



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais

JÉSSICA DA SILVA FERREIRA

**O DANO MORAL PUNITIVO E SUA APLICAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

BRASÍLIA
2014

JÉSSICA DA SILVA FERREIRA

**O DANO MORAL PUNITIVO E SUA APLICAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Julio Cesar Lérias
Ribeiro

BRASÍLIA
2014

JÉSSICA DA SILVA FERREIRA

**O DANO MORAL PUNITIVO E SUA APLICAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Julio Cesar Lerias Ribeiro

Brasília, de outubro de 2014.

Banca Examinadora

Professor Julio César Lerias Ribeiro
Orientador

Professor Einstein Lincoln Borges Taquary
Examinador

Prof. Danilo Porfírio de Costa Vieira
Examinador

*À Deus, como sempre, e à minha
mãe, como tudo.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Denilsa, por ser o meu espelho de grande mulher. Ao meu pai, Valdo, por guiar todos os meus caminhos e a minha vida.

Aos meus avós, Antônio Camelo e Maria Cissa, por todo amor e confiança dados à mim. Também sou muito grata ao apoio dos meus tios, Davison e Denilson.

Por fim, ao meu orientador Julio Cesar pela paciência e por toda ajuda para a realização desse trabalho.

RESUMO

O presente estudo busca a análise da responsabilidade civil como um mecanismo que pretende restaurar o desequilíbrio gerado nas relações intersubjetivas, em razão de um dano material e moral sofridos. O tema jurídico em enfoque na presente análise advém da própria responsabilidade civil: o dano moral. A aplicação da teoria do valor do desestímulo tem como objetivo precípua a utilização de três caracteres no momento da fixação do “*quantum*” indenizatório: compensatório, preventivo e o punitivo. No ordenamento jurídico brasileiro não há uma utilização significativa do aspecto punitivo, portanto, a hipótese a ser trabalhada permeia a necessidade da implementação dos “*punitive damages*” – também conhecida como teoria do valor do desestímulo – na jurisprudência e na legislação pátria, assim como é amplamente aceita nos países que adotaram o sistema da “*common law*”. É demonstrada a relevância do binômio punição-compensação para o alcance do equilíbrio e da justiça, com a estipulação de quantias que garantam a reparação do ofendido e a punição desestimuladora do ofensor.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Caráter punitivo. *Quantum debeat*. Teoria do valor do desestímulo. *Punitive damages*.

ABSTRACT

This study tries to analyze the liability as a mechanism to restore the imbalance generated in interpersonal relations, in consideration of moral and material damage suffered. The legal issue in focus in this analysis originates from the civil responsibility: moral damages. The application of the Theory of Unincentive aims primarily to use three characters at the time of fixing the "quantum" indemnity: compensatory, punitive and preventive. In the Brazilian legal system there is no significant use of the punitive aspect, therefore, the hypothesis being worked permeates the need to implement the "punitive damages" - also known as the Theory of Unincentive - in the jurisprudence and legislation in the homeland, as is widely accepted in countries that adopted the system of "common law". The importance of the binomial punishment-compensation to the achievement of balance and justice will prove that, with the stipulation of amounts to ensure the repair of the offended and the discouraged punishment of the offender

Keywords: Liability. Moral damage. Punitive character. Debeatur Quantum. Theory of Unincentive. Punitive damages.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
1 RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS GERAIS	10
1.1 <i>Responsabilidade Civil</i>	10
1.2 <i>Dano como pressuposto da Responsabilidade Civil</i>	15
1.3 <i>Dano Moral e seu aspecto punitivo indenizatório.</i>	20
2 TEORIA DO VALOR DO DESESTÍMULO	24
2.1 <i>Dano moral e teoria do valor do desestímulo e a incompletude do ordenamento jurídico</i>	24
2.2 <i>Dano moral e teoria do valor do desestímulo no ordenamento jurídico brasileiro – CF/1988; CDC/1990 e CC/2002</i>	27
2.3 <i>Dano moral e Teoria do Valor do Desestímulo e da incompatibilidade com o enriquecimento ilícito e com a sanção penal</i>	33
3 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS	37
3.1 <i>Julgados Favoráveis ao dano moral punitivo</i>	37
3.1.1 <i>Elevação do quantum indenizatório em casos de injúria</i>	37
3.1.2 <i>Elevação do quantum indenizatório em decorrência de acidente fatal</i>	41
3.2 <i>Julgado Desfavorável à Tutela do Dano Moral Punitivo</i>	44
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da importância do aspecto punitivo do dano moral a partir da implementação da teoria do valor do desestímulo no direito brasileiro. O caráter punitivo é utilizado conjuntamente com o preventivo e o compensatório no momento da quantificação do montante indenizatório.

Vários são os julgados e as posições doutrinárias que se mostram contrárias à essa teoria e isso faz com que o desequilíbrio nas relações interpessoais se perpetue. A relevância social e jurídica está atrelada à essa questão, já que é apenas com a utilização de todos os aspectos do dano moral que a justiça poderá ser alcançada e será prestada a devida tutela à violação de direitos atrelados a personalidade, ou seja, direitos considerados fundamentais em nossa legislação constitucional e infraconstitucional.

A principal indagação que permeia a referida análise é a seguinte: existe a possibilidade da utilização do dano moral punitivo na jurisprudência e na legislação brasileira?

Em segunda análise, os questionamentos mais constantes são os seguintes: o dano moral consegue alcançar seu objetivo mesmo que o aspecto punitivo não seja levado em consideração no momento do arbitramento do *quantum* indenizatório? Como incentivar o desestímulo e punir os atos danosos aos direitos da personalidade? A fixação de um montante indenizatório punitivo acarreta em locupletamento indevido do ofendido? Os *punitive damages* seriam considerados sanções penais?

Conforme será verificado nos argumentos que serão despendidos ao longo da pesquisa, a implementação da teoria do valor do desestímulo no sistema jurídico pátrio é possível e viável. Esta deve ser realizada pelos magistrados no momento da análise e julgamento do respectivo caso concreto, em razão do dano moral não conseguir cumprir com sua função e papel social se os seus três critérios não forem observados. Mesmo com as posições que afirmam a existência de enriquecimento sem causa do ofendido e do papel de sanção penal que passa a prestar, esse é o único modo encontrado como desestímulo e punição.

O capítulo 1 abordará sobre as generalidades da responsabilidade civil, destacando sua conceituação, sua importância para o direito e para a sociedade, sua função, finalidade, e as espécies de responsabilidade. Ainda dará enfoque aos seus pressupostos, explicando suas principais especificidades. Será dado maior ênfase ao Dano Moral e ao seu caráter punitivo nos tópicos seguintes.

No capítulo 2 o assunto principal será a teoria do valor do desestímulo, os principais posicionamentos e legislações favoráveis e desfavoráveis serão tratadas e explicadas.

Já o capítulo 3 se volta a análise jurisprudencial de decisões que se mostram em conformidade com o dano moral punitivo, como também com as que se mostram contrapostas. O estudo desses julgados identifica os pontos de maior relevância, a interpretação a luz da doutrina e por fim, comentários que envolvem o tema e a jurisprudência.

O marco teórico da pesquisa se encontra na mais notória e rebuscada doutrina civilista, assim como nos diplomas legislativos e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

A exposição do tema foi realizada com base em pesquisas bibliográficas e documentais. Para a elaboração do referido trabalho livros, periódicos, artigos e páginas da internet foram estudados. As legislações pátrias e alienígenas exerceram papel fundamental para a concretude da análise temática do dano moral e da teoria que viabiliza a aplicação do seu caráter punitivo.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS GERAIS

Em primeira análise se encontra a responsabilidade civil, matéria do direito que se dedica a obtenção do equilíbrio proveniente de um prejuízo sofrido. Esse instituto é envolto em suas espécies, origem e pressupostos para sua existência.

Conduta, nexos causal e dano são os pressupostos para que venha surgir a responsabilidade civil. Em destaque se encontra o dano em suas diversas modalidades, principalmente o dano moral com os aspectos determinantes de sua finalidade, os quais influenciam de forma direta o valor a título de indenização.

1.1 Responsabilidade Civil

O termo “responsabilidade” nos remete primeiramente à Jurisprudência Romana, porém só foi ganhar efetiva força e aplicação no século XIX.

A responsabilidade civil pode ser entendida como o mecanismo de aplicação de medidas coercitivas que irão obrigar alguém a reparar um dano material ou moral que causou a outrem, seja por sua própria ação ou omissão como também por ato praticado por quem se tenha responsabilidade ou por coisa que tenha propriedade. Destacando as hipóteses em que essa responsabilidade advém única e exclusivamente por imposição legal.¹

Para que haja essa imposição de restituição do prejuízo sofrido, os pressupostos tem que estar preenchidos, um desses pressupostos é a violação do dever jurídico. Sendo que existe esse dever jurídico de ordem originária e a sua violação e o seu descumprimento acarreta nesse dever de indenizar, a esse dever se dá o nome de sucessivo ou secundário. Esse é o campo que interessa para a matéria responsabilidade civil, já que ela serve para recompor o dano causado, sendo um dever jurídico de ordem secundária que só irá surgir nos casos em que a obrigação primária não for adimplida.²

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 20.

