do dano, ainda que seja com o fim de punir o agente.

O Código Civil de 2002, no Art. 944, menciona que a indenização não poderá ultrapassar o valor do dano. Assim sendo, deve-se saber qual o significado de indenização empregado pela referida legislação e se a parcela punitiva faz parte deste conceito de indenização.

De acordo com o referido ditame legal, pode-se buscar saber se para o legislador brasileiro o simples fato de ter de prever a restituição do bem lesado seria uma punição ao agressor ou se esta punição somente se daria com a prestação de valor acima do dano.

Interroga-se se a estipulação de punição nas indenizações por danos morais seria a aplicação do referido instituto do direito anglo-saxão ou se existe no ordenamento jurídico brasileiro previsão desse caminho jurídico.

Diante da possibilidade de o ordenamento brasileiro não ter previsão de indenização com fim de punição, os seus adeptos poderão encontrar dois entraves: a vedação de se aplicar um instituto alheio ao ordenamento jurídico pátrio e a possibilidade de aplicação de pena civil em detrimento do direito penal, encarregado natural de punir os ofensores.

Se o ordenamento jurídico brasileiro apresentar aspectos que legitimem a aplicação de indenização punitiva por origem da própria legislação, certamente a sua dosimetria e o raio de ação seriam questões iniciais para sua aplicação.

A presente pesquisa visa abordar, sobretudo, os aspectos da doutrina a respeito do tema sugerido, suas opiniões e seus fundamentos a respeito, para que, somente ao final da exposição dos argumentos de ambas as partes, seja feita a

análise da maneira como os tribunais brasileiros tem apreciado a possibilidade de aplicação da função punitiva das indenizações por danos morais.

Intenta-se obter o máximo de elementos doutrinários a respeito do tema, pois somente assim poderá ser maturada a ideia de possibilidade de aplicação da indenização punitiva, abordados todos os seus aspectos.

Depois de vislumbrados todos os detalhes do tema, pode-se visualizar a forma como os magistrados tem respondido a esses elementos doutrinários, haja vista a ausência de legislação expressa acerca do assunto.

Com esse fim, serão explanados todos os pontos referentes ao objeto de estudo, desde o dano na esfera da responsabilidade civil até a forma como os tribunais e juízos de primeira instância encontram o valor devido para as indenizações que arbitram.

Tem-se, portanto, dentre várias discussões, a indagação principal de se a aplicação da indenização com fins punitivos seria proveitosa de modo a punir os sujeitos que agem contra outrem ou se seria exagero reprovável, advindo de interferência cível na esfera penal, vindo a gerar enriquecimento indevido para o indenizado.

1. DANO MORAL

1.1. O dano na Responsabilidade Civil

A busca de um ambiente social equilibrado está na essência do ser humano. Essa busca resultou na conclusão de que qualquer atitude lesiva a esse equilíbrio deveria ser punida, com o objetivo de manter a paz coletiva.

A necessidade de reparação do dano sempre esteve imbuída no ser humano, pois este sempre teve o objetivo de manter a harmonia do seu meio e, para isso, sempre reagiu de forma a obrigar o infrator a reparar o dano causado, tanto pela satisfação pessoal do lesado (com a restituição do bem violado), quanto pela satisfação coletiva (com a sensação de reequilíbrio social após a restituição do bem violado e com a punição do agressor).¹

A princípio, far-se-á a diferenciação do dano propriamente dito para com o dano moral. O dano é lesão a um patrimônio, não importa a natureza deste patrimônio. O dano moral é o dano ao patrimônio subjetivo, intangível, abstrato, ligado ao campo das sensações do lesado.

O dano puro e simples é um dos braços da responsabilidade civil e o dano divide-se em duas espécies - o dano material e o dano moral, da forma que se representa na figura abaixo:



O dano pode gerar responsabilidade penal ou civil - ou ambas - de acordo com o objeto jurídico lesado e o grau de interesse social na questão. Daí surge a possibilidade de sanção decorrente de ato lesivo a um bem jurídico privado.²

¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37.

A responsabilidade civil surge como um ponto transitório entre a sanção penal e a tutela jurídica das relações privadas e perfaz o controle do Estado nas ações lesivas. Embora não haja interesse social relevante que justifique uma sanção penal, há relevância para que o agente seja punido de forma diversa da sanção penal, aplicando-se assim, a sanção civil.

Caio Mário³ propõe o *dano como circunstância elementar da responsabilidade civil*. Nesse sentido prossegue, adiante, afirmando que o *dano é elemento ou requisito essencial na etiologia*⁴ da responsabilidade civil.

O dano é o *grande vilão da responsabilidade civil* e, ainda, *pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano*. Há casos em que o dever de reparar advém de responsabilidade objetiva (o agente tem o dever de reparar ainda que não tenha agido em dolo ou culpa, basta a ocorrência do dano e o nexo-causal entre o dano e a ação). Ocorre, por exemplo, a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, em que o fornecedor deve reparar quando a sua ação causar dano ao consumidor, ainda que não haja dolo ou culpa.⁵

O dano deve ser atual e certo para que seja considerado elemento de responsabilidade. O dano é atual se existe ou já existiu, retirando-se, assim, a possibilidade de responsabilização por dano provável. Por outro lado, o dano é certo quando se sabe a extensão da lesão, ainda que de consequências futuras.⁶

Observe-se que ter ciência da extensão do dano difere da quantificação em pecúnia. Pode-se ter a exata noção da extensão de um dano moral causado, embora não se tenha a exata e bastante proporção estabelecida em pecúnia. Na ocasião da reparação de bem imaterial, faz-se apenas uma aproximação do dano à sua referida compensação.

Anteriormente, o dano era conceituado apenas como uma diminuição exclusiva do patrimônio material da vítima. Atualmente, admite-se também a possibilidade de ocorrência de dano moral decorrente do mesmo ato lesivo. Assim,

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37.

⁴ *Ciência que estuda as causas, as origens das coisas* in: BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996, p. 276.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 70.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 39-40.

Sérgio Cavaleri Filho⁷ considera dano como sendo *a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza*.

Toda e qualquer diminuição do patrimônio jurídico é considerada dano, ainda que ocorra lesão não ao patrimônio material, mas sim ao patrimônio imaterial do vitimado. O dano se configura com a pura e simples lesão, não importando a característica do bem lesado.

1.2. O dano como lesão à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade

Para que se consiga estabelecer uma exata noção acerca do dano moral e seu aspecto punitivo, faz-se necessário analisar a questão dos direitos de personalidade juntamente com a dignidade da pessoa humana, a fim de que se consiga materializar o dano moral na qualidade de lesão a esses dois institutos.

A dignidade da pessoa humana é princípio basilar que assegura a aplicabilidade de todos os outros preceitos fundamentais inerentes a todas as pessoas. É a premissa básica que sustenta os fundamentos de todos os direitos, pois, ao ser humano assim considerado sujeito detentor de direitos deve ser respeitada a dignidade, atendida como marco-zero de todos os seus direitos posteriores.⁸

O texto constitucional assegura um sem número de direitos fundamentais, todos, sem exceção, permeados de argumentos advindos do puro e simples conceito de dignidade da pessoa humana.

Alexandre de Moraes⁹ menciona que a dignidade da pessoa humana é *um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar*.

Conforme exposto acima, diz-se que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, é o assegurar o *mínimo do mínimo*, isto, pois, o Art. 5º da Constituição Federal de 1988 destina-se a arrolar os direitos fundamentais, basilares

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71.

⁸ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 16.

do Estado de Direito em que vivemos. O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, tem por finalidade precípua garantir o respeito a esses princípios, bem como dar-lhes fundamento de existência.

A dignidade da pessoa humana seria o *respeito à essência, características e sentimentos da pessoa humana* e tem seu conceito dotado de subjetividade, pois, cada pessoa tem para si o seu sentimento individual de dignidade.¹⁰

André Gustavo Corrêa de Andrade¹¹ relaciona o princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos da personalidade e com os direitos fundamentais. Disserta o autor, que o princípio da dignidade move todo o sistema normativo, mas tem ligação mais estreita com os dois institutos mencionados.

A relação de respaldo entre direitos fundamentais e princípio da dignidade da pessoa humana foi abordada nos parágrafos anteriores, no que se diz que a dignidade da pessoa humana serve de fundamento jurídico que justifica a existência de todos os outros direitos.

Carlos Alberto Bittar¹² conceitua os direitos de personalidade como os direitos que se referem às relações do ser consigo mesmo. Segue o autor para dizer que os direitos de personalidade abrangem tanto o homem em relação a ele mesmo quanto em suas projeções para o exterior.

Elimar Szaniawski¹³ afirma que a personalidade de uma pessoa tem relação com a sua própria existência e, assim sendo, o sujeito somente poderá pleitear e adquirir direitos depois de afirmada a sua personalidade.

Podemos inferir que a dignidade da pessoa humana reserva ao indivíduo a possibilidade de ser respeitado na condição de pessoa humana, enquanto que os direitos de personalidade conferem a esse sujeito a sua individualização mínima de ser humano particular.

¹⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

¹¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 18.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 2.

¹³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

Depois de ter reconhecida a sua condição de ser humano individual, o sujeito tem para si uma série de direitos individuais que, segundo Silvio Romero Beltrão¹⁴, *são tão próprios do indivíduo, que chegam a se confundir com ele mesmo e constituem as manifestações da personalidade do próprio sujeito.*

A violação a esses direitos mínimos do sujeito deverão ser passíveis de indenização, desde que haja o dano e o nexo de causalidade entre a ação e o dano referido, além de exigir-se o dolo ou culpa do agente para os casos de responsabilidade subjetiva.¹⁵

A indenização aplicada ao dano deve ser considerada como medida que propicia ao sujeito o assegurar dos seus direitos mínimos ligados à sua própria existência e condição.

1.3. Dano Moral e Dano Material

Com relação ao dano em si, afirma-se, conforme exposto anteriormente, que este se configura com a lesão a um patrimônio jurídico, qualquer que seja a sua natureza. Assim, a natureza do bem ofendido não possui grande relevância na obrigação de reparar gerada, desde que ocorrido o dano. Todavia, é de grande relevância o estudo das características dos bens jurídicos tutelados a fim de distinguir se o dano é material ou moral.

Esta distinção entre o dano material e moral não se restringe a indagar qual o tipo de bem jurídico ferido, tem influência também na forma de reparação gerada.

Por vezes a doutrina adota critérios para diferenciar os danos morais dos danos materiais. A forma mais usual de se fazer essa diferenciação é a análise da tangibilidade do bem em questão e a sua exata valoração pecuniária.

Em uma análise preliminar e sem maiores detalhamentos, o dano material seria o dano a um bem concreto, tangível, dotado de valor econômico conhecido ou

¹⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos de personalidade*: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23.

¹⁵ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos de personalidade*: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 63.

de possível liquidação. Já o dano moral seria o dano a um bem ligado ao bem estar do vitimado, um bem jurídico intangível e sem valoração monetária definida, de caráter eminentemente subjetivo, necessitando a sua quantificação equivalente em pecúnia.

Embora consagrada, a divisão dos danos em morais e materiais não prevalece em todos os casos, ou seja, nem sempre ocorrerá, necessariamente um dano material e um dano moral. Uma lesão a um direito de personalidade pode produzir apenas um tipo de dano. Assim, pode ocorrer apenas o dano material e não o moral ou o inverso.¹⁶

A doutrina denomina o dano moral de extrapatrimonial *justamente pelo fato de que o dano moral situa-se extra-patrimônio, ou seja, fora do patrimônio material*. Porém, o citado autor considera erro da doutrina em considerar sinônimos o dano moral e o dano extrapatrimonial visto que, para ele, o dano moral nada mais é que uma espécie de dano extrapatrimonial.¹⁷

Segundo Rodrigo Mendes Delgado¹⁸, os danos morais puros são *todas as lesões a um patrimônio ideal*. O referido autor aborda ainda o fato de que são danos a patrimônio abstrato, intangível, sem valor definido, o qual somente se percebe e mensura por meio das sensações.

Há também o aspecto social do bem jurídico lesado, no que diz respeito ao dano moral. O valor afetado pode ser considerado tanto no que tange ao sujeito e à sua visão própria, quanto à visão da sociedade a respeito do vitimado.¹⁹

Ao conceituar os danos morais, Carlos Alberto Bittar²⁰ afirma que *danos morais são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social*.

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39.

¹⁷ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral - Como chegar até ele: Teoria e prática - Teoria do valor do desestímulo*. 2. ed. Leme-SP: J. H. Mizuno, 2004, p. 201 e 203.

¹⁸ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral - Como chegar até ele: Teoria e prática - Teoria do valor do desestímulo*. 2. ed. Leme-SP: J. H. Mizuno, 2004, p. 204.

¹⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43-44.

Os danos morais são subdivididos em objetivos e subjetivos. Sobre essa divisão criada pela doutrina disserta Maria Celina Bodin de Moraes²¹. Afirmar a autora que dano moral subjetivo seria *o efeito não-patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial*, enquanto que dano moral objetivo seria *a afronta a direito da personalidade*.

Diferencia-se dano moral de dano material no sentido de que o primeiro é dotado de características subjetivas enquanto o segundo é veementemente objetivo e direto. Se, no dano material, a constatação basta da análise da lesão ao patrimônio material ou econômico, e de posterior verificação do valor do dano; o dano moral emerge de uma análise da lesão interior, pessoal, subjetiva do ofendido e das sensações por este experimentadas, pretendendo-se, após, equivaler o dano sofrido a uma quantia em pecúnia a fim de que se estabeleça a devida compensação.

1.4. Funções da Indenização por Dano Moral

De acordo com as linhas inicialmente estabelecidas, percebe-se a intenção da responsabilidade civil em regular as interações humanas tutelando as relações onde há ocorrência de dano.

Para tal, surge, além da figura do dano material, a possibilidade de reparação do dano moral. Isso significa dizer que, quando a reparação do dano material por si só não se faz suficiente para restabelecer a paz individual do lesado ou, até mesmo, quando o dano não atinge patrimônio material, mas sim patrimônio jurídico subjetivo, o dano moral é instrumento válido para tutelar a relação exposta.

O dano moral é dotado de funções as quais objetivam a reparação do dano causado e a resposta às expectativas sociais dele esperadas. As funções do dano moral são três: *função reparatória/compensatória*, *função preventiva* e *função punitiva*.

A função preventiva da responsabilidade civil pode ser estendida ao dano moral, porque, ao se arbitrar uma indenização por dano moral intenta-se, sob a

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 156-157.

óptica punitiva dessa indenização, também evitar que ação semelhante seja cometida pelo próprio agressor ou por outro integrante da coletividade. Assim, evita-se novo dano e educa-se, diretamente, o agente e, indiretamente, a sociedade.

A fim de ilustrar a função primeira do dano moral, chamar-se-á de *função compensatória*, posto que o dano moral é lesão a interesse jurídico abstrato e que a dor sofrida não se repara, apenas se compensa com valor pecuniário. Não há falar no dano moral em retorno ao *status quo ante*, ocorre apenas uma compensação e não uma restituição do bem violado.

Nessas linhas disserta André Gustavo Corrêa de Andrade²² ao mencionar que *em não sendo possível a reparação in natura do dano, busca-se ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima ou compensar seu dano através de um equivalente ou sucedâneo pecuniário*.

O dano é reparado quando há a reposição factual do bem lesado, violado, ou seja, o bem violado é repostado por outro do mesmo gênero, de valor e características iguais; já na compensação ocorre a reposição ficta decorrente de um juízo de equivalência entre o bem violado, lesado, perdido e o bem entregue ao vitimado. Não é mais possível restituir o bem por outro de mesmo gênero, apenas um de valor estipulado como equivalente.

Como nos danos morais o que se viola é um sentimento, seja individual ou social, o sentimento anterior não pode ser repostado, apenas compensado. A dor, por vezes, segue da mesma maneira e apenas a compensação se faz presente para diminuir-lhe os efeitos maléficos.

Há posições doutrinárias no sentido de exigir previsão legal quando da aplicação de outras funções do dano moral além da compensatória. A principal função do dano moral é a de compensar o dano, vindo, as outras funções, apenas acrescentarem maior potencialidade ao instituto. Fábio Alexandre Coelho²³ afirma que essa visão da doutrina é contrária à aplicação de outras funções do dano moral sem previsão, sobretudo quando visam punir o ofensor.

²² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 107-135, jan.-abr./2007, p. 107.

²³ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 290.

Todavia, Fábio Alexandre Coelho²⁴ menciona que, em seu entendimento, a expressa previsão legal é desnecessária visto que, para ele, as outras funções da indenização por danos morais apenas são funções acessórias e que somente se aplicam aos casos em que são adequadas. A aplicação de outras funções da indenização auxilia no fator de se ter *uma reparação justa e adequada do dano de natureza moral*.

Não se corre risco de aplicar uma função outra da indenização a casos inadequados, ainda que se intente punir o agente. A função da indenização somente será empregada ao caso que exija esta aplicação.

Passa-se a analisar as funções do dano moral detalhadamente nos próximos tópicos.

1.4.1. Compensatória

A primeira intenção do julgador, quando arbitra uma indenização por danos morais, é a de compensar o dano causado ao vitimado.

Antes de qualquer outra finalidade posterior de evitar reincidência ou punir o agente, o que se intenta é compensar o dano. Quer-se evitar que o mal causado estenda seus efeitos e venha a causar maior sofrimento ao paciente.

O direito, neste caso, enxerga o vitimado da lesão como um doente que, antes de ter tratadas as causas do mal, tem os sintomas ao menos aliviados.

Ao mencionar a função compensatória da indenização por dano moral, André Gustavo Corrêa de Andrade²⁵ lembra que essa é a intenção inicial do Código Civil de 2002, conforme disposto em seu Art. 944, no que preceitua que a *indenização mede-se pela extensão do dano*.

Existem duas correntes doutrinárias a respeito da reparação/compensação do dano moral: a primeira acredita na possível

²⁴ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 290-291.

²⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 107-135, jan.-abr./2007, p. 107.

quantificação pecuniária do dano moral e a segunda corrente aceita apenas uma estimativa, sem que nunca se chegue ao valor exato do dano moral.²⁶

A primeira corrente crê na possível reposição do bem violado. Isto significa dizer que essa visão acena para a possível quantificação pecuniária do bem ofendido e sua posterior reparação na medida exata da lesão. Tem por base, portanto, que ocorre a *reparação* do dano moral.

A segunda corrente sugere que o dano moral não pode ser quantificado na sua exatidão, fazendo-se apenas uma estimativa do valor do bem jurídico lesado e a sua mera *compensação*, posto não ser possível devolver ao ofendido o patrimônio jurídico que lhe foi aviltado.

O sentimento do agredido é imutável, ou seja, a dor, a sensação experimentada, o trauma sofrido, enfim, toda sorte de mazelas impostas ao vitimado, não poderão ser apagadas, apenas compensadas; e não podem, igualmente, ser calculadas em um valor x, a ser estabelecido e pago, como que em uma tabela de valores na qual uma agressão tal tem um valor equivalente preestabelecido.

O dano moral não tem um valor estipulado. Para reforçar este argumento, é de fácil percepção que uma ação idêntica tem efeitos diversos e de diferentes graduações ao se observar os pacientes do ato. Cada ofendido pode reagir de maneira diversa a uma mesma conduta. E, por isso, o dano de natureza moral não tem uma possibilidade de estipulação exata do seu valor, mas sim uma mera estimativa valorativa da sua compensação em pecúnia.

Fábio Alexandre Coelho²⁷ ainda disserta que existem algumas *justificativas* para a ocorrência da compensação do dano moral. Seriam essas *justificativas* amparadas nos preceitos da impossibilidade de retorno ao *status quo ante* e da perfeita equivalência entre a extensão do dano e a reparação imposta, a obrigação de reparação do dano ocorrido e a necessidade de reparação do dano com punição ao infrator.

Em uma interpretação da lição de Fábio Alexandre Coelho, contida no parágrafo anterior, tem-se que o citado autor acredita na ocorrência da

²⁶ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 293.

²⁷ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 294-297.

compensação do dano moral por conta da impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, o que permite adequar sua posição na teoria da não equivalência material do dano moral anteriormente mencionada.

Percebe-se que Fábio Alexandre Coelho considera que apenas o simples fato de o agressor ter de compensar o dano causado já pode ser considerado uma punição; mesmo que o valor despendido seja considerado equivalente ao dano em si.

Na função compensatória, o dano e sua extensão serão os únicos aspectos abordados, de forma que o dolo ou a culpa do agente e a sua graduação e, até mesmo a fortuna do agressor, ou, ainda, qualquer outro aspecto do dano, serão deixados de lado ao se arbitrar a indenização compensatória, posto que a única intenção é a de reparar o dano causado.²⁸

O dano será avaliado, estimado e compensado sem que para isso seja analisado, pelo menos nesse ponto, a intenção do agente, se este agiu com dolo ou culpa. Apenas o dano e o nexo causal serão avaliados para responsabilizar o agente. Ao ocorrer o dano e a ação tenha influenciado na ocorrência desse dano, deve ocorrer a compensação.