Portanto, qualquer ato ou omissão violador do direito alheio se constitui em ato ilícito. Conseqüentemente, o primeiro desdobramento do ato ilícito é o dever de indenizar. A palavra responsabilidade vem do latim com o termo, “*respondere*”, que remete à obrigação que as pessoas, físicas ou jurídicas, têm de se responsabilizar pelas conseqüências jurídicas de seus atos.³

A responsabilização surge no exato momento da violação de uma norma legal ou de uma obrigação contratual à que a pessoa se encontra vinculada. Contudo, há que se destacar que essas fontes de responsabilização tem aspectos que divergem, a própria doutrina as diferencia elencando características da contratual que não estão presentes na extracontratual, quais sejam elas, a preexistência de uma relação jurídica, a inversão do ônus da prova de culpa e a diferença quanto a capacidade dos agentes.⁴

Além dessa possibilidade de fontes diversas da obrigação, contratuais e extracontratuais, existem diferentes espécies de responsabilidade civil: subjetiva e a objetiva.

Para aqueles que entendem que a ideia de responsabilidade civil – tanto o direito à reparação quanto o dever de reparar – está estritamente relacionada a culpa do agente, estamos diante da responsabilidade civil subjetiva. Esta pressupõe um ato ilícito, sendo a conduta culposa o fundamento da indenização devida, ou seja, pressupõe-se conduta diversa. A culpa em sentido amplo engloba tanto o dolo quanto a culpa. O dolo está ligado a uma conduta deliberada e intencional, que tem intenção específica de afetar o bem jurídico alheio. Por sua vez, a culpa está atrelada à uma conduta que não observa parâmetros de negligência, prudência ou perícia.⁵

Importante destacar a existência da responsabilidade civil objetiva, usada em situações que a prova do dolo ou da culpa é difícil de ser realizada e a teoria do risco é atraída.⁶

³ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e Jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 118-120.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49-51.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82-84.

⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 404-405.

Por outro lado, em algumas situações mesmo que não haja uma conduta culposa, em sentido amplo, o agente responderá pelo ato lícito que por ele fora praticado. O fundamento que embasa essa espécie é a socialização de custos, já que esses agentes se encontram em uma posição econômica apta à tal função social.⁷

É nesse contexto que se encontra a teoria do risco, que sustenta a responsabilidade objetiva. Essa teoria trata da responsabilidade objetiva e da inexigibilidade da prova de culpa, quando a própria atividade realizada implicar em risco. Seu fundamento é a realidade de que a vítima tem dificuldade de provar a culpa do agente causador do dano. Ela é dividida em: risco proveito; risco profissional; criado; administrativo e integral.⁸

Se antigamente a teoria adotada era a da irresponsabilidade do Estado, esse quadro é outro. O próprio Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 20 dispõe que tanto o Estado como as empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos se encontram obrigadas a prestarem serviços adequados, eficientes e seguros. Se essas obrigações que estão previstas expressamente em texto legal não forem observadas, o poder público deve ser responsabilizado.⁹

O instituto da responsabilidade civil existe com uma finalidade, ou seja, praticar funções de extrema relevância para o plano jurídico e para o plano social. Pode-se destacar os seguintes objetivos: reparação, prevenção de danos e punição – também chamado de *punitive damages*.

Para que se consiga caracterizar esse instituto é de suma relevância que estejam presentes requisitos essenciais. Portanto, devem ser analisados aspectos objetivos e subjetivos inerentes.

A corrente majoritária atual entende que é necessária a presença de três pressupostos para a configuração da responsabilidade civil: conduta, nexo causal e dano.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 556.

⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 560-563.

⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2010. p. 11.

O primeiro pressuposto é a conduta, que é segundo ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.¹⁰

A conduta humana é elementar para a caracterização da responsabilidade civil, ou seja, a ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) de alguém que acarrete dano a outrem será um dos fundamentos para a efetiva reparação.

A responsabilização se dá por ato de terceiro, ato próprio ou aqueles causados por animais ou coisas de sua propriedade. Daí se extrai que a responsabilidade por ato próprio é de autoria direta, enquanto as demais se caracterizam como de autoria indireta, à essa modalidade de culpa dá-se o nome de *in elegendo* e *in vigilando*. É de suma relevância lembrar da possibilidade da culpa *in custodiendo*, que existe quando o agente assume uma obrigação de guarda sobre objetos e animais que atingem e afetam direitos alheios.¹¹

Para que haja a possibilidade do agente ser responsabilizado pelas consequências de seus atos, os quais afetam a ordem jurídica alheia, ele deve ser capaz e imputável pelos seus atos. Isto implica na seguinte afirmação: o propulsor da conduta danosa podia e devia ter agido de outro modo, para isso existem dois elementos que tem que ser preenchidos, a maturidade e a sanidade mental.¹²

O segundo pressuposto para a caracterização da responsabilidade civil é o nexo causal – conhecido como relação de causalidade –, ou seja, é a relação existente entre o comportamento do agente e o dano que efetivamente fora sofrido. O nexo de causalidade é a ligação normativa entre a conduta e o resultado, para o plano naturalístico seria a relação de causa e efeito. Há uma complexidade que envolve o tema, já que não há nenhuma previsão legal e existem divergências doutrinárias entre as teorias que permeiam esse elemento da responsabilidade.¹³

O nexo causal tem dupla função, ao se estabelecer esse nexo a primeira função é identificar o ato danoso e a segunda função está relacionada a

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 23-25.

¹¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Forence, 2010. p.18-19.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.25-27.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.p.35-38.

determinação da extensão do dano. É a mensuração do dano suportado que é capaz de estabelecer a medida da indenização, ou seja, um limite é imposto ao valor da indenização que utilizada esse elemento como parâmetro.

Várias teorias são postas a respeito desse elemento. A primeira é a teoria da equivalência das condições, que também é conhecida como “*conditio sine qua non*” ela é ampla e considera tudo que antecede o dano como concorrente para o resultado danoso, mesmo que não tenha uma ligação direta e clara entre o fato e o prejuízo acarretado. Essa teoria se vê ineficaz por fazer com que haja uma investigação que remeta ao infinito.

A outra teoria que permeia o estudo sobre o nexa causal é a da causalidade adequada, essa se diferencia da anterior por só levar em consideração os antecedentes que provavelmente causaram o dano. Já a teoria da causalidade direta ou imediata se preocupa em analisar apenas o evento fático imediato e direto e ligado ao dano, à essa também se dá o nome de teoria da interrupção do nexa causal. Atualmente não há um consenso sobre qual é a voz majoritária na doutrina brasileira a respeito desse assunto, porém a teoria da causalidade direta ou imediata é a que se sobressai em razão de seu fundamento e entendimento.¹⁴

Por fim, o elemento basilar da responsabilidade civil é o dano, visto que sem sua existência ou comprovação não há que se invocar a proteção jurídica no âmbito civil, já que implica na ausência de objeto. Os doutrinadores Arnold Wald e Brunno Pandori Giancoli¹⁵, entendem por Dano:

“Abstratamente, o dano resulta da violação de um valor juridicamente protegido por uma norma [...] Concretamente, o dano é a perda ou a deterioração de um bem pertencente à pessoa ofendida, resulta de uma diferença, de uma diminuição de um status pessoal numa relação espaço-tempo. Resumidamente, poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado (com efeito patrimonial ou não) causado por uma conduta de um agente imputável”

Como fora desenvolvido anteriormente, a existência de dano é requisito essencial para que seja imputada a responsabilização à alguém, daí advém a relevância do estudo dos tipos de dano. Seria esse um mal sofrido, um prejuízo que

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 174-175.

¹⁵ ARNOLD, Wald; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 86-87.

acarreta em uma perda de patrimônio ou até mesmo uma ofensa a própria integridade física, psicológica ou moral.

1.2 Dano como pressuposto da Responsabilidade Civil

A palavra Dano vem da palavra latina “*demere*” e significa tirar ou diminuir, ou seja, uma diminuição no patrimônio. Muitas são as expressões que podem ser usadas como sinônimos à esse termo, por exemplo pode-se chamar também de despesas, prejuízos, perdas e danos ou somente perdas.¹⁶

O dano é um dos principais pressupostos para a configuração da responsabilidade civil, já que deve estar presente em qualquer uma das espécies de responsabilidade para que esta fique caracterizada, seja contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva. Além disso, para qualquer tipo de responsabilidade civil esse pressuposto deve estar presente sob pena de inexistência.¹⁷

Mesmo nos casos em que está presente a culpa de forma inequívoca, não havendo dano, não existe fundamento teórico para ressarcir alguém. A ausência de prejuízo, seja qual for a sua ordem, afasta a necessidade de responsabilização. Sem a presença do dano não há que se falar em indenização ou em reparação, já que com a inexistência de corporificação do agravo, estaremos diante da perda de objeto e de interesse.¹⁸

A própria lei civil trata do dano em seu artigo 402¹⁹:

“Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Para que se tenha um dano passível de ser indenizado tem que haver violação de um interesse - seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial-, o dano

¹⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.41.

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 97.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

não pode já ter sido reparado e é imprescindível que se tenha certeza sobre o mesmo.²⁰

Em regra, havendo o pagamento de quantia pecuniária sem a existência de um dano real e comprovado, isso ocasionará no que chamamos de enriquecimento ilícito. Instituto que é veementemente vedado no ordenamento jurídico brasileiro e que atrai diversas discordâncias doutrinárias e jurisprudenciais.