Os outros aspectos do dano e da conduta danosa serão analisados no momento adequado: a aplicação das funções preventiva e punitiva do dano moral.

1.4.2. Preventiva

Esta é uma função geralmente mais estudada como função da responsabilidade civil, mas que tem sua aplicação na indenização por danos morais, sobretudo quando se arbitra a indenização com viés punitivo.

Em linhas gerais, a indenização do dano moral visa, sob a óptica do lesado, compensar o dano e, sob a óptica do agente, punir o agressor. Todavia, sob a óptica da sociedade, a indenização pode servir como sinal de alerta para que todos os integrantes do meio social percebam que tal atitude é condenada e que,

²⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 107-135, jan.-abr./2007, p. 107.

portanto, não deve ser repetida. Nesse contexto que aparece a função preventiva do dano moral.

Sabe-se que a responsabilidade civil visa reparar e punir o dano e, assim sendo, abrange o dano material e o dano moral. Nesse raciocínio, o estudo do dano moral se vale da função da responsabilidade civil de prevenir novo dano ao se arbitrar indenização.

Esse tal sinal de alerta, dado pelo arbitramento da indenização, para que se evite nova atitude lesiva é mais evidente quando se estabelece indenização de caráter punitivo. O integrante da sociedade ou mesmo o agressor passa a raciocinar que não é vantajoso causar dano a outrem se depois lhe for arbitrada indenização a pagar que ultrapasse o valor do dano. No fim das contas o prejuízo será seu e não do vitimado.

Levando-se em conta esse objetivo de prevenir a sociedade quanto aos atos lesivos, pode-se afirmar seguramente que existe, de fato, um *caráter de exemplaridade do dano moral*.²⁹

Vítor Fernandes Gonçalves³⁰ menciona a característica de prevenção dupla, da indenização. O mencionado autor refere-se que existem duas espécies de prevenção e sugere a existência desse fim preventivo da função punitiva. Assim, menciona que, ao se falar da prevenção, há falar na *prevenção específica* (destinada ao indivíduo lesante) e também na *prevenção geral* (destinada à coletividade).

A evolução jurídica da responsabilidade civil fez com que a mera reparação ou compensação do dano passasse a ser ineficaz e que outros objetivos fossem estabelecidos com relação à sua aplicação. Assim emergiu o conceito de prevenção social da responsabilidade civil visando à manutenção do equilíbrio coletivo.³¹

²⁹ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral - Problemática: Do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 234.

³⁰ GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 129-130.

³¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 107-135, jan.-abr./2007, p. 108.

A responsabilidade civil ocupa-se não apenas com o dano já ocorrido, mas também com a prevenção de novo ato lesivo e, por isso, está impregnada de uma função preventiva a fim de preservar o direito patrimonial protegido. O atual objetivo da responsabilidade civil é evitar a ocorrência de danos para que deva ser reparado. Prevenir para evitar que o dano ocorra aparenta ser mais interessante.³²

A prevenção do dano serve como um desestímulo à prática de tais condutas. O sujeito queda-se desencorajado à prática do dano. Fábio Alexandre Coelho³³ menciona a questão do desestímulo ao abordar que este ocorre *quando se busca convencer alguém a não realizar um ato danoso ou a praticá-lo novamente*.

Da mesma maneira, a tutela inibitória somente se faz possível quando da ocorrência de um dano e esta não visa o dano já ocorrido, mas sim o eventual novo dano que será prevenido e desestimulado com o arbitramento de valor que não se confunde com o da reparação do dano, tem apenas essa função de inibir a reincidência do agente ou ato semelhante de outro sujeito e que deve ser devidamente expresso e igualmente justificado.³⁴

Por vezes, tem-se que o desestímulo é, na verdade, apenas um elemento a mais da tutela punitiva do dano moral. Porém, Fábio Alexandre Coelho³⁵ diferencia os dois institutos no que diz respeito ao *fator temporal*. Segundo o autor, *a punição volta-se para o ato danoso praticado (passado), enquanto que o desestímulo relaciona-se à eventual prática de um ato lesivo (futuro)*, além do fim de precípua de punição da função punitiva.

O próprio Fábio Alexandre Coelho³⁶ menciona que *a prevenção guarda estreita relação com a função do desestímulo*. Diferenciados os institutos pelo fato de que o desestímulo alcança a pessoa do ofensor, enquanto a prevenção também estende seus efeitos em relação a terceiros.

³² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 238-239.

³³ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 305.

³⁴ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 305.

³⁵ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 306.

³⁶ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 309.

Embora diferenciados o desestímulo e as funções preventiva e punitiva, é notória a dificuldade de mencionar um deles sem que se analisem alguns aspectos dos outros. Assim sendo, passa-se a detalhar de maneira direta a função punitiva do dano moral e, em momento mais oportuno o estudo mais amplo da teoria do desestímulo.

1.4.3. Punitiva

Conforme salientado anteriormente, há situações que a mera restituição (ou compensação) do bem violado não satisfaz o interesse da indenização, sendo para tanto, necessário um valor maior que o dano, a fim de causar ao agressor uma sensação de desestímulo e punição com a indenização a que se obriga.

A função punitiva é trazida à *lume* exatamente nesse momento, ou melhor, com esse objetivo de tornar a indenização completa e satisfatória.

A função punitiva do dano moral é atualmente aceita pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). O Tribunal aplica o conceito da razoabilidade da indenização ao determinar que o valor arbitrado não deverá ser nem irrisório e nem abusivo. Calca-se, portanto em um critério de razoabilidade. Assim, de acordo com André Gustavo Corrêa de Andrade, as indenizações não tiveram grande aumento de valor após este reconhecimento da função punitiva pelo STJ.³⁷

Antes de tudo, deve-se especificar o que vem a ser a função punitiva do dano moral. A função punitiva do dano moral tem o condão de *impor algum tipo de castigo ao causador do dano, em decorrência da gravidade de sua conduta*.³⁸

Fábio Alexandre Coelho³⁹ sugere ainda que, por ser a intenção da indenização punitiva a imposição de um castigo ao ofensor, *não pode ser a função punitiva o único critério considerado, sob pena de deixarmos de lado os danos causados*.

³⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 107-135, jan.-abr./2007, p. 114.

³⁸ COELHO. Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 298.

³⁹ COELHO. Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 298.

Assim, a punição, na esfera do dano moral, é dotada de critérios estritamente subjetivos e leva em conta a intenção do agente, a extensão do dano, o impacto causado pelo montante da indenização compensatória, enfim, todos os aspectos que não podem ser abordados no arbitramento da indenização compensatória.

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho⁴⁰ atenta que a função punitiva do dano moral somente se aplica se, e somente se, *houver os pressupostos da responsabilidade civil: dano, nexo causal e, indispensável para este fim, culpa.*

A ação danosa deve ser ao menos culposa para que se aplique indenização punitiva. Deve o agente incorrer em imperícia ou negligência, no mínimo, para que o ato seja passível de indenização com fins punitivos. Isto obviamente, pois, o responsabilizado por ato em que a sua responsabilidade seja objetiva, isto é, ocorra independente de culpa não poderia ser punido por conduta em que não visava lesar alguém ou que desconsiderou o risco.

A função punitiva não foi prevista de forma expressa pelo legislador no Código Civil de 2002, mas o referido instituto tem inúmeros adeptos na doutrina e jurisprudência e a sua intenção é ultrapassar a satisfação do ofendido em ter seu patrimônio jurídico restituído ou compensado; visa-se punir o agressor, ele (o agressor) passa a ser o critério determinante para a valoração do dano moral.⁴¹

Maria Celina Bodin de Moraes⁴² menciona os primórdios da vingança privada para determinar que este sentimento de punição ao agressor como meio de satisfação social é algo presente no ideário coletivo e meio de resguardo da paz dessa coletividade.

A parcela referente à punição do agente pode fazer com que o montante da indenização ultrapasse o valor do dano sem que enseje em prestação indevida. O valor determinado a título de reparação não pode se confundir com o valor estabelecido a título de punição e o valor de reparação é que deve ser equivalente ao dano, pois este sim tem o objetivo de reparar o dano na sua exata medida. A

⁴⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 152.

⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 217-219.

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 217-219.

parcela punitiva tem, portanto, o único objetivo de punir o agressor e não de reparar o dano.⁴³

Humberto Theodoro Júnior⁴⁴ tem visão moderada acerca do dano moral punitivo. Para ele, a indenização punitiva deve ser ministrada em doses moderadas e que deve-se atentar ao fato de a esfera cível invadir campo da esfera penal ao arbitrar indenização com fins punitivos.

Todavia, a indenização com caráter punitivo tem o condão de punir o agressor dentro da realidade da responsabilidade civil e, neste caso, não se confunde com o objeto de análise do Direito Penal. Intenta-se tutelar relações de direito privado sem qualquer interferência na competência do Direito Penal. A relação e a punição são insertas na esfera do direito privado.

Não há ambiente jurídico para que a Responsabilidade Civil invada a competência do Direito Penal. Assim, somente serão passíveis de indenizações punitivas os atos reprováveis socialmente que não sejam punidos ou, melhor, julgados na esfera penal. Isto vale dizer, fatos considerados condutas típicas.

⁴³ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 299.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 41-42.

2. FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL

2.1. Características e finalidade

A função punitiva do dano moral tem por objetivo punir o agressor, determinando pagamento de parcela que transcende o valor do dano. Objetiva-se que o agressor sinta-se desencorajado à prática de nova conduta semelhante à apenada e principalmente seja punido pela sua culpa ou dolo no que diz respeito ao ato por ele desempenhado.

É certo que o principal foco da indenização punitiva é o agente e sua intenção. Com isso o fim de punir este agente é a mola propulsora da indenização punitiva, pois o dano em si é reparado com a compensação, restituição ou outro meio eficaz de satisfação do vitimado. A indenização punitiva visa causar ao responsável a sensação de punição pura e simples.

A função punitiva da indenização por danos morais tem por origem o instituto das *punitive damages* (ou *exemplary damages*) da *common law* - mais precisamente do direito norte-americano. Nessa realidade jurídica, intenta-se arbitrar valor indenizatório superior ao dano com o fim específico de punição.

Os países do sistema jurídico da *common law* adotam, em seu ordenamento jurídico, institutos sem correlatos no nosso direito romano-germânico, o que pode ser dito das *punitive damages*.⁴⁵

No Brasil, a aplicação desse instituto acontece de forma moderada e calcada em um juízo de razoabilidade, visto a previsão do Art. 944 do Código Civil de 2002 estabelecer que o dano deve ser reparado na sua exata medida.

Todavia, a parcela que deve ser equivalente ao dano é exatamente a de reparação deste dano. A reparação não pode exorbitar o valor do dano. A parcela punitiva, por sua vez, tem por objetivo exatamente tornar o valor do montante indenizatório maior que a reparação pura e simples, com o fim de punir o agressor.⁴⁶

⁴⁵ GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 23.