Entretanto, existem hipóteses em que o dano também pode ser presumido, sendo que para sua caracterização só é necessária a comprovação da existência do fato, esse é o chamado dano *in re ipsa*.²¹

O dano também tem uma classificação relativa àqueles que o suportam, podendo ser individual simples quando atinge somente uma vítima certa e individual, plúrimo quando atinge várias vítimas certas e pode ser também transindividuais, quando atinge toda uma coletividade. Esse último se subdivide em três espécies: difusos, coletivos (*stricto sensu*) e os individuais homogêneos.²²

A caracterização do dano não ocorre somente com aquele que pode ser aferível economicamente, pelo contrário, qualquer espécie de dano ainda que relativo aos direitos de personalidade, devem ser reparados. Muitas espécies de dano são elencadas por doutrinadores, algumas delas são: dano material (que se subdivide em reflexo, lucro cessante, perda de uma chance e emergente) e dano moral.²³

O dano mais evidente em nosso cotidiano e nas relações interpessoais é o dano material – também conhecido como dano patrimonial –, já que ele afeta de forma direta e clara os bens, o próprio patrimônio. O dano material sempre implicará em uma diminuição no patrimônio, podendo reduzir o valor pecuniário daquele bem ou até mesmo avariar aquele objeto.²⁴

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100-102.

²¹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 436.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 110-112.

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 469-473.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 473.

Há uma maior facilidade no momento da arbitragem da indenização nessa espécie de dano sofrido, em razão de equivaler ao montante pecuniário no qual o bem era avaliado antes de se perder ou ser danificado.²⁵

Os danos emergentes – também chamados de danos positivos – estão extremamente ligados aos lucros cessantes – os quais são chamados de danos negativos ou frustrados. A proximidade existente entre eles é devido ao fato de ambos tutelarem prejuízos relativos ao patrimônio lesado da vítima.

A diferença essencial entre eles é que o primeiro trata do prejuízo presente que foi sofrido pela vítima. Já o lucro cessante é correlacionado ao futuro da vítima, ao ganho que ela deixou de angariar em face do dano que ocorreu – importante destacar que a mera possibilidade não dá ensejo ao lucro cessante, tem que haver uma probabilidade objetiva daquela vantagem.²⁶

Outro dano patrimonial é o reflexo ou por ricochete, nesse caso o causador do dano se encontra impossibilitado de cumprir com sua obrigação – pela ocorrência de outro prejuízo que veio a sofrer – e por isso o encargo passa a recair sobre outra pessoa.

A última modalidade de dano material é a perda de uma chance, aqui o dano faz com que a vítima perda uma oportunidade de ganho futuro.²⁷

A outra espécie de dano é o moral, em sentido amplo é reconhecido como dano extrapatrimonial. Existem patrimônios e riquezas que tem a possibilidade de avaliação pecuniária e outros que não possuem tal característica, como a honra, a vida, intimidade, a vida privada e a imagem. ²⁸

O dano moral existe com a finalidade de compensar a vítima, punir o infrator e prevenir fatos que possam acarretar a insegurança jurídica. É levado em

²⁵ GONÇAVES, Carlos Roberto. *direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁶ ARNOLD, Wald; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89-90.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p.41-50.

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 122.

consideração nas situações em que há uma lesão aos direitos da personalidade e não se pode levar em consideração o mero dissabor ou o mero mal-estar.²⁹

Entretanto, outros autores apenas classificam e entendem como dano moral aquele dano que não está no rol dos danos materiais, ou seja, para compreendê-lo o critério usado é o da exclusão. Seguindo essa análise e esse entendimento, uma vez que se evidenciasse um dano de ordem patrimonial deveria ser imediatamente afastado o dano moral.³⁰

Essa contraposição entre os danos materiais e morais, porém, não é suficiente para que se consiga chegar em uma conceituação exata deste último. Melhor se entender o instituto do dano moral por seus próprios elementos, ou seja, considera-se como dano moral aquela ofensa que afeta gravemente a subjetividade e fere os valores fundamentais de personalidade. Por consequência, há uma diminuição dos bens principais da vida do homem, como exemplo seriam as violações à integridade física, a honra, a tranquilidade de espírito.³¹

A classificação desse instituto como “tudo que não engloba a esfera patrimonial” é impregnada de fragilidade e ao utilizar a nomenclatura “dano extrapatrimonial” faz com que o essa debilidade axiológica seja confirmada, por isso é preferível o termo dano moral.³²

Diante disso, deve-se ter um cuidado especial no momento de caracterizar quais ofensas poderiam ser enquadradas no conceito de dano moral, vez que poderia incidir em uma marginalização e banalização de tão relevante instituto. Elementos comumente utilizados para essa determinação são a existência de dor, exposição na mídia, agressões à honra, à privacidade, à intimidade, e portanto, meros dissabores da vida cotidiana ou insatisfações não estão aptas a ensejar sua aplicação.³³

A quantificação do dano moral deve ser estudada de forma diversa da que se aplica ao dano material. Ao passo que a valoração do dano material é realizada com base em quesitos objetivos, ou seja, na quantia do bem danificado/perdido; o

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 124-125.

³⁰ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.19.

³¹ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: Como chegar até ele*. 2. ed. São Paulo: JH MIZUNO, 2005. p. 310-321.

³² CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 20.

³³ *Ibidem*. p. 20-21.

método de averiguar o montante a ser pago no caso de uma ofensa moral tem que levar em consideração quesitos subjetivos, por esse se tratar de um prejuízo imensurável e que não poderá ser substituído com uma quantia pecuniária.

Isso remonta ao entendimento de que o valor que é pago à vítima de danos morais não tem a intenção de substituir o dano causado por moeda, na verdade está mais atrelado à ideia de amenizar e suavizar a ofensa sofrida, ou seja, pretende-se uma satisfação da vítima que consiga abrandar o sofrimento.³⁴

A tarefa de localizar o montante indenizatório é realizada ao prudente arbítrio do magistrado, este deve fazer uma análise específica do caso concreto com todas suas especialidades e particularidades, entretanto, existem critérios já pacificados pela jurisprudência e pela doutrina que facilitam a fixação.

Os mais utilizados são os seguintes critérios: a conduta reprovável, que se torna de suma importância para o estudo em questão porque é aqui que a culpa do agente vai ser levada em consideração para que se quantifique o quantum devido seguindo a natureza punitiva do instituto. O segundo é a intensidade e duração do sofrimento, entretanto esse critério não se encontra nos casos em que estamos diante de um dano extrapatrimonial que não está relacionado com a ideia de dor, como correr no dano moral *in re ipsa*.³⁵

Outro critério é a capacidade econômica do ofendido e do ofensor que dita os limites dessa fixação. Importante destacar que a avaliação das características pessoais da vítima é de suma relevância, como sua idade e seu sexo, por exemplo, pois cada um sente aquele prejuízo de forma diferente e essa pode ser mais ou menos dolorosa.³⁶

Completando o entendimento, Antônio Jeová Santos³⁷ trata dos critérios que Jorge Mosset Iturraspe entende como os mais apropriados para nortear os operadores do direito no momento da fixação da quantia devida.

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50-54.

³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 568-587.

³⁶ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 208-210.

³⁷ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 *apud* ITURRASPE, Jorge Mosset. *Daño moral*. Córdoba: Alveroni, 1994. p. 202-208.

O primeiro critério está ligado à impossibilidade de mensurar o dano moral, o que atrai a possibilidade de uma arbitração do débito que não esteja atrelada a nenhuma regra matemática de valores equivalentes, em razão da inexistência dos mesmos.

Quando a regra da flexibilidade do piso, estamos diante da arguição de que não há um padrão e que depende do arbítrio do juiz ao mensurar a quantia. Outro critério é o da existência de um teto prudente, que não extrapole os limites da razoabilidade.

Quarto quesito a ser tratado é a proporcionalidade com o contexto econômico do país. O juiz não deve adentrar no caso, ele deve se manter atrelado às provas produzidas pelas partes e se essas se mostraram claras, convincentes e firmes o suficiente para que a indenização por danos morais seja devida. A equidade é relativa às consequências sofridas pelas partes com a mensuração da quantia. São outros três critérios a necessidade de consenso, a segurança jurídica e a coerência das decisões.³⁸

Portanto, o dano como pressuposto da responsabilidade civil se mostra de indiscutivelmente importante para o estudo do instituto e assume um papel elementar para a sua configuração, independente de qual seja a espécie de dano a qual estamos abordando.

1.3 Dano Moral e seu aspecto punitivo indenizatório.

Diversos são os fundamentos contrários à reparação dos danos morais, alguns afirmam que não existe possibilidade de se aferir esse tipo de dor e outros já tratam como sendo um desrespeito atribuir qualquer quantia pecuniária aos direitos personalíssimos, em razão desses terem estreita ligação com o sofrimento do próprio espírito.

Entretanto, qualquer argumento que exista com a intenção de invalidar a potencialidade de reparação do dano moral se mostra frágil, por ser indiscutível a existência dos direitos ligados a personalidade. Em nenhum momento se quer

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 568-587.

alcançar uma cessação do sofrimento arcado pela vítima, o máximo que se pretende é a mitigação da dor com o pagamento do valor arbitrado.³⁹

Vencido esse ponto, passamos à análise do caráter do dano moral, ou o que também se entende como finalidade do respectivo dano. A primeira e mais defendida por toda a doutrina é a sua função compensatória que dirige-se à vítima, remete também a ideia de impossibilidade de retorno ao estado anterior ao dano. Servindo para minorar o sofrimento da vítima, com o pagamento de um valor que é arbitrado segundo os critérios de fixação e de acordo o próprio julgamento que é feito pelo juiz na lide em questão.⁴⁰

A tendência moderna é aplicar o binômio punição e compensação, sendo esse o segundo caráter atribuído aos danos morais. É com isso que estamos diante da incidência da teoria do valor do desestímulo, conjuntamente com a teoria da compensação.⁴¹

O caráter punitivo do dano moral diverge do que fora anteriormente apresentado por ter preocupação com a figura do ofensor. Esse tem dupla função, a primeira é a pedagógica-punitiva para o agente que praticou o ato e, portanto, faz com que esse seja desestimulado a reiterar essas práticas danosas que são provenientes de um ato ilícito.

Por outro lado, ainda engloba a função preventiva e desestimuladora para a coletividade, ou seja, serve como um exemplo para que os integrantes da sociedade não pratiquem os mesmos ilícitos. Essa indenização deve se traduzir não apenas como uma forma de ressarcir a dor do ofendido, ela tem que assumir a tarefa de advertir o ofensor e também toda a coletividade. O grau de reprovabilidade daquela conduta danosa deve estar inequivocamente refletido na quantia arbitrada pelos órgãos judiciários, de modo que tais práticas não sejam reiteradas pelo mesmo

³⁹ REIS, Clayton. *Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais*. São Paulo: Revista Jurídica n. 231, 1997. p. 83.

⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 143-146.

⁴¹ MISAEL MONTENEGRO FILHO. *Anais da responsabilidade civil: temas atuais*. Escola de Advocacia do Recife, Recife, 2000. p. 305

agente e que os demais membros da sociedade se sintam repelidos e desmotivados e reproduzir tais danos em virtude das consequências patrimoniais negativas.⁴²

Em face dessas finalidades existe um confronto de forças, de um lado está aquele que sofreu um dano e que merece ter seu sofrimento moral e seu sentimento de vingança amenizados com a quantia pecuniária que lhe será paga, mas por outro lado temos o ofensor que deve pagar, tem que sofrer um corretivo pelos atos danosos praticados. Esta última só se torna eficaz se atingir um dos bens mais preciosos, que é o patrimônio e é apenas dessa maneira que o Estado é capaz de achar o equilíbrio e a justiça dentro desse instituto.⁴³

Esse tema é tratado pela doutrina Maria Celina Bodin Moraes⁴⁴, conforme mostrado a seguir:

“tais critérios, embora gerais, indicam claramente que se vem atribuindo à reparação do dano moral duas funções muito diversas. De um lado, deve, como qualquer ressarcimento, compensar a vítima através da indenização pelos danos (*rectius*, dores) sofridos. É a chamada função compensatória. De outro lado, ao se propor que as condições econômicas das partes sejam consideradas, assim como o grau de culpa do ofensor, é estabelecida uma outra causa de ressarcimento, desta vez visando punir o ofensor, ou, como diz o Ministro Sálvio, desestimulá-lo a repetir o ato danoso. É a chamada função punitiva, que alguns chamam de preventiva, pedagógica ou exemplar”.

Essa concepção já é adotada no direito inglês e no dos Estados Unidos da América, são os chamados *punitive* ou *exemplary damage*. A jurisprudência brasileira começa a adotar os mesmos passos desses países, vem cristalizando o entendimento em diversos julgados que versam sobre o caráter que deve assumir e isso influencia na quantia que será definida pelo juiz.

É certo que de nada adianta a estipulação de uma quantia que figure insuportável para o ofensor, porque se este não tiver condições de adimplir acarretará no inadimplemento da obrigação e isso acarretará em um prejuízo maior do que uma estipulação ínfima mas dentro das condições econômicas possíveis.

⁴² BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 238-239.

⁴³ REIS, Clayton. *Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais*. São Paulo: Revista Jurídica n. 231, 1997, p. 252.

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 225.

Essa valoração causal sobre as circunstâncias peculiares à circunstância, deve ser analisada pelo próprio magistrado e ele deve quantificar o *quantum debeatur* da melhor forma possível.

Superando essa discussão que se volta às análises causais, existem diversas visões que se contrapõem quando assunto é a utilização ou não do caráter punitivo do dano moral, os contrários se resguardam na ideia de que essa seria uma espécie de sanção civil, uma atração do direito penal à esfera cível. E já que inexistente lei que defina que a indenização deve possuir essa natureza de sanção, a adoção do dano moral punitivo seria vedado. Os que adotam essa posição estão focados no dano que a vítima sofreu, ou seja, na gravidade do sofrimento que fora suportado por ela.⁴⁵

Portanto, essa visão de que a indenização punitiva é uma pena civil é equivocada, na verdade esse montante que é fixado à maior tem uma ideia pedagógica e finalidade desestimuladora.⁴⁶

A visão de Antônio Jeová Santos⁴⁷, ao mencionar Jorge Mosset Iturraspe é a mais realista sobre o tema:

“para fixar qual é a soma de dinheiro que compensa o dano moral, só deve atender-se à gravidade objetiva do dano e ao poder aquisitivo desse dinheiro em ordem dos denominados prazeres compensatórios.”

Diversos ordenamentos estrangeiros se encontram favoráveis a aplicação desse entendimento, na própria lei de proteção ao consumidor do Canadá – código de Quebec – já há uma expressa autorização para o ofendido pleitear montante para reprimir a conduta do infrator.

Esses aspectos em conjunto se mostram indispensáveis para o melhor aproveitamento do instituto, fazendo com que ele ganhe relevância e aplicabilidade em um contexto de marginalização e banalização do dano moral com valores ínfimos e sem real impacto subjetivo e social.

⁴⁵ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 175-176 *apud* PIZARRO, Ramón Daniel. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

⁴⁶ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 157.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 158 *apud* ITURRASPE, Jorge Mosset. *Daño moral*. Córdoba: Alveroni, 1994.

2 TEORIA DO VALOR DO DESESTÍMULO

A Teoria do Valor do Desestímulo é nome dado à doutrina que entende a necessidade da aplicação de todos os aspectos do Dano Moral no momento da fixação do *quantum debeat*.

A legislação pátria se mostra no mesmo sentido da implementação do Dano Moral punitivo, em virtude de sempre destacar a proporcionalidade entre a lesão e a sua reparação. Ainda assim existem posicionamentos desfavoráveis que devem ser analisados e entendidos, porém refutados diante da real importância do instituto em foco.

2.1 Dano moral e teoria do valor do desestímulo e a incompletude do ordenamento jurídico.

Desde o século XIII a sociedade inglesa já se valia do instituto dos *punitive damages*, já que a partir daquela época eram aplicadas condenações com viés punitivo ao réu que causava lesões de forma intencional. Outro episódio que merece destaque é do ano de 1763, no caso *Wilkes x Wood* onde foi estabelecida uma indenização punitiva, diante da gravidade da conduta que fora realizada pelo ofensor.⁴⁸

A partir desse marco, esses tipos de indenizações passaram a ser difundidas em diversos países e ganharam real importância e aplicação quando começaram a integrar o direito dos Estados Unidos da América. A primeira ocorrência foi em 1784, no caso *Genay versus Norris*, de forma sintetizada, Norris ofereceu um drinque a Genay com intuito de selar a paz de suas relações, porém a taça de vinho tinha alta dose de toxina capaz de gerar inflamação nos tecidos humanos e fez com que o seu rival sofresse com intensas dores. A Suprema Corte da Carolina do Sul (EUA) entendeu que Norris merecia uma punição exemplar, por ter causado extremas dores em seu rival.⁴⁹

⁴⁸ RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. *Aplicação efetiva dos punitive damages no atual ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/RafaeldoSantosRamosRusso.pdf> Acesso em: 01 abr. 2014. p. 10-12.

⁴⁹ RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. *Aplicação efetiva dos punitive damages no atual ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível

Posteriormente, a doutrina do *exemplary damage* foi aplicada em outros casos. Nos Estados Unidos, a teoria do *punitive damages* desenvolveu-se de forma grandiosa, fazendo com que passassem a existir uma imensa quantidade de casos que ganharam notoriedade.

Essa função de repreensão é mais comum nos países que adotam a *common Law* como é o caso dos anteriormente citados. Essa punição não se enquadra como simples hipótese de ressarcimento de danos, o que faz com que ela se diferencie substancialmente dos danos materiais.⁵⁰

Em razão disso, a função preventiva do instituto é destacada, servindo primordialmente para impedir a prática de reiteradas condutas gravosas. Essas ações danosas à moral são capazes de atingir inescrupulosamente a dignidade da pessoa humana e, portanto, deve ser aplicada uma severa punição ao agente causador do prejuízo, sua atribuição tem o norte de punir o causador do dano e prevenir à ocorrência de condutas idênticas pelo agente e pelos demais membros da sociedade. Assume importância por trabalhar em prol do interesse público e social, aplicando uma punição de grande monte pecuniário.⁵¹

Daí se extrai tanto o interesse privado quanto o público, já que o caráter punitivo presta um papel de restabelecimento do equilíbrio entre as partes da relação jurídica, e conseqüentemente, a função social e pública é cumprida com o fator preventivo.

Como anteriormente abordado, não se tem como atribuir valores equivalentes ao dano moral, já que não se trata de uma aferição objetiva com relação a perda patrimonial sofrida. Para solucionar essa problemática existem parâmetros de aferição do *quantum debeatur*. Porém, a teoria do valor do desestímulo se preocupa com o estabelecimento de um valor que não siga apenas esses parâmetros, ela vai além, se interessando pela fixação de um valor que tem a finalidade maior de desestimular o ofensor e a sociedade a não praticar atos que vão

em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf> Acesso em: 01 de abr. 2014. p.10-12.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 229-332.

⁵¹ RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. *Aplicação efetiva dos punitive damages no atual ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf> Acesso em: 01 abr. 2014. p.13-14.

ofender e lesionar a moral de outrem.