⁴⁶ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 299.

Se o valor da indenização for exatamente idêntico ao valor do dano, não existe punição, apenas reparação ou compensação. Para ocorrer punição deve ser estabelecido um valor de prestação que exorbite o valor reparatório.

Assim, cada função da indenização assume um papel diverso na esfera jurídica. E o papel desempenhado pela compensação é vinculado ao teto valorativo da extensão do dano. Porém, o montante da indenização pode e deve ultrapassar o valor do dano, visto a intenção do julgador em punir o agressor.

A punição ao agressor visa o fato já ocorrido, passado; e calca-se na intenção do agente danoso, na forma como agiu e com que sentimento agiu. O valor do dano e sua extensão não são fatores determinantes na estipulação da indenização punitiva, mas sim o agente e o seu intuito.

O valor do dano apenas será relevante quando da determinação de qual será o valor da indenização punitiva, todavia não influenciará no cabimento de indenização punitiva.

A punição, em seu bojo, serve de exemplo para que os outros sujeitos não cometam ato semelhante e, sobretudo, para que o sujeito punido não incorra novamente no mesmo ato, mas, ao contrário da finalidade preventiva, em que o possível novo ato danoso é considerado, na finalidade punitiva intenta-se punir o agressor.

A punição pode vir a ocasionar o desestímulo, todavia, embora proporcione um resultado próximo à prevenção, a função punitiva tem o foco na punição somente.

Vítor Fernandes Gonçalves⁴⁷ estabelece que a função punitiva da indenização objetiva *viabilizar ao Estado a realização controlada de um ideal de vingança privada, qual seja a satisfação, dentro de limites razoáveis, do desejo da vítima de ver o seu ofensor ser punido pelo mal que lhe fez.*

⁴⁷ GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 141.

Vítor Fernandes Gonçalves⁴⁸ conclui que o Estado, ao oferecer esta *vingança privada controlada*, atua como mediador social para evitar que o próprio lesado execute a vingança privada.

A vontade de se punir o agressor é o sentimento que impulsiona a aplicação da função punitiva da indenização. Nesse caso, o repúdio social ao ato lesivo e ao agente causador do dano incentiva essa punição.

O Estado tomou para si a função de punir o agressor a fim de evitar que o próprio vitimado cause dano ao seu agressor e gere, com isso, um verdadeiro campo de batalha social. Assim, o Estado pune quem julgar necessário, na medida que julgar necessária e sem permitir ao vitimado exercer esta vingança ao seu juízo.

De toda forma, a função punitiva somente terá aplicação quando não for possível ou não for necessária a aplicação de sanção penal, certo que não poderá ocorrer cumulação de ambas. Somente se aplicam as indenizações punitivas a atos de baixo agravo social ou que não constituam crime, mas que haja interesse social na sua punição.⁴⁹

O ato praticado pode ser reprovado pela sociedade, mas ainda assim não constituir crime. Caso a satisfação do vitimado não seja suficientemente alcançada com a compensação do dano, ou mesmo a satisfação social não o seja, o Estado, ainda que na esfera cível, lança mão de seus instrumentos punitivos para castigar o agressor, satisfazendo o vitimado e a sociedade.

O valor a título punitivo não deve ser exorbitante, mas, principalmente, não pode ser baixo, pois deve manter a característica de punição e, assim sendo, deve gerar dispêndio considerável ao punido.⁵⁰

Quanto à prova da intenção do agente, enquanto pessoa física, Vítor Fernandes⁵¹ menciona que o ônus da prova recai sobre quem alega, ou seja, sobre a vítima, ressalvados os casos de responsabilidade objetiva.

⁴⁸ GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 141.

⁴⁹ GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 141-142.

⁵⁰ GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 142.

⁵¹ GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 143.

Para que haja a aplicação desse espécime de indenização punitiva é necessário que haja conduta reprovável e intenção maléfica por parte do agente causador do dano. Assim, a indenização punitiva será adequada a cada caso e, se provada a intenção do agente em causar a lesão.

Apesar de ser critério de juízo subjetivo, tem-se que a intenção maléfica do agente deve ser provada para que ocorra a indenização punitiva. Não se pode presumir a intenção do agente. Embora nunca se saberá o que sentia o agente no momento da ação, deve o vitimado demonstrar por meios eficazes a provável intenção do autor do dano.

Quanto ao valor da punição, este deve ser deveras suficiente para causar ao agressor a sensação de punição e não apenas uma quantia irrisória de título simbólico. A punição deve ser notada e sentida pelo agente.

O instituto da punição na indenização somente será eficaz se causar, a quem é responsabilizado, a notória sensação de punição, castigo. Na sociedade atual, a prestação pecuniária é meio suficiente para causar, no apenado, esta referida sensação de castigo. Sobretudo porque, com relação aos danos morais, a forma mais eficaz e aplicável de restituir ou compensar o dano sofrido é exatamente a sua equivalência em dinheiro.

Desse modo, o apenado deve ter plena consciência de que foi punido e não somente condenado a compensar o dano, mas também condenado a pagar além do dano, por conta de uma punição expressa e de monta determinada.

2.2. *Punitive damages* ou *exemplary damages*

As *punitive damages* também conhecidas como *exemplary damages* são originárias do direito anglo-saxão (*common law*) e consistem em uma quantia agregada ao valor da restituição do dano moral a fim de se punir o agente.

A questão da nomenclatura entre *punitive damages* e *exemplary damages* é apenas com relação ao local em que são empregadas. O termo *punitive damages*

é utilizado nos Estados Unidos, enquanto que *exemplary damages* é o termo adotado fora deste país.⁵²

Disserta Francisco César Pinheiro Rodrigues⁵³ que ocorre *punitive damages* ou *exemplary damages* quando o réu agiu de má-fé, ou enorme desprezo pelo público ou vítima em particular.

André Gustavo Corrêa de Andrade⁵⁴ menciona que o objetivo principal dos *punitive damages* é exatamente o de punir o autor do ato danoso, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros.

Francisco César Pinheiro Rodrigues⁵⁵ menciona que a justiça nos Estados Unidos criou este instituto como um mecanismo de dissuasão, e considera que esta é uma *política judicial altamente elogiável - ressalvados os exageros*.

De fato, os citados exageros na aplicação do instituto da *punitive damages* é um fator que afugenta a importação deste instituto para a realidade do direito brasileiro. Todavia, esta questão será oportunamente analisada no item 2.4.1 deste capítulo.

Vítor Fernandes Gonçalves⁵⁶ explica que a tradução literal de *punitive damages* para o idioma português seria danos punitivos sendo mais adequada a tradução como indenização punitiva.

Para que ocorra esta indenização punitiva deve haver a conduta dolosa ou, ao menos, culposa do agente, isto pois, conforme já mencionado, o agente será punido pela sua intenção ou sua imprudência ou negligência no cometimento da ação danosa.⁵⁷

⁵² GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 23.

⁵³ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Danos morais e punitivos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, São Paulo, Ano 8, n. 15, p 173-200, jan.-jun./ 2005, p. 181.

⁵⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do comon law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 195-196.

⁵⁵ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Danos morais e punitivos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, São Paulo, Ano 8, n. 15, p 173-200, jan.-jun./ 2005, p. 179.

⁵⁶ GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 23.

⁵⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do comon law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 194-195.

Disserta Adalmo Oliveira dos Santos Júnior⁵⁸ que no direito brasileiro, há uma tendência de se considerar a natureza das *punitive damages* como a de uma pena. Já nos Estados Unidos, considera-se *como sendo incidental, de natureza acessória*.

Percebe-se, com isso, a diferente visão com que se aborda o instituto nas duas culturas jurídicas. No direito romano-germânico o tema é visto como uma pena propriamente dita, enquanto no anglo-saxão, apenas um complemento da indenização.

Mesmo quando haja condenação em compensação e indenização punitiva, o valor da última deve ser destacado do valor da primeira. Com isso visa-se permitir o alcance do objetivo precípuo da indenização punitiva, qual seja, punir o ofensor. Ora, o agente somente saberá que foi punido se a sentença assim estabelecer.⁵⁹

Percebe-se a concreta dissociação entre uma e outra função. Ambos são originários de um mesmo fato, mas visam fins diversos e tem aplicação diversa. Devem, portanto, ser diferenciados na sentença.

Ainda com base nos ensinamentos de Vítor Fernandes⁶⁰, tem-se que o foco da indenização compensatória e o da indenização punitiva são diversos. Assim, *enquanto para se estimar a indenização compensatória deve-se precipuamente visualizar os efeitos do ato ilícito, [...] a indenização punitiva é deferida em função essencialmente da causa do ato ilícito, isto é, da sua motivação*.

Quando a compensação não constitui meio suficiente para restabelecer o sentimento do vitimado ou que não traz ao agressor qualquer sentimento de punição ou arrependimento, a indenização punitiva deve atuar como meio de eficácia da indenização, para fazer com que a indenização arbitrada seja, de fato, meio suficiente para reparar o dano e evitar um verdadeiro caos social, seja com o dano que nunca será reparado, seja com o agente que, mesmo com o dever de reparar o dano, terá a sensação de vantagem em cometê-los.

⁵⁸ SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. *Indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos punitive damages norte-americanos no direito brasileiro*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 8, n. 30, p. 9-48, abr.-jun./2007, p. 20.

⁵⁹ GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 25.

⁶⁰ GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 26.

2.3. Teoria do valor do desestímulo

Conforme salientado anteriormente, o desestímulo é instituto que se difere da função punitiva e também da função preventiva da indenização por danos morais.

Salutar mencionar que o desestímulo se difere da função punitiva do dano moral, isto pois, o desestímulo se preocupa com o dano superveniente, que poderá vir a acontecer, visa gerar no agressor um sentimento de desencorajamento para a prática do dano. Por sua vez, a função punitiva da indenização visa punir o agente de ato já ocorrido, passado.⁶¹

Como já estudado, a função punitiva da indenização por danos morais pode vir a causar desincentivo à prática danosa, porém não é esta a sua principal intenção. O que é notório na aplicação da função punitiva do dano moral é que o sujeito que age em desfavor de outrem será punido. Apenas ocorre que esta punição gera um sentimento de descontentamento que, por sua vez, desestimula o sujeito a cometer futuros atos danosos.

Levando-se em conta a comparação do desestímulo com a função preventiva da indenização, o fator de diferenciação é mais sensível, posto ser apenas o alvo desta prevenção.