O objetivo do dano moral punitivo é primeiramente ver cumprido o sentimento de vingança com a retribuição do mal que foi causado e em segundo lugar a prevenção, para que não seja reiterada tal conduta pelo ofensor e nem repetida por outras pessoas. Daí se extrai o duplo aspecto, compensatório e punitivo que é atribuído ao dano moral, por ajudar a diminuir as aflições da vítima e concorrentemente resultar em uma penalidade ao ofensor.⁵²

A doutrina de Misael Montenegro Filho⁵³ trata do tema:

“Ademais a tendência moderna é a aplicação do binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando destinar a vítima uma soma que compense o dano moral sofrido.”

Reitera-se, que a estipulação de quantias que se encontram fora da realidade econômica do ofensor se mostram ineficazes. Acarretará em um prejuízo maior do que uma estipulação ínfima, por ensejar no inadimplemento. Essa valoração causal sobre as circunstâncias peculiares à circunstância deve ser analisada pelo próprio magistrado e ele deve quantificar o *quantum debeatur* da melhor forma possível.

Diversas são as visões contrárias quando assunto é a utilização ou não do caráter punitivo do dano moral, os contrários argumentam que se trata de uma forma de sanção penal ou que seria uma forma de enriquecimento ilícito.⁵⁴

Mas tais argumentos são infundados e a verdadeira importância da adoção do dano moral punitivo é a prevenção de tais atos violadores da dignidade da pessoa humana, a compensação e a punição do ofensor.⁵⁵

Atualmente existem ordenamentos estrangeiros que se encontram favoráveis a aplicação desse entendimento, na própria lei de proteção ao consumidor do Canadá – código de Quebec – já há uma expressa autorização para

⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 217-227.

⁵³ MISAEI MONTENEGRO FILHO. *Anais da responsabilidade civil*: temas atuais. Escola de Advocacia do Recife, Recife, 2000. p. 305.

⁵⁴ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 174-175 *apud* PIZARRO, Ramón Daniel. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 157.

o ofendido pleitear montante para reprimir a conduta do infrator.

O mecanismo mais eficaz para a proteção aos direitos da personalidade são as indenizações punitivas. Estas servem como um peso no bolso daquele que ofende e, portanto, passam a ter uma função de garantia a dignidade humana que é inerente a pessoa humana.⁵⁶

O próprio doutrinador André Gustavo Corrêa de Andrade⁵⁷ concorda que o dano moral serve como punição. Entendendo ele como sendo o instrumento jurídico capaz de proteger os direitos da personalidade.

Existem pressupostos que devem ser observados: a ocorrência de um dano moral, a culpa grave do ofensor e a existência de lucro ilícito do ofensor – esse último pode ser dispensado a depender do caso concreto. Portanto, não existe a possibilidade de punição sem a pré-existência de um dano moral.

É desse ponto que começa a discussão do enriquecimento ilícito proveniente da aplicação da Teoria do valor do desestímulo. Esse tema é bastante controverso tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira que será abordado nos próximos tópicos.

2.2 Dano moral e teoria do valor do desestímulo no ordenamento jurídico brasileiro – CF/1988; CDC/1990 e CC/2002.

Para que haja a possibilidade da aplicação da Teoria do Valor do Desestímulo no ordenamento jurídico brasileiro, temos que analisar como a legislação constitucional e infraconstitucional aborda o assunto. Os diplomas que trazem a possibilidade de aplicação do Dano moral, e consequentemente, dão alicerce e base para a abordagem do duplo caráter do dano moral são a Constituição Federal, promulgada em 1988; o Código de Defesa do Consumidor, com a Lei 8.078/1990 e o Código Civil Brasileiro, com a Lei 10.406/2002.

⁵⁶ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral problemática: do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 231-234.

⁵⁷ ANDRADE André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 115-119.

A Constituição Federal começa a dispor em seu artigo 1º, III, sobre a dignidade da pessoa humana, sendo essa o fundamento dos direitos da personalidade, o viabilizador do dano moral.

Além de ser indispensável para a fundamentação do dano moral, a Carta Magna fornece o pilar de sustentação para a Teoria do Valor do Desestímulo no artigo 5º, V e X:

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

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”⁵⁸

O direito à personalidade é novamente tratado como um direito fundamental e inerente à pessoa humana, sendo que é assegurado o direito de resposta proporcional a sua ofensa, seja na modalidade de dano patrimonial ou extrapatrimonial. Para o estudo em tela o foco do interesse está nos danos morais, e da leitura constitucional extraímos a conclusão lógica de que por ser proporcional ao dano, não se cabe falar em qualquer tarifação da indenização, como era estabelecido nos seguintes diplomas: Código Brasileiro de Telecomunicações, com a Lei 4.117/1962; Código Eleitoral, com a Lei 4.737/1965; Lei de Imprensa, com a Lei 5.250/1967 e o Código Brasileiro de Aeronáutica, com a Lei 7.565/1986.⁵⁹

Outro ponto em destaque é a estipulação indenizatória seguir o agravo sofrido e arcado pela vítima, ou seja, em casos desta ofensa demasiadamente grave, o valor a ser fixado deve seguir proporcionalmente e adotar os critérios balizadores do dano moral, quais sejam, o compensatório em conjunto com o punitivo.

O dispositivo legal em comento revela mais amplo direito fundamental, de natureza principiológica, trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo ensinamentos dominantes na doutrina brasileira os princípios tem grande

⁵⁸ BRASIL, Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 05 de outubro de 1988.

⁵⁹ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 208-213.

grau de abstração. São mandamentos genéricos que visam a dar um norte ao estudo dos objetos. Mesmo assim, possuem carga normativa de extrema importância e complexidade, por se tratarem do ponto de partida para a compreensão do direito.⁶⁰

Portanto, em razão da grande carga normativa dos princípios, esses devem ser levados em consideração principalmente em casos em que há uma extrema dificuldade em aplicar simples e exclusivamente a regra ao caso concreto, ou seja, a interpretação do princípio que viabiliza a aplicação da regra deve ser pesada com relação a visão que o mesmo faz de modo a inviabilizar sua utilização.

Por esse entendimento os princípios são considerados como mandados de otimização, eles sempre vão buscar a melhor forma de aplicação da regra jurídica naquele caso concreto em questão, daí vem a concepção de que se deve valer de todas as formas para se alcançar a efetivação do mesmo, assim como é o caso da dignidade da pessoa humana, refletida nessa matéria pela aplicação do dano moral nos casos em que o direito da personalidade é ofendido por terceiro.⁶¹

Ademais, as considerações relacionadas a dignidade humana não se esgotam nessa análise, já que quando tratamos do Código de Defesa do Consumidor, estamos diante de outro princípio basilar da Carta Magna no âmbito da ordem econômica nacional, ligado à dignidade do consumidor.⁶²

A função primária do Código de Defesa do consumidor é estabelecer normas de proteção e de defesa consumidor, de ordem pública e interesse social.⁶³ Regula principalmente os direitos do consumidor, por esse se encontrar em uma condição de vulnerabilidade na relação jurídica estabelecida com o fornecedor, a

⁶⁰ CERQUEIRA, Naiara Guimarães de. *Disciplina jurídica dos punitive damages no ordenamento jurídico brasileiro*. 2010.38 f. Tese (Monografia) – Programa de graduação em Direito, Universidade UNIFACS, Bahia, Salvador, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1395/1082>> Acesso em: 04 abr. 2014. p. 16-17.

⁶¹ CERQUEIRA, Naiara Guimarães de. *Disciplina jurídica dos punitive damages no ordenamento jurídico brasileiro*. 2010.38 f. Tese (Monografia) – Programa de graduação em Direito, Universidade UNIFACS, Bahia, Salvador, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1395/1082>> Acesso em: 04 abr. 2014. p. 16-17.

⁶² KAFER, Lucas Manito. *A introdução da doutrina da punitive damages no Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-introducao-da-doutrina-da-punitive-damages-no-codigo-de-defesa-do-consumidor,35871.html#_ftnref48> Acesso em: 04 abr. 2014.

⁶³ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Institui o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 abr. 2014.

condição de fragilidade e de desigualdade na relação é o fundamento para esse tratamento desequilibrado da norma e do poder judiciário como um todo.⁶⁴

De forma expressa extraímos desse diploma legal o enunciado presente nos artigos 4º e 6º, I, VI e VII:⁶⁵

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

“São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;”

É com essa proteção positivada aos direitos da personalidade que estamos diante do argumento normativo que embasa – juntamente com a análise da raiz do direito consumerista, que é a preocupação precípua com a parte mais fraca – a aplicação do instituto do Dano Moral e de seu caráter punitivo-pedagógico, em razão da desigualdade existente, será com a estipulação de quantias de quinhão significativo que a justiça e o equilíbrio terão possibilidade de ser atingidos.

Outro diploma legal de relevante destaque no dano moral é o Código Civil de 2002, que em seu artigo 186 trata da indenização decorrente de ato ilícito, que pode ser causada por ação ou omissão e depende apenas do dano em conjunto com modalidade culpa em seu sentido estrito: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”⁶⁶

⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 318.

⁶⁵ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Institui o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 abr. 2014.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 abr. 2014.

Destaca-se o dispositivo que aborda o conteúdo relacionado à obrigação de reparação do ato ilícito causador de dano é o artigo 927, como está disposto a seguir:⁶⁷

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Outro artigo de relevância indiscutível para o referido estudo se encontra no artigo 944 do Código Civil Brasileiro de 2002, este diz respeito à proporcionalidade do dano com relação à indenização, e portanto, está em conformidade com o enunciado contido no artigo 5º, V e X Carta Magna de 1988: “A indenização mede-se pela extensão do dano.”⁶⁸

Tais dispositivos legais pretendem que a ofensa ao direito de personalidade seja reparado, sendo certo que não existe forma melhor de reparar e compensar, como a que agrega a função preventiva e a punitiva, e assim cumpre a função de restabelecimento do sentimento de justiça no ímpeto de quem teve sua imagem e honra abaladas por ato ilícito e injusto de terceiro.