A função preventiva é dirigida não somente ao agente, como também aos demais sujeitos. Essa função previne novos danos em termos gerais, visa à paz social pelo não cometimento de ação danosa de toda a sociedade. No que tange ao desestímulo, diz-se que este tem a intenção de atingir estritamente o agente. O sujeito responsabilizado é o alvo do desestímulo, ele sentirá os seus efeitos e se sentirá desestimulado à prática de novos atos semelhantes.⁶²

Vencido o momento da diferenciação dos institutos, deve-se conceituar, de fato, o que vem a ser o desestímulo.

⁶¹ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 306.

⁶² COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 309.

Segundo Rodrigo Mendes Delgado⁶³, o desestímulo é soma de valor pela qual, por uma *condenação milionária*, pretende obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e proporcionar um exemplo à sociedade como meio preventivo.

Nota-se profundo exagero do autor no trato do instituto, ao mencionar que o desestímulo seria uma *condenação milionária*. Em verdade, o que se visa com o desestímulo não é uma condenação de vulto na cifra dos milhões, mas sim o arbitramento de um valor que gere no ofensor um sentimento de desestímulo (e esta é a palavra mais adequada) a não mais cometer tais atos lesivos, danosos, reprováveis.

O direito americano talvez tenha por hábito executar condenações de grande monta, na casa dos milhões, sobretudo quando estas condenações recaem sobre grupos econômicos de grande porte, porém não é este o melhor conceito para o desestímulo. Há de se ressaltar, que em caso de grandes grupos econômicos, o valor do desestímulo deve ser suficientemente alto a fim de que seja capaz de causar neste grupo um sentimento de prejuízo e que não reste nenhuma vontade em causar danos.

Todavia, o conceito do autor não se mostra adequado quando se menciona as relações inteiramente privadas entre duas pessoas físicas. Isto porque, o valor do desestímulo é um valor agregado ao da indenização que cause no agente esse sentimento de não mais causar dano. Portanto, não é necessário que alcance a cifra dos milhões, mas sim que gere este descontentamento no sujeito.

Carlos Alberto Bittar⁶⁴ indica que a *indenização por danos morais deve traduzir-se em um montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo*.

A valoração do desestímulo não é, portanto, preestabelecida, mas sim auferida de acordo com o caso concreto.

Disserta novamente Carlos Alberto Bittar⁶⁵ que o desestímulo é *importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo*

⁶³ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral* - Como chegar até ele: Teoria e prática - Teoria do valor do desestímulo. 2. ed. Leme-SP: J. H. Mizuno, 2004, p. 225.

⁶⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 233.

expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido.

Deverá ocorrer o acréscimo ao valor da indenização, pois se não foi possível evitar a ocorrência do dano, ao menos o valor do desestímulo servirá para evitar a reincidência do autor.⁶⁶

Fábio Alexandre Coelho⁶⁷ estabelece que o valor adicionado à indenização deve ser expressamente mencionado a fim de que se saiba a sua mensuração e a devida função. Além do que, poderá vir a ser convertido em várias formas de prestação: *dar, fazer ou não fazer, embora a mais comum seja a utilização da imposição da prestação pecuniária.*

A princípio, não se aplica o desestímulo a casos de responsabilidade objetiva e nem a atos de terceiros, porém esta regra pode ser relativizada a depender do caso concreto em apreço.⁶⁸

A teoria do desestímulo advém da *common law* na qualidade de instrumento da *punitive damages* e consiste exatamente nessa soma de valor ao montante da indenização com fim de desestimular novo dano.⁶⁹

Segundo Rodrigo Mendes Delgado⁷⁰, algumas críticas são apontadas à teoria do valor do desestímulo. A primeira delas é a questão do *excesso de rigor*, a qual o autor sugere que nos Estados Unidos costuma-se arbitrar indenizações milionárias a título de desestímulo, vindo a gerar nos cidadãos um grande receio de ser acionado judicialmente e punido com extremo rigor.

Todavia, ressalte-se que o que se intenta aplicar no sistema jurídico brasileiro é o desestímulo de acordo com a situação factual e, necessariamente, de acordo com a intenção do agente na sua conduta.

⁶⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 233.

⁶⁶ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral*: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 305.

⁶⁷ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral*: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 305.

⁶⁸ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral*: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 305-306.

⁶⁹ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral - Como chegar até ele: Teoria e prática - Teoria do valor do desestímulo*. 2. ed. Leme-SP: J. H. Mizuno, 2004, p. 217.

⁷⁰ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral - Como chegar até ele: Teoria e prática - Teoria do valor do desestímulo*, p. 227-232.

Não se busca trazer ao nosso ordenamento uma grave insegurança de ser processado por qualquer ato e em um valor extremamente insolvível. Portanto, parece ser, o autor, demasiada e desnecessariamente receoso com relação ao tema.

Outra crítica sugerida por Rodrigo Mendes Delgado⁷¹ é quanto à *incompatibilidade com a realidade brasileira*. Na sua divagação, o autor citado disserta que a realidade norte-americana é completamente diferente da brasileira. Argumenta que a cultura extremamente patrimonialista criada no país do norte do continente recebe com naturalidade a dinâmica de indenizações de grande vulto, sem que se cause espanto ou mesmo a ruína dos condenados, o que no Brasil, ressalta ele, seria completamente inapropriado, visto não ser um país de cultura patrimonialista tão forte.

Ocorre, porém, que o valor do desestímulo seria adequado à situação em voga e à realidade do apenado, fazendo com que este sinta seus efeitos, sendo, portanto, um valor compatível com o caso e a realidade econômica de cada caso, mas que, de fato, passe ao punido a sensação de que não compensa reincidir na conduta danosa.

O desestímulo é uma tentativa jurídica de evitar nova conduta danosa pelo autor do dano punido. Tem finalidade estritamente preventiva e, se aplicado da maneira adequada, afastando-se os exageros e demais delírios dos julgadores, é instrumento valioso na esfera da indenização dos danos morais.

2.4. Críticas

2.4.1. Exagero na cominação

Quando se menciona a possibilidade de aplicação do instituto das *punitive damages* no direito brasileiro, um dos pontos suscitados é exatamente a questão do risco de exageros na cominação do *quantum* indenizatório.

⁷¹ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral* - Como chegar até ele: Teoria e prática - Teoria do valor do desestímulo, p. 232-239.

Sabe-se que alguns julgados norte-americanos causam sentimento de repúdio nos mais dedicados defensores da função punitiva do dano moral, visto o porte demasiado do valor compensatório.

No Brasil, sobretudo nos julgados de primeira instância, vê-se casos semelhantes de indenizações desmedidas se comparadas ao dano causado. Em certos casos o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprecia a causa por conta dos exageros cometidos pelos magistrados. Isso leva o tribunal de instância extraordinária a agir na qualidade de juízo revisor ordinário, pelo bem do equilíbrio jurisdicional.⁷²

A aplicação das *punitive damages* exige um juízo de proporcionalidade entre dano e indenização (compensação e punição) juntamente com uma noção de razoabilidade por parte dos magistrados. Esse é um dos principais argumentos contrários à aplicação do instituto no direito brasileiro por conta do receio de que a permissão de indenizações vultuosas torne-as exageradas e insolvíveis.

2.4.2. Componente emocional

Certamente, um dos fatores que desencadeiam na indenização exagerada é o fato de que, por vezes, o julgador se deixa levar pelos instintos humanos e faz uma relação de causa e efeito na qual o autor do ato danoso deve sempre ser castigado exemplarmente.⁷³

Dizem os contrários à indenização punitiva que há o risco de que o julgador nessa busca por punir atos lesivos, venha a punir exemplarmente quem não deveria e de forma exagerada em nome de uma emoção exacerbada que não condiz com a racionalidade esperada de um magistrado.

Conclui-se disso, que segundo essa ideia crítica, o magistrado perderia toda a noção de imparcialidade e agiria sempre a contento do vitimado da lesão, sem preocupar-se em aplicar uma indenização razoável e proporcional.

⁷² RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Danos morais e punitivos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, São Paulo, Ano 8, n. 15, p 173-200, jan.-jun./ 2005, p. 173-174.

⁷³ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Danos morais e punitivos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, São Paulo, Ano 8, n. 15, p 173-200, jan.-jun./ 2005, p. 175.

O temor instalado talvez seja demasiado e tão exagerado quanto o valor das indenizações estapafúrdias aplicadas nessas sentenças exaltadas dos Estados Unidos.

É de conhecimento geral que as *punitive damages* e todos os seus desdobramentos visam, na verdade, evitar que o agente danoso tenha uma sensação de benefício e que tanto ele quanto a sociedade tenham um alerta de que estas ações não serão toleradas.

Acredita-se que em um país de maturidade jurídica cada vez mais crescente como é o caso do Brasil, os magistrados tenham maturidade suficiente para fazer um juízo de proporcionalidade e necessidade de uma indenização com fins punitivos sem incorrer em exagerado castigo.

2.4.3. Fator do valor inesperado e supressão de instância

Fator abordado por Francisco César Pinheiro Rodrigues⁷⁴ é a questão de que, caso se crie uma cultura de danos morais elevados, a primeira instância poderia ser ignorada ou, melhor dizendo, o demandado somente teria real noção do valor do processo que tem contra si quando do anúncio da sentença em primeira instância.

Isso poderia causar uma supressão de instância, visto que o demandado somente poderá defender-se das acusações de que é alvo na segunda camada do judiciário e não em sede de contestação no juízo instrutório.

Adverte-se que esta posição do referido autor é baseada no ambiente das decisões de vulto exagerado, o que se tem intentado demonstrar que é uma visão caricata da realidade da indenização punitiva.

Caso ocorra essa *supressão de instância*, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) viria a atuar em sede de instância revisora e o STJ tem reformado somente

⁷⁴ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Danos morais e punitivos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, São Paulo, Ano 8, n. 15, p 173-200, jan.-jun./ 2005, p. 173-174.

julgados de exagero notório e descabido, por entender ser somente instância de caráter extraordinário, conforme competência constitucional.⁷⁵

Pondera-se que o temor apresentado pelo autor é exatamente com relação ao exagero no julgado que resultaria em uma, por assim dizer, *aberração jurídica*. O temor, portanto seria desnecessário visto o STJ ter avocado para si a missão jurisdicional de reparar estes erros absurdos.

No mais, reitera-se que os exageros ou julgamentos equivocados, ou qualquer ato decisório que traga em seu bojo conteúdo inapropriado e passível de reforma, podem ocorrer em apreciação de qualquer tipo de causa e que a visão ponderada e consciente do juiz - que analisa de um lado a causa e de outro a visão e o interesse social na maneira que é julgado o caso – são essenciais pra evitar tais ocorrências.