Grande avanço é feito no campo jurisprudencial, pois é a partir da análise sistemática do texto constitucional e infraconstitucional que novos pensamentos passam a surgir e maiores adeptos à essa teoria vão aparecendo nos tribunais e até mesmo no próprio poder legislativo, como é o caso de deputados que estão propondo projetos de lei que buscam dar concretude ao instituto.

Como abordado anteriormente, de singular importância se faz os artigos já existentes, em razão de serem eles os percussores de eventuais mudanças e avanços na matéria em questão. Porém, há que se pensar em possíveis alterações que serão extremamente benéficas. Esse é o caso do projeto de lei, que tem como objeto a inclusão de um novo parágrafo no artigo 944 do Código Civil, e que tem

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

como finalidade dar maior efetividade a punição que deve ser aplicada nas situações onde há a ocorrência do ilícito civil.⁶⁹

Portanto, além do estudo e análise dos elementos que já constituem a legislação pátria, devemos nos ater nosso foco também nas possibilidades futuras, que no caso, é o projeto apresentado pelo Deputado Paulo Alcântara de nº 276/2007. Sua redação pretender ter o seguinte teor: “Art. 944 (...) § 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.⁷⁰

Indubitável é a o avanço no campo da responsabilidade civil no que concerne ao seu caráter punitivo, pois com a inclusão desse texto além de interpretações acerca dos dispositivos legais, de modo a viabilizar a possibilidade da teoria do valor do desestímulo, um grande passo será dado e toda e qualquer dúvida ou inconsistência sobre a possibilidade de aplicação deste no ordenamento jurídico pátrio será jogada por terra.⁷¹

Enquanto essa não é a realidade que permeia nosso estudo, analisaremos no próximo tópico as teses que se opõem a aplicabilidade do caráter punitivo e quais são os fundamentos utilizados que as permeiam.

As normas referidas visam a permitir na aplicação do direito, dentre outros, o desestímulo do ofensor e a prevenção de toda a sociedade para não reiterar a conduta lesiva da integridade moral da pessoa humana.

Em conclusão, o sistema jurídico de afigura antropocêntrico no sentido de ser voltado especificamente a proteção da dignidade da pessoa humana. Daí, o caráter punitivo deve ser extremamente relevante nas indenizações a fim de restar protegida a dignidade da pessoa humana.

⁶⁹ JOÃO, Mayana Barros Jorge. *Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550> Acesso em: 06 abr. 2014.

⁷⁰ ALCÂNTARA, Léo. *Projeto de Lei n.º 276 de 2007. Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

⁷¹ KAFER, Lucas Manito. *A introdução da doutrina da punitive damages no Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-introducao-da-doutrina-da-punitive-damages-no-codigo-de-defesa-do-consumidor,35871.html#_ftnref48> Acesso em: 04 abr. 2014.

2.3 Dano moral e Teoria do Valor do Desestímulo e da incompatibilidade com o enriquecimento ilícito e com a sanção penal.

A crítica feita é relativa ao ganho patrimonial, esse seria injustificado, ou seja, de uma hora para outra a conta bancária daria um salto. Pela própria natureza do instituto – que é o de atribuir quantias elevadas – o sujeito passivo da ofensa poderia até se tornar milionário de uma hora para a outra. Haveria, portanto, um locupletamento indevido e injusto.

O ponto de destaque desse entendimento é o fato da quantia paga extrapolar o dano propriamente dito, ao passo que o pagamento desse quantum ao ofendido caracterizaria, segundo essa doutrina, um enriquecimento injustificado, o que causaria o desequilíbrio da relação jurídica.⁷²

Esse argumento é o maior limitador à aplicação do caráter punitivo no ordenamento brasileiro, em razão da grande parcela de juristas vedarem de forma imperiosa o enriquecimento sem causa e entenderem a teoria do valor do desestímulo como seu percussor.⁷³

Essa temática se encontra disciplinada no Código Civil Brasileiro de 2002:⁷⁴

“Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

O enriquecimento sem causa é entendido como um princípio norteador do direito privado, se estendendo ao direito público. Várias são as teorias estrangeiras que tratam dessa temática, mas não há nenhuma teoria sedimentada no âmbito do direito brasileiro sobre o que seria de forma efetiva o enriquecimento sem causa. Na verdade, o que existe é um entendimento baseado na própria letra da lei civil conjuntamente com as disposições constitucionais que a autorizam.

⁷² FUERBACK, Leonardo. *As consequências jurídico-sociais da aplicação da teoria do valor do desestímulo no ordenamento jurídico pátrio*. Teresina, ano 16, n. 2766, 27 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18359>>. Acesso em: 16 set. 2014.

⁷³ JOÃO, Mayana Barros Jorge. *Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550> Acesso em: 06 abr. 2014.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 out. 2013.

Uma das principais razões para a existência dessa vedação ao enriquecimento sem causa é a eterna busca pelo equilíbrio contratual, entre os sujeitos que celebram obrigações mútuas. A finalidade dessa disciplina é o nítido alcance da justiça, se valendo da vedação ao locupletamento indevido.

Postas essas ideias, fica evidente que se trata de um nobre instituto do direito civil, que vem desde a era Romana até os dias de hoje, entretanto, estamos diante de um tema ainda vasto, indeterminado e sem delimitação objetiva, concreta e definitiva sobre o que efetivamente é considerado “enriquecer sem justa causa”, já que em momento nenhum a lei exemplifica ou dá um rol exaustivo sobre o objeto dessa disciplina.⁷⁵

A única concepção sobre esse instituto advém das teorias estrangeiras, que muitas vezes são vastas e opostas: teoria patrimonial, da gestão de negócios, do fato ilícito, do lucro criado, da equidade, do dever moral, do princípio geral de direito, da teoria unitária e a dualista na Alemanha.⁷⁶

Portanto, como se valer de um instituto, que apesar de sua relevância, não tem um entendimento sedimentado e concreto? E ainda, restringir a aplicação do aspecto punitivo do dano moral, se valendo de um argumento tão falho?

Não há como afastar a aplicação de um instituto que tem foco nas necessidades privadas e sociais modernas - com sua função precípua de evitar a propagação de ofensas de ordem moral, com a estipulação pecuniária que adquire um papel pedagógico e educacional – em razão de nem ao menos se conhecer o foco de estudo da disciplina do enriquecimento injusto, por se tratar de uma matéria disciplinada apenas no atual Código Civil de 2002 e não resguardar nenhuma historicidade no âmbito jurídico interno.

Outro argumento de importante relevância, vem do próprio conceito de enriquecimento sem causa dado por Andreas Von Tuhr, na obra de Giovanni Ettore Nanni:⁷⁷

“Otra fuente de obligaciones, además de los contratos y de los delitos, es el enriquecimiento injusto o sine causa. Por enriquecimiento si entiende todo

⁷⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.21-34.

⁷⁶ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 131-140.

⁷⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 472. *Apud* VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Tradução de W. Roces. Madrid: Réus. 1999. p.290.

incremento patrimonial; es, por consiguiente, el concepto inverso al de daño. Pero, del mismo modo que no todo daño engendra un derecho de indemnización, sino que tienen que concurrir circunstancias especiales que lo abonen — el daño ha de suponer la culpa, o por lo menos, tener su causa en el responsable —, así también para que el enriquecimiento origine un derecho de restitución es menester que ocurra a costa del patrimonio de otra persona y que, además, no haya razón que lo justifique.”

Daí se depreende que o próprio conceito de enriquecimento sem causa exclui a sua incidência nas situações em que vislumbra-se o dano moral, já que é plenamente justificável que aquele que ofende a moral de outrem responda e seja condenado a um pagamento justo e capaz de assegurar a vítima a sua reparação, bem como garantir que atos de mesma natureza não serão futuramente praticados.

Ademais, a doutrina de Antônio Jeová Santos cita o entendimento de Zavala de Gonzalez e Rodolfo Martin ao abordar que em regra a vítima não deve lucrar pelo fato lesivo; mas é extremamente pior e perturbador que o ofensor saia lucrando. E como ele não é punido, continua em plena capacidade de praticar novamente aquele ato (como a coletividade também se vê apta a realizá-lo). Então, “ante o dilema entre danos lucrativos e culpas lucrativas, nos inclinamos contra essas últimas, que são mais negativas, porque estão cimentadas na causação de um prejuízo que não foi merecido e que é rentável para o ofensor”.⁷⁸

Portanto, essas atitudes agressivas e danosas devem ser repreendidas e não se deve dar esse espaço para sua ocorrência. No sistema atual, os praticantes dessas atos contrários à norma jurídica e à moral estão sendo premiados com facilidades e vantagens, já que não arcam com nenhum prejuízo real e que tenha o condão de os afetar economicamente.

A adoção desse montante como sanção é a única alternativa para “amenizar o sofrimento da vítima e dissuadir os potenciais ofensores da dignidade humana de prosseguirem no intento de da causar dano extrapatrimonial”.⁷⁹

Por sua vez, há que ser destacada a própria conduta do agente para ser aplicado esse caráter punitivo, por depender se este incorreu em dolo ou culpa grave, por exemplo.

⁷⁸ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 177.