O nosso sistema jurídico prevê o livre convencimento do juízo e a não vinculação do julgador ao entendimento das instâncias superiores. Por outro lado, os Tribunais de segunda instância e, porventura, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal tem a função de reapreciar o feito na medida do que lhes competir e, caso necessário, reformar a decisão inicial.

Ponto que se considera pertinente da análise de Francisco César⁷⁶ é com relação ao fato de que o réu da ação de indenização somente terá conhecimento do valor da indenização quando do julgamento.

Sugere o autor a adoção de obrigatoriedade de definição para o valor do pedido de indenização a título de dano material, dano moral e indenização punitiva em sede de petição inicial, com o risco para o autor de ônus sucumbenciais.

2.4.4. Enriquecimento sem causa

O enriquecimento sem causa tem *caráter dúplice*. Isso significa dizer que o enriquecimento sem causa é estudado sob a forma de fonte obrigacional e

⁷⁵ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Danos morais e punitivos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, São Paulo, Ano 8, n. 15, p 173-200, jan.-jun./ 2005, p. 173-174.

⁷⁶ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Danos morais e punitivos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, São Paulo, Ano 8, n. 15, p 173-200, jan.-jun./ 2005, p. 173-174.

também como princípio norteador. Sob seu aspecto de princípio, o enriquecimento sem causa torna-se uma regra geral, extrapola o terreno da norma positivada, sobretudo o Art. 884 do Código Civil. É regra geral que une a *hipótese concreta em análise e o conceito de justo e equilibrado, balanceado pelos elementos norteadores da ordem jurídica brasileira*.⁷⁷

O julgador deve realizar um juízo de proporcionalidade na indenização para evitar, entre outras anomalias, o enriquecimento sem causa em favor do vitimado do dano.

Ao se fazer a inversão da óptica punitiva da indenização, pode-se perceber que o paciente da lesão teve seu patrimônio reparado na medida do dano e, com possibilidades reais de obter ganho com a punição recaída sobre o responsabilizado.

Por todas essas razões, a indenização não pode (ainda que com finalidade de punir o agente), causar enriquecimento sem causa ao vitimado. O julgador deve ter sempre consigo esse cuidado de obedecer impreterivelmente o regramento que impede o locupletamento indevido em favor do indenizado.⁷⁸

De acordo com Giovanni Ettore Nanni⁷⁹, configura-se enriquecimento indevido quando se arbitra indenização que ultrapasse o valor do dano.

No caso de raciocínio em acordo com o exposto no Código Civil em que a indenização mede-se pela extensão do dano, qualquer valor arbitrado em sede de indenização que ultrapasse essa extensão do dano configuraria enriquecimento sem causa.

Ao tratar-se do confronto entre o enriquecimento sem causa e a indenização punitiva, chega-se a um paradoxo do raciocínio, posto que a norma impede que seja repassada ao indenizado valor superior ao do dano sob pena de configuração de enriquecimento sem causa. Todavia, o instituto da indenização punitiva permeia-se exatamente no pagamento de indenização superior ao valor do dano com finalidade de punir o agente.

⁷⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 328-329.

⁷⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 329.

⁷⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 333.

Atente-se que o valor determinado a título de reparação não pode se confundir com o valor estabelecido a título de punição. O valor de reparação é que deve ser equivalente ao dano, pois este sim tem o objetivo de reparar o dano na sua exata medida. A parcela punitiva tem, portanto, o único objetivo de punir o agressor e não de reparar o dano.⁸⁰

Giovanni Ettore Nanni⁸¹ acrescenta que, *na ausência de parâmetros para pautar a atuação do julgador na fixação dos danos extrapatrimoniais*, as indenizações em valor exorbitante poderão gerar enriquecimento sem causa.

Com base no disposto no parágrafo anterior, pode-se afirmar que, caso há uma razoabilidade na aplicação do valor atribuído à indenização punitiva acompanhada de uma relativização do conceito de enriquecimento sem causa, os dois institutos poderão coabitar o mundo jurídico sem conflito. Isso permite que a indenização exerça seu papel indenizatório sem configurar benefício desmedido ao indenizado.

Em uma situação extrema em que a compensação não consiga satisfazer o interesse social de indenizar o dano e este mesmo interesse exija uma punição ao infrator, será mais desejável sob o ponto de vista social que o indenizado receba valor maior que o da extensão do dano. O interesse social prefere o *lucro* por parte do lesado que por parte do agressor.

⁸⁰ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 299.

⁸¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 346.

3. FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. Tendências da jurisprudência brasileira e posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Em âmbito geral, ressaltados alguns possíveis casos em contrário, os juízos de primeira instância e os Tribunais de Justiça tem adotado o raciocínio da aplicação de valor, em sede de dano moral, que satisfaça a necessidade de compensação, bem como de punição do infrator.

O objetivo é estabelecer um valor de indenização que seja capaz de causar ao indenizado a sensação de compensação pelo dano e ao infrator a sensação de punição adicionada à obrigação de compensar o dano.

É certo se afirmar que o valor estipulado deve ser razoável e proporcional a fim de que, de fato, gere punição ao agente danoso sem que seja alto o suficiente para causar ao indenizado um enriquecimento sem causa.

Desse modo, os julgadores ordinários consideram que se o valor cominado for aplicado sem exageros não haverá locupletamento indevido em favor do indenizado. O raciocínio é de se buscar uma indenização razoável e proporcional que seja adequada ao caso concreto e à realidade regional sem valores ou números estanques.⁸²

Embora detentor do conhecimento de que o dano moral deve ser arbitrado em valor proporcional, o magistrado pode deparar-se com uma situação de dificuldade na valoração da indenização, haja vista o fato de que tem pela frente a

⁸² DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. BANCO DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PRELIMINAR REJEITADA. SOLIDARIEDADE. INSCRIÇÃO INDEVIDA. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. VALOR FIXADO. RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. [...] 4 - *O quantum a ser fixado deverá observar as seguintes finalidades: preventiva, punitiva e compensatória, além do grau de culpa do agente, do potencial econômico e características pessoais das partes, a repercussão do fato no meio social e a natureza do direito violado, obedecidos os critérios da equidade, proporcionalidade e razoabilidade.* 5 - O valor fixado na espécie mostra-se razoável e suficiente. 6 - Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. 7 - Apelação improvida.(20040110712178APC, Relator HECTOR VALVERDE SANTANA, 4ª Turma Cível, julgado em 04/11/2009, DJ 08/03/2010 p. 186)

necessidade de uma análise de critérios por vezes subjetivos. Esse fato somado à realidade nacional de um território de extensões continentais e de realidades diversas pode gerar valorações completamente diversas a cada julgado.⁸³

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, vislumbrou a necessidade de reapreciar o valor estabelecido a título de indenização aos danos morais caso este valor estipulado seja irrisório ou exagerado. Ressalte-se que o mérito da causa não será analisado, isto é, o cabimento de indenização não será campo de apreço pelo STJ, o que será dissecado será tão-somente o valor da indenização.⁸⁴

No caso de julgamentos díspares no sentido de o valor ser demasiado baixo ou alto em relação ao quantitativo do dano, o STJ permite o seguimento do Recurso Especial. Menciona-se que no caso de arbitramento de valor que atente às funções do dano moral e não configure locupletamento indevido ao indenizado, o pleito não será analisado pelo STJ.

Conclui-se dessa análise que o direito brasileiro adotou a função punitiva das indenizações por danos morais tomadas as devidas precauções de que o valor arbitrado não seja exagerado. Além disso, o STJ avocou para si a função de uniformizar os julgados e evitar que indenizações desproporcionais transitem em julgado e gerem jurisprudência absurda no ambiente jurídico brasileiro.⁸⁵

⁸³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 239.

⁸⁴ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 240.

⁸⁵ PROCESSO CIVIL. AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO PARCIAL. PRECLUSÃO DOS TEMAS DESACOLHIDOS NO AGRAVO. CIVIL. INDENIZAÇÃO. VINGANÇA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. PARAPLEGIA. MOTIVO FÚTIL. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAJORAÇÃO. PENSÃO MENSAL. MAJORAÇÃO. DESPESAS COM ADVOGADOS PARA ACOMPANHAR AÇÃO PENAL CONTRA O AUTOR DOS DISPAROS. INDEFERIMENTO. TRATAMENTO NO EXTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração. [...] (REsp 183508/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2002, DJ 10/06/2002 p. 212, REPDJ 14/10/2002 p. 231)

O cuidado do STJ nesse sentido é evidente, de forma que o tribunal afasta a exigência dos critérios de admissibilidade exigidos ao Recurso Especial e estabelecidos nas alíneas do inciso III do Art. 105 da Constituição Federal de 1988.

Embora a ênfase da presente pesquisa seja analisar o comportamento da doutrina acerca da possibilidade de aplicação da função punitiva do dano moral, intentou-se, nesse tópico, demonstrar de que forma os julgadores apreciam o tema. Com esse intuito, constam em anexo alguns julgados de maneira a exemplificar o modo que os tribunais e juízes de primeira instância tem julgado as indenizações e a maneira que aplicam o dano moral com função punitiva.

3.2. Áreas de aplicação no direito brasileiro

Factualmente, deparamo-nos com a aplicação da função punitiva do dano moral em algumas áreas específicas do direito. Por vezes, em razão da natureza da área jurídica ou pelo grande apelo social em se punir o agente, a função punitiva tem relação estreita com essas áreas.

O direito ambiental é considerado um ramo novo no direito e está cada vez mais em voga nos dias atuais. Em razão do relevante interesse coletivo em seus estudos, o direito ambiental vale-se, em oportunidades cada vez mais latentes, dessa função do dano moral, sobretudo na responsabilização de pessoas jurídicas no dano ao meio ambiente.

O fato de que a lesão ao meio ambiente gera dano moral coletivo facilita a aplicação da indenização punitiva, haja vista o fato de o valor pago a título de punição não gerar locupletamento indevido a nenhum indivíduo da sociedade, pois essa quantia é depositada em um fundo que financia ações de proteção ao meio ambiente.

Assevera-se ainda que o apenado com a indenização punitiva será, além de punido, desestimulado a cometer novos danos ambientais, bem como qualquer outro integrante da sociedade. O interesse social na aplicação dessa função da indenização no direito ambiental é, portanto, claro e evidente.

O fato de haver enorme interesse coletivo na tutela do meio ambiente legitimou a instituição da responsabilidade civil objetiva nos danos ambientais.⁸⁶

Solange Teles da Silva⁸⁷ assevera que a responsabilidade civil ambiental visa evitar o dano ao meio ambiente. Assim, todos os mecanismos criados nessa disciplina visam estritamente evitar a ocorrência do dano ambiental, isto porque, depois de ocorrido o dano ao meio ambiente, dificilmente haverá possibilidade de restituição ao *status* anterior.