⁷⁹ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 179.

Em razão disso são elencados parâmetros para se verificar se a aplicação dessa sanção é necessária: a gravidade da falta; a situação econômica do ofensor, especialmente no atinente a sua fortuna pessoal; os benefícios obtidos ou almejados com o ilícito; a posição de mercado ou de maior poder do ofensor; o caráter anti-social da conduta; a finalidade dissuasiva futura perseguida; a atitude ulterior do ofensor, uma vez que a sua falta foi posta a descoberta; o número e nível de empregados comprometidos na grave conduta reprovável e os sentimentos feridos da vítima.⁸⁰

Em conclusão, não se pode conforme a hipótese sustentada nesta pesquisa, impedir a aplicação da indenização com caráter punitivo, sob o argumento do enriquecimento indevido. Isto porque, a responsabilidade civil deve ser imposta baseada nas suas funções de prevenção e específica e geral. Se o montante indenizatório se adéqua a tais parâmetros não se está a promover enriquecimento ilícito, mas sim concretizando-se a responsabilidade civil em sua integralidade.

⁸⁰ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 178-179.

3 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS

As decisões dos tribunais refletem a realidade jurídica que permeia o tema em estudo. Desde julgados de juízes de primeiro grau até os Superiores Tribunais de Justiça consegue-se perceber a variação entre os entendimentos favoráveis e desfavoráveis.

As jurisprudências adeptas ao dano moral punitivo e à teoria do valor do desestímulo mostram o grau de justiça e equilíbrio que conseguem alcançar no estabelecimento do montante devido a título de indenização.

Por outro lado, existe uma incompletude nas que se contrapõem por não se observar a totalidade do referido instituto em aplicação e isso leva à um prejuízo na própria relação objeto da referida lide.

3.1 *Julgados Favoráveis ao dano moral punitivo*

3.1.1 Elevação do quantum indenizatório em casos de injúria

Dados do Julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1120971/RJ. 3º Turma. Relator: Min. Sidnei Beneti. DJE – 20 jun. 2012.

“DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL.DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA À HONRA. MODIFICAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ELEVAÇÃO NECESSÁRIA, COMO DESESTÍMULO AO COMETIMENTO DE INJÚRIA. CONSIDERAÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DOS OFENSORES, DA CONCRETIZAÇÃO POR INTERMÉDIO DE VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO DE GRANDE CIRCULAÇÃO E RESPEITABILIDADE E DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO OFENDIDO. PREVALECIMENTO DE VALOR MAIOR, ESTABELECIDO PELA MAIORIA JULGADORA EM R\$ 500.000,00.

1.- Matéria jornalística publicada em revista semanal de grande circulação que atribui a ex-Presidente da República a qualidade de "corrupto desvairado".

2.- De rigor a elevação do valor da indenização por dano moral, com desestímulo ao cometimento da figura jurídica da injúria, realizada por intermédio de veículos de grande circulação e respeitabilidade nacionais e consideradas as condições econômicas dos ofensores e pessoais do ofendido, Ex-Presidente da República, que foi absolvido de acusação de corrupção cumpriu suspensão de direitos políticos e veio a ser eleito Senador da República.

3.- Por unanimidade elevado o valor da indenização, fixado em R\$ 500.000,00 pelo entendimento da D. Maioria, vencido, nessa parte, o voto do Relator, acompanhado de um voto, que fixavam a indenização em R\$ 150.000,00.

4.- Recurso Especial provido para fixação do valor da indenização em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)". (grifei)⁸¹

O recorrente Fernando Collor de Melo interpôs recurso especial perante a Egrégia Corte Superior de Justiça, com base no artigo 105, III, "a" da Constituição Federal.

A demanda é relativa à publicação jornalística realizada por uma revista de grande circulação que restou por ofender a honra e direitos subjetivos do recorrente. O inconformismo que fundamenta a interpelação recursal é o fato do valor fixado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não refletir de maneira completa os reais danos e prejuízos que foram enfrentados.

O principal sustentáculo dessa aspiração é a intenção de desestimular o cometimento de injúria. Por consequência outros aspectos que viabilizam essa pretensão são: a condição econômica do ofensor, o uso dos meios de comunicação para a propagação desse crime contra a honra e por fim as condições pessoais da vítima.

Esta última se mostra essencial no caso em evidência, devido ao fato do ofendido ter alto grau de notoriedade perante a sociedade e isso, conseqüentemente, afeta sua credibilidade e reputação junto às futuras carreiras políticas que o mesmo venha à pleitear.

Portanto, argumenta-se que a publicação injuriosa na revista de grande circulação afetou sua honra objetiva e subjetiva ao lhe atribuir a expressão "corrupto desvairado". Sendo que o Tribunal de origem ao fixar o montante indenizatório na quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) não fez a quantificação correta, restando o Superior Tribunal de Justiça o papel de elevar o valor para a soma de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1120971/RJ. 3º Turma. Relator: Min. Sidnei Beneti.* DJE – 20 jun. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801126537&dt_publicacao=20/06/2012> Acesso em: 20 jun. 2014.

Tanto no âmbito constitucional quanto no infraconstitucional se encontra a regra da responsabilidade civil, esta diz respeito à necessidade da indenização refletir de maneira proporcional o dano causado.

Com relação a Constituição Federal de 1988, encontramos tal disposição contida no artigo 5º, V e X.⁸²

Já a regra infraconstitucional está contida no artigo 944 do Código Civil Brasileiro de 2002, a indenização deve refletir a extensão do dano causado, e portanto, estaríamos diante de uma violação a legislação brasileira. Segundo o próprio julgamento da Turma, o montante considerado justo e equilibrado para tal situação seria o de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).⁸³

A fundamentação da referida decisão encontra bases na figura do desestímulo, por não poder incentivar que o crime de injúria a figuras pública seja executado. Deve haver a correta imputação de responsabilidade aos ofensores, fazendo com que haja a correta punição concomitantemente à aprendizagem.⁸⁴

Como aborda maior parte da doutrina civilista brasileira, o dano é um dos pressupostos fundamentais para que seja caracterizada a responsabilidade civil. No referido caso está indiscutivelmente presente a violação do interesse patrimonial do recorrente, assim como o extrapatrimonial.⁸⁵

Segundo entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, o dano moral tem como intenção precípua a de punir e de compensar. A decisão se fundou nas bases do próprio instituto para elevar o valor do montante indenizatório, por este se revelar irrisório perante a ofensa sofrida.⁸⁶

Cabe ainda ressaltar a existência de critérios que os próprios estudiosos do direito já pré-estabelecem e que devem ser levados em consideração no momento da quantificação do dano moral – devido ao fato desse ser subjetivo e não ter nenhuma relação com perda material.

⁸² BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF, 05 de outubro de 1988.

⁸³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 abr. 2014.

⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 217-227.

⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

⁸⁶ GONÇAVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 576-578.

No julgado do Superior Tribunal de Justiça esses critérios foram relevantes, quais sejam eles, a conduta reprovável da revista de grande circulação ao publicar expressões injuriosas; a intensidade do sofrimento suportado pelo recorrente; as características do ofendido, por ser uma pessoa pública e ex-presidente da república essas afirmações afetam de maneira imperiosa sua honra objetiva e objetiva; por fim, as características daquele que ofende, por ser uma revista conhecida tem que se responsabilizar pelo que publica e tem condições de indenizar quem acaba por ofender.⁸⁷

A função compensatória está presente nos argumentos da decisão, essa se dirige ao ofendido e tem pretensão de minimizar o sofrimento. Já o caráter punitivo se direciona ao outro polo, o ofensor, e tem o objetivo pedagógico-punitivo e desestimulador.⁸⁸

A jurisprudência objeto do referido estudo se encontra em conformidade com a teoria do valor do desestímulo, e desse modo, revela que o Superior Tribunal de Justiça juntamente com a terceira turma julgadora e com seus ímplies ministros tem visões favoráveis quanto à aplicação do referido caráter punitivo.

Por se tratar de uma decisão que aborda a necessidade de estabelecimento de um valor que traduza o real prejuízo, outros aspectos da indenização por dano moral também se encontram presentes, como o caráter compensatório e o pedagógico.

O julgado elucida a controvérsia objeto do recurso especial. A questão está relacionada à pretensão do requerente, para a elevação do *quantum debeatur* a título de danos morais.

Nitidamente vemos esse caráter punitivo, uma vez que na própria fundamentação está descrito que o valor deve ser elevado para desestimular a prática de injúria por parte dos meios de comunicação. Daí que se tira o binômio punição e compensação, e portanto, estamos diante da aplicação clara e nítida da teoria do valor do desestímulo.

⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 568-587.

⁸⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 238-239.

3.1.2 Elevação do quantum indenizatório em decorrência de acidente fatal

Dados do Julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 210.101/PR. 4º Turma. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1º Região). DJE – 20 nov. 2008.

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.

1. É presumível a ocorrência de dano moral aos filhos pelo falecimento de seus pais, sendo irrelevante, para fins de reparação pelo referido dano, a idade ou estado civil dos primeiros no momento em que ocorrido o evento danoso (Precedente: REsp n.º 330.288/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 26/08/2002)

2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

4. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

5. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

6. In casu, o tribunal a quo condenou os recorridos ao pagamento de indenização no valor de 10 salários mínimos a cada uma das litisconsortes, pela morte do pai e esposo das mesmas que foi vítima fatal de atropelamento pela imprudência de motorista que transitava em excesso de velocidade pelo acostamento de rodovia, o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente ínfimo.