O direito do trabalho é outro ramo permeado de interesse social. Dessa maneira, frise-se que há, na doutrina trabalhista, grande número de defensores do arbitramento da indenização punitiva por danos morais advindos de relação de emprego.

Na realidade do direito do trabalho, o dano moral será indenizado de forma a compensar o indenizado e também com a finalidade de estipular valor reparatório de modo a punir o agente na medida de sua culpa. Visa-se punir o agente conjuntamente com a prevenção de novos danos.⁸⁸

Conforme já analisado, o valor da indenização punitiva deve ser estabelecido de acordo com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade de modo a evitar locupletamento indevido por parte do indenizado na intenção de punir o agente.

O direito do consumidor é sem dúvida o principal ramo do direito a ser analisado no que se trata de indenizações por danos morais, sobretudo na esfera da função punitiva.

O Código do Consumidor trouxe grandes avanços com relação às ações coletivas e trouxe também um ambiente propício de análise dos danos morais, tanto sob a óptica individual quanto coletiva.

Por conta da grande importância do tema, passa-se a analisá-lo de modo detalhado nos itens a seguir tratados.

⁸⁶ SILVA, Solange Teles da. *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Arlindo Philippi Jr., Alaôr Caffé Alves (Ed.). Barueri-SP: Manole, 2005, p. 437.

⁸⁷ SILVA, Solange Teles da. *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Arlindo Philippi Jr., Alaôr Caffé Alves (Ed.). Barueri-SP: Manole, 2005, p. 429.

⁸⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 160-163.

3.2.1. Direito do consumidor

3.2.1.1. Risco da atividade e responsabilidade objetiva

Via de regra, no âmbito da responsabilidade civil, o sistema jurídico brasileiro adota a teoria da culpa para a responsabilização, conforme dispõe o Art. 186 do Código Civil de 2002. Todavia, em alguns casos - por exemplo, a relação de consumo – ocorre a *dificuldade de demonstração da culpa e a injustiça da responsabilidade subjetiva*, o que faz com que seja necessária a responsabilização objetiva do agente, ou seja, o sujeito será responsabilizado independentemente de comprovação de culpa.⁸⁹

Por outro lado, o fornecedor, ainda deve suportar a responsabilidade pelo risco da atividade na relação consumerista. Isso quer dizer que, por executar uma atividade econômica que certamente gera riscos, estes riscos deverão ser suportados por quem desempenha esta atividade. Nesse caso, o risco do desempenho da atividade também independe de culpa do fornecedor.⁹⁰

A relação de consumo é campo de contratação entre partes geralmente em desequilíbrio. Afasta-se do contrato paritário do direito civil e entra-se no ambiente de um contrato no qual o consumidor não tem capacidade de medir forças com o fornecedor no que diz respeito a possível discussão de cláusulas contratuais ou mesmo de comprovação de culpa e responsabilização do fornecedor em caso de dano causado.

Por conta da dificuldade da comprovação de culpa do fornecedor, o consumidor tem a seu favor a responsabilidade objetiva conjuntamente com o suporte do risco da atividade por este fornecedor do produto ou serviço.

O benefício em favor do consumidor, todavia, queda-se mais distante quando fala-se em imputar ao fornecedor uma indenização com fins punitivos, em decorrência da responsabilidade objetiva.

⁸⁹ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 95-96.

⁹⁰ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 96.

A responsabilidade objetiva obriga o fornecedor a indenizar mesmo que sem ocorrência de culpa ou dolo por sua parte, apenas por suportar o risco da atividade. Todavia, se a indenização decorre de ato sem ocorrência de culpa, não faz sentido punir o agente incumbido da compensação do dano.⁹¹

A punição na indenização somente se faria presente em caso de comprovada culpa ou dolo do agente (fornecedor). André Gustavo Corrêa de Andrade⁹² fala em comprovação de culpa grave e não apenas a culpa pura e simples para a necessidade de punição do causador do dano.

A comprovação de culpa do fornecedor via de regra deve recair sobre o consumidor, a despeito da regra da inversão do ônus da prova inserta no Art. 6º, inciso VIII, do Código do Consumidor.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Resp. nº 1079064,⁹³ decidiu que a cobrança indevida advinda de má-fé ou de culpa (imprudência, negligência ou imperícia) deve ser restituída em dobro, vindo somente o engano justificável afastar o pagamento em dobro do valor cobrado indevidamente.

Percebe-se do julgado mencionado no parágrafo anterior, que o STJ, no caso de cobrança indevida, obriga a restituição do valor cobrado indevidamente em dobro ainda que ocorra apenas culpa do fornecedor, prescindindo de má-fé.

⁹¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 288.

⁹² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 288.

⁹³ Restituição em dobro de cobrança indevida ocorre mesmo na ausência de má-fé. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=91649> Acesso em: 18/04/2009.

Apresenta-se o teor do julgado referido:

CONSUMIDOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. ENGANO JUSTIFICÁVEL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a repetição dos valores cobrados indevidamente a título de tarifa de água e esgoto, por considerar que não se configurou a má-fé na conduta da SABESP, ora recorrida. 2. A recorrente visa à restituição em dobro da quantia sub judice, ao fundamento de que basta a verificação de culpa na hipótese para que se aplique a regra do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 3. O engano, na cobrança indevida, só é justificável quando não decorrer de dolo (má-fé) ou culpa na conduta do fornecedor do serviço. Precedente do STJ. 4. Dessume-se das premissas fáticas do acórdão recorrido que a concessionária agiu com culpa, pois incorreu em erro no cadastramento das unidades submetidas ao regime de economias. 5. In casu, cabe a restituição em dobro do indébito cobrado após a vigência do CDC. 6. Recurso Especial provido. (Resp 1079064/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 20/04/2009).

Igualmente, podemos perceber o intuito do julgamento em punir o fornecedor com o pagamento em dobro da quantia indevidamente cobrada.

Por vezes há a intenção de se evitar ações semelhantes por parte do fornecedor no caso de práticas abusivas. O intento de se cominar uma indenização punitiva é também de evitar reincidência a despeito da condição de hipossuficiência do consumidor. Com indenizações adicionadas de valor punitivo, o fornecedor passa a considerar temerário o desrespeito ao consumidor.

3.2.1.2. Ações coletivas

O Código do Consumidor trata no Art. 81 de três categorias de direitos amparadas pelas ações coletivas, quais sejam os direitos difusos (metaindividuais), os direitos coletivos (transindividuais) e os direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos são indivisíveis e seus titulares são indetermináveis, sem qualquer ligação jurídica entre eles. Já os direitos coletivos são igualmente indivisíveis, mas os seus titulares compõem um grupo determinável e possuem ligação jurídica.⁹⁴

Os direitos individuais homogêneos seriam direitos individuais de diversos titulares distintos gerados por uma única ação. Assim, a ação coletiva somente teria o condão de gerar o reconhecimento da obrigação de o agente reparar o dano. Após isso, cada titular deve buscar, individualmente, comprovar ser titular do direito à reparação e a extensão do dano.⁹⁵

Desse modo, apenas os direitos difuso e coletivo são passíveis de dano moral coletivo. O direito individual homogêneo é apenas um amparo especial a uma espécie passível de dano moral individual.

Considerando-se o fato de que dano moral presume uma ideia de dor psíquica ou qualquer tipo de sofrimento, ao se tratar de direitos coletivos ou difusos o termo mais adequado seria dano extrapatrimonial coletivo e não dano moral

⁹⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 59, p. 78-108, jul.-set. /2006, p. 84.

⁹⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 59, p. 78-108, jul.-set. /2006, p. 85-86.

coletivo, haja vista que em uma lesão a patrimônio jurídico coletivo, não se configura a dor psíquica presumida no dano moral e o conceito de dano extrapatrimonial abriga de melhor sorte o dano ocorrido, por ser conceito mais abrangente.⁹⁶

Reconhece-se a possibilidade de dano a um patrimônio coletivo que seja diverso do dano material, todavia este dano não poderá ser considerado dano moral, por causar efeitos diversos deste. Por isso deve-se conceituar este dano como dano extrapatrimonial.

Em relação à aplicação da função punitiva para a indenização decorrente de dano extrapatrimonial coletivo, deve-se salientar que o Código do Consumidor comporta a aplicação desta função até mesmo para o dano moral individual, sendo, portanto, cabível, de mesmo modo, ao dano coletivo.⁹⁷

Argumenta-se, inclusive, que a função punitiva do dano extrapatrimonial coletivo não gera enriquecimento sem causa ao indenizado, pois, o valor pago a título punitivo é destinado ao fundo instituído pela Lei 7.347/85, Art. 13.⁹⁸

Outro ponto que justifica a condenação em danos extrapatrimoniais coletivos é o fato de que este tema é impregnado de interesse social, por se tratar de defesa a direitos difusos ou coletivos.⁹⁹

3.2.1.3. Dano moral individual

No que toca ao dano moral com função punitiva no âmbito da relação de consumo individualmente concebida, deve-se frisar que a doutrina e a jurisprudência entendem que o consumidor, enquanto pessoa pode sofrer danos que transcendem a esfera material do seu patrimônio, vindo a sofrer dor psíquica que deve ser reparada do mesmo modo que um dano material.

⁹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 59, p. 78-108, jul.-set. /2006, p. 104-105.

⁹⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 59, p. 78-108, jul.-set. /2006, p. 92.

⁹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 59, p. 78-108, jul.-set. /2006, p. 106.

⁹⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 59, p. 78-108, jul.-set. /2006, p. 105.

Conforme estudado anteriormente, recai sobre o fornecedor a responsabilidade objetiva por conta de que este assume o risco da atividade que desempenha. Desse modo, em caso de dano, o dever de reparar emerge automaticamente, seja o dano material ou moral.

Além do risco da atividade, outro fator que legitima a responsabilidade objetiva é a fragilidade do consumidor diante do fornecedor na relação consumerista, relação essa que tem contornos de disparidade entre as partes envolvidas.

No tópico referente à responsabilidade objetiva do fornecedor, mencionou-se o fato de que a indenização cabível a título de danos morais teria somente o condão reparatório, haja vista a prescindibilidade de culpa. Somente se arbitraría valor punitivo à indenização em caso de comprovada culpa do fornecedor, sendo certo que a comprovação recai sobre o consumidor.

A responsabilidade objetiva é regra no direito do consumidor e, assim sendo, se a aplicação de indenização punitiva é admitida em caso de ocorrência de culpa ou dolo com a devida comprovação, nada mais evidente do que concluir que o direito do consumidor admite, de fato, a função punitiva na relação de consumo individual.

Mesmo em seu âmbito privado, o direito do consumidor tem grande interesse social e a proteção do consumidor deve se perfazer por meio de vários instrumentos que garantam a sua defesa na relação jurídica. Assim, a punição nesse caso tem um condão preventivo dissolvido em seu corpo.

3.3. Liquidação do dano moral e arbitramento do valor

A reparação dos danos podem ser feitas de duas formas: reposição *in natura*, ao propicia-se o retorno ao *status quo ante*, ou por reparação equivalente. A reparação equivalente pressupõe a impossibilidade de retorno do bem violado ao estado inicial e geralmente é feita por prestação pecuniária.¹⁰⁰

Abordada a realidade do dano moral, é improvável a possibilidade de retorno ao estado anterior. Portanto, a única forma de prestação da indenização é mesmo a compensação, em regra, por meio de pagamento de valor em dinheiro.

¹⁰⁰ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral*: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 123.

Para que seja possível a prestação da compensação em pecúnia, faz-se necessária a liquidação do valor a ser pago e, para isso, a doutrina tem elaborado um sem número de critérios para que se chegue ao valor da indenização do dano moral.¹⁰¹

No intento de ilustrar alguns desses critérios de fixação do valor dos danos morais, André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁰² menciona alguns critérios tratados pela doutrina, quais sejam: *a separação dos montantes fixados a título de compensação e punição; o grau de culpa ou a intensidade do dolo do agente; condições pessoais do ofensor e da vítima; a gravidade do dano; a obtenção de lucro com o ato ilícito e a existência de outros valores indenizatórios.*

O intuito da separação dos valores de compensação e de punição é de que se possa saber exatamente quanto foi arbitrado a que título e, portanto, se possa medir o grau de punição aplicada ao apenado.¹⁰³

O grau de culpa ou intensidade do dolo deve ser levado em conta apenas no que se refere à indenização punitiva, pois, o valor da compensação refere-se ao dano e sua extensão apenas. Todavia, a punição leva em conta, entre outros aspectos, a forma como o agente pensou ao agir e causar o dano.¹⁰⁴

Caso ocorra culpa concorrente, deverá o valor indenizatório compensado na medida da concorrência do dano, passando a pagar a diferença, aquele que colaborou em maior grau para a ocorrência do dano.¹⁰⁵

As condições pessoais do agente e da vítima dizem respeito à forma como a vítima poderia vir a suportar o dano, de acordo com os aspectos da sua subjetividade, pois um mesmo ato lesivo pode causar efeitos diversos de acordo com as subjetividades do lesado. Por outro lado, o agente e suas condições também devem ser analisados de forma que, por exemplo, o fator de sua condição

¹⁰¹ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 219.

¹⁰² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do *comon law* e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 319-331.

¹⁰³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do *comon law* e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 319-322.

¹⁰⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do *comon law* e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 322-323.

¹⁰⁵ MIRNA, Ciani. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 62-65.

econômica deve ser levado em consideração para a fixação do valor da indenização punitiva. Um sujeito dotado de poderio econômico elevado não terá sentimento de punição se lhe for arbitrada indenização a pagar que seja de valor baixo.¹⁰⁶

Com relação à gravidade do dano, independentemente da subjetividade do agente, a análise do dano de maneira objetiva permite a fixação mais exata do valor da indenização medindo-se a extensão desse dano. Descarta-se a análise de dolo ou culpa do agente, passando-se a verificar apenas os efeitos do dano e a sua extensão.¹⁰⁷

Se o agente obteve lucro com a ação danosa, deverá ele compensar em valor maior que puramente o valor do dano. Desse modo, passa-se ao indenizado a ideia de compensação do dano e para o agente a impressão de que fora obrigado a restituir não apenas o dano que causou, mas também tudo o que veio a lucrar com a ação danosa.¹⁰⁸

No caso de coexistirem, dentro do montante da indenização, valores referentes a prestações diversas, um dos valores pode servir de parâmetro para outro mesmo que advindos de motivos diversos. André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁰⁹ exemplifica o caso de o dano moral punitivo ser fixado com base no valor arbitrado em caráter de compensação embora um não guarde relação com o outro em seus critérios de valoração.

De todo modo, ressalte-se novamente que estes critérios são meramente exemplificativos, e outros tantos são apontados pelos doutrinadores, fato este decorrente da ausência de uma indicação preestabelecida de quais critérios deverão ser utilizados para se fixar os danos morais. A sensibilidade do julgador deverá ser o fiel da balança no arbitramento da indenização mais próxima à realidade do dano em voga.

¹⁰⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do *comon law* e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 323-328.

¹⁰⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do *comon law* e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 328-329.

¹⁰⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do *comon law* e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 330.

¹⁰⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do *comon law* e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 331.

CONCLUSÃO

O tema da função punitiva das indenizações por danos morais tem alguns aspectos importantes que foram analisados.

A princípio, pode-se perceber que ao se arbitrar uma indenização pela ocorrência de um dano à pessoa, reside o fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade. Esses dois preceitos visam garantir o respeito aos aspectos jurídicos mínimos do sujeito e de seus direitos.

Há certamente interesse em se tutelar direitos além do aspecto material. Quando a lesão ocorre a um bem jurídico que compõe o patrimônio jurídico mas não se constitui em bem tangível, ou seja, quando a lesão ocorre contra direito ligado à pessoa do ofendido e a sua individualidade, o dano moral se faz configurado.

Configurado o dano moral, percebe-se que este dano fez-se na qualidade de lesão à dignidade da pessoa humana decorrida a lesão a direitos de personalidade. Há, nesse caso, interesse em compensação do dano.

A forma de indenizar-se o dano moral é um problema a ser resolvido na esfera jurídica, isto porque, ao contrário de um dano material, não há como restituir-se o bem lesado por meio da substituição por outro bem de características ou valor semelhantes.

Por traduzir-se em forma de valoração mais abrangente e de mais fácil aferição, costuma-se arbitrar o pagamento de valor pecuniário a título de indenização, ressaltado que não se impede outras formas de indenização a depender da característica do dano.

A responsabilidade civil, embora tenha o condão de regular as formas de reparação de danos ocorridos por lesões na esfera cível, prima cada vez mais por evitar a ocorrência de danos. Para isso, a responsabilidade civil adota medidas de cunho preventivo, de modo a evitar os danos, com o raciocínio de que seja mais vantajoso para todos que o dano não ocorra ao invés de aguardar que ele ocorra para que se venha a reparar posteriormente.

Além de compensar o dano e também de preveni-lo, a responsabilidade civil, na esfera da reparação dos danos morais, lança mão em alguns casos da

função punitiva da indenização, com o condão de analisar a conduta do agente danoso e causar-lhe uma punição, a fim de que a indenização prestada seja de valor que exorbite o valor do dano real, valor este que se converte em carga punitiva ao agente.

Com a função punitiva para as indenizações, o âmbito de ação das indenizações tem três funções bem definidas, quais sejam, a compensatória (ou reparatória), a preventiva e a punitiva.

A doutrina, porém, ressalta que o Código Civil de 2002 assevera que a indenização não poderá ser maior que a extensão do dano. Além disso, o indenizado poderia ter vantagem pecuniária na medida em que a indenização arbitrada em valor maior que a extensão do dano efetivo originaria locupletamento indevido em favor deste.

Existem outros argumentos contrários à aplicação da função punitiva no nosso ordenamento. Fala-se, por exemplo, do risco de julgados esdrúxulos com relação a possíveis exageros na ocasião do arbitramento de indenização punitiva ocorrida, por vezes, em decorrência de envolvimento emocional do julgador na lide ou mesmo por falta de juízo de razoabilidade.

Em detrimento dessas opiniões contrárias, os julgadores tem aplicado o arbitramento de indenizações com valor estabelecido a título de punição, resguardada a proporção e a razoabilidade devidos, a fim de que se evite o locupletamento indevido decorrente da indenização.

Os julgadores tem entendido que a parcela punitiva da indenização não configura enriquecimento sem causa ao indenizado se este valor for razoável de modo apenas a punir o ofensor. Além disso, percebeu-se que a intenção do código civil de 2002, ao impedir que a indenização seja arbitrada em valor maior que o da extensão do dano, era de fazer menção somente à parcela compensatória da indenização.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem posicionamento favorável à aplicação de indenizações com parcela punitiva, sendo certo que avocou para si a função de revisar o valor de indenizações arbitradas com esse fim que forem díspares com o objetivo de punir sem causar obrigação demasiada ao agente.

Ressalte-se que o STJ somente aprecia os julgados que trazem em seu bojo valoração extremada, seja para valor alto ou baixo em demasia, não se discutindo nessa fase processual o cabimento ou não da indenização, assunto esgotado nas esferas anteriores.

Certos ramos do Direito fazem uso com mais frequência e intensidade da função punitiva das indenizações por danos morais. Destacados no presente trabalho os casos do Direito Ambiental, Direito do Trabalho e Direito do Consumidor.

Em todos os casos, cada um à sua peculiaridade, o interesse social relevante legitima o uso dessa função da indenização.

Destaque-se que no caso de dano moral advindo de ações coletivas, o valor estabelecido a título punitivo é revertido para fundos de proteção ao invés de serem repassados aos sujeitos que suportaram o dano, aspecto que legitima, de fato, a aplicação do instituto haja vista não configurar-se vantagem pecuniária a nenhum dos envolvidos na lide.

Assim, embora seja tema ainda não pacificado na doutrina, com argumentos favoráveis e contrários, percebe-se que a indenização punitiva faz parte do ordenamento brasileiro, utilizada pelos julgadores e tem origem no entendimento de que o interesse social requer uma punição aos sujeitos que causam lesão a direitos mínimos do ser humano, sem que essa punição venha a gerar afronta à segurança jurídica ou aplicação indevida de instituto jurídico inexistente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do comon law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____, Indenização punitiva. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 107-135, jan.-abr./2007.

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de, A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 54, abr.-jun./2005, p. 161-172.

ALVES, Alaôr Caffé; PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo (Ed.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri-SP: Manole, 2005.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos de personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 59, p. 78-108, jul.-set. /2006, p. 84.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____, *Direito de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral - Como chegar até ele: Teoria e prática - Teoria do valor do desestímulo*. 2. ed. Leme-SP: J. H. Mizuno, 2004.

GONÇALVES, Vítor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GUIMARÃES, Diocleciano Torrieri, *Dicionário técnico jurídico*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral - Problemática: Do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. (Coleção Professor Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Danos morais e punitivos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, São Paulo, Ano 8, n. 15, p 173-200, jan.-jun./ 2005.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. *Indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos punitive damages norte-americanos no direito brasileiro*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 8, n. 30, p. 9-48, abr.-jun./2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [sítio]. <<http://stj.jus.br/>>.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. [sítio]. <<http://tjdft.jus.br/>>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.