7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do

quantum indenizatório a título de danos morais, impõe-se a majoração da indenização total para o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que corresponde a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por autora.

8. Encontra-se sedimentada a orientação desta Turma no sentido de que inexigível a prova da realização de despesas de funeral, em razão, primeiramente, da certeza do fato do sepultamento; em segundo, pela insignificância no contexto da lide, quando limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária; e, em terceiro, pelo relevo da verba e sua natureza social, de proteção à dignidade humana (Precedentes: REsp n.º 625.161/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 17/12/2007; e REsp n.º 95.367/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 03/02/1997)

9. Recurso especial provido".(grifei)⁸⁹

A problemática em questão aborda um caso claro de imprudência no trânsito. Em razão de um comportamento descuidado do motorista do veículo, ao transitar em alta velocidade no acostamento de uma rodovia, um pai de família acabou falecendo em decorrência de atropelamento.

As filhas e a esposa do falecido ingressaram com essa demanda pleiteando danos morais, segundo a própria decisão do Superior Tribunal de Justiça, a existência de Danos Morais está intrínseca a perda de um ente querido e não há a necessidade de preenchimento de qualquer requisito por parte dos ofendidos, bem como a idade e o estado civil dos herdeiros.

O Julgado trata do dano moral como o instituto que visa tanto ressarcir aquele que fora prejudicado, como para punir o autor da ofensa.

A turma faz esclarecimentos sobre os *punitive damages*, entendendo que estas devem ser usadas de forma restrita e caso isso não ocorra haverá o enriquecimento ilícito.

A Corte Superior de Justiça entendeu por majorar o montante indenizatório de 10 salários mínimos por litisconsorte para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), o que contabiliza um total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Por fim, pela certeza do sepultamento e visando a dignidade da pessoa humana, não se faz necessária a prova das despesas funerárias.

O pagamento de um valor não conseguirá reparar a dor da perda de um ente

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 210.101/PR. 4º Turma. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1º Região)*. DJE – 20 nov. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900315197&dt_publicacao=09/12/2008> Acesso em: 20 jun. 2014.

familiar, porém ao menos deve conseguir diminuir a dor, punir e desestimular futuras condutas danosas.⁹⁰

A teoria do valor do desestímulo busca a proporcionalidade entre o dano moral sofrido pela vítima e a indenização recebida em razão do mesmo. É certo que grande parte dos julgados estipulam valores ínfimos e descabidos em situações extremas, onde o que está em foco é a perda de um ente familiar por negligência injustificada do ofensor.⁹¹

O dano moral está intimamente ligado a subjetividade humana e a sua própria personalidade e, portanto, o falecimento de uma pai de família justifica de forma inequívoca a invocação desse direito por parte daqueles que sofreram de maneira imensurável a perda em questão.⁹²

A própria decisão proferida trata da atração do enriquecimento ilícito quando da utilização dos *punitive damages*. É certo que o entendimento jurisprudencial brasileiro ainda não está em plena concordância com os países que adotam a *common law*.⁹³

Além da doutrina que se vale do enriquecimento ilícito como argumento inviabilizador da utilização da teoria do valor do desestímulo, outra forte corrente trata a estipulação de um valor à título de punição como uma espécie de sanção penal. Para esses estudiosos todo o direito penal trabalha com a ideia da tipificação, ou seja, só há pena e crime se lei anterior fizer essa estipulação.⁹⁴

Apesar de tais posicionamentos divergentes, caso o uso dos *punitive damages* – também conhecida como teoria do valor do desestímulo – fosse afastado do acórdão em evidência, não seria possível que o sentimento de vingança fosse cumprido. E mesmo que não seja um entendimento unânime.⁹⁵

A perda de um pai de família é um fato que acarreta extremo sofrimento e, portanto, causa um desequilíbrio relacional. O ressarcimento puro e simples não

⁹⁰ REIS, Clayton. *Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais*. São Paulo: Revista Jurídica n. 231,1997. p. 83.

⁹¹ REIS, Clayton. *Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais*. São Paulo: Revista Jurídica n. 231,1997. p. 83.

⁹² ARNOLD, Wald; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94-95.

⁹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 229-232.

⁹⁴ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 175-176 *apud* PIZARRO, Ramón Daniel. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 217-227.

consegue restabelecer a equidade.

O julgado abordou a relevância do caráter punitivo e pedagógico do dano moral ao aumentar substancialmente o valor que os litisconsortes passivos seriam obrigados a pagar. Antes era um valor sem importância monetária, de apenas 10 salários mínimos, foi elevado substancialmente para a importante soma de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

As jurisprudências que seguem essa linha de raciocínio são uma evolução do ordenamento jurídico brasileiro. Com a aplicação da teoria do valor do desestímulo há uma proteção ao direito fundamental à dignidade da pessoa humana, por se tratar de um caso extremado de violação aos direitos subjetivos e que deve ser combatido e desestimulado.

3.2 Julgado Desfavorável à Tutela do Dano Moral Punitivo

Dados do Julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401.358/PB. 4º Turma. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1º Região). DJE – 16 mar. 2009.

“PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NOTÍCIA EM PERIÓDICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. PROCURAÇÃO. JUNTADA AOS AUTOS DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE. ART. 254, DO CPC. INDENIZAÇÃO ARBITRADA PELO MAGISTRADO A PEDIDO DA PARTE. INTERESSE DE RECORRER. CUMULAÇÃO PEDIDO DE RESPOSTA COM INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE RESPOSTA EXTRAJUDICIAL. PRESSUPOSTO DESNECESSÁRIO. FORMATO. ARTIGO 30 DA LEI DE IMPRENSA. PRAZO DECADENCIAL. INEXISTÊNCIA. TARIFAÇÃO INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. REVISÃO DA OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ADEQUAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A ressalva trazida pelo inciso II do artigo 254, sabidamente, alcança os incidentes processuais que são processados em apenso aos autos principais, como, in casu, a exceção de incompetência.

2. No tocante ao dissídio jurisprudencial, verifica-se que não foi realizado o necessário cotejo analítico afim de identificar a presença da similitude fática.

3. "Já decidiu a Corte, sem discrepância, que se o autor 'pediu que o juiz arbitrasse a indenização, era lícito ao autor, inconformado com o arbitramento, pedir ao Tribunal que revisse o valor arbitrado pelo juiz. Em tal caso, não faltava, como não falta, interesse para recorrer (Cód. de Pr. Civil, art. 3º e 499)' (REsp nº 123.523-SP, Relator o Senhor Ministro Nilson Naves, DJ de 28/6/99) [...]". ((REsp 330256 /

MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 30/09/2002 p. 255).

4. O magistrado não está obrigado a julgar a questão submetida a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes e, sim, com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicáveis ao caso (REsp 677.520/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.2.2005).

5. "É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;" (Constituição de 1988, artigo 5º, inciso V).

6. Não há necessidade de anterior investida extrajudicial, nem tampouco, comprovação nos autos de resposta negativa, ao pedido do autor, para que seja legitimado o ingresso em Juízo, uma vez que está assegurado o acesso ao Judiciário, sempre que houver lesão ou ameaça a direito no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. (cf. REsp 469285 / SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 04/08/2003 p. 372).

7. Nos termos do artigo 30 da Lei de Imprensa, o direito de resposta consiste na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais.

8. Relativamente ao prazo decadencial previsto na Lei de Imprensa, sabidamente ele não mais prevalece no atual ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição de 1988, ao prever indenização por dano moral por ofensa à honra, pôs fim àquele prazo, que previa sistema estanque, fechado, de reparabilidade dos danos praticados pela imprensa.

9. "Guiou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ, no sentido de que, em face da Constituição de 1988, não mais prevalece a tarifação da indenização devida por dano moral, decorrente de publicação considerada ofensiva à honra e dignidade das pessoas." (REsp 226.956/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ:25/09/2000).

10. O Tribunal de origem é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos, para aferir a ocorrência da ofensa alegada, sendo defeso a esta Corte Superior revisar tal entendimento, uma vez que demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, circunstância que encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ.

11. É possível majorar ou reduzir o valor fixado como indenização por dano moral, em sede de recurso especial, por se tratar, nessa hipótese, de discussão acerca de matéria de direito e não de reexame do conjunto fático-probatório.

12. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior, na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como para que sirva de desestímulo ao ofensor na repetição de ato ilícito.

13. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já

vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

14. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

15. In casu, o Tribunal a quo condenou à empresa ré em R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) corrigidos, valor que, considerados os critérios utilizados por este STJ, se revela excessivo.

16. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, mormente o grau de ofensa causada à honra do autor, ante as acusações constantes do publicado, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, reduz-se a indenização para o valor de R\$ 20.750,00 (vinte mil, setecentos e cinquenta reais).

17. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido. Recurso adesivo não provido.” (grifei)⁹⁶

Dentre os diversos temas e argumentos presentes na decisão em enfoque os mais relevantes para a análise são os vinculados ao dano extrapatrimonial.

O autor da presente demanda não se restou contente com o valor que o tribunal de origem fixou para o pagamento da indenização. Entretanto, o STJ se conformou em alegar que a única hipótese em que cabe a elevação do *quantum debeat* é quando ele se mostrar ínfimo perante os critérios adotados pela própria Corte.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça invocou o enunciado sumular de número 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

⁹⁷

Essa súmula trata da impossibilidade de recurso especial quando a pretensão é de simples reexame probatório. Ressaltando que a análise sobre a ofensa é função plena e exclusiva do tribunal de origem e que só haverá modificação do valor indenizatório quando o montante estipulado se revelar ínfimo.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401.358/PB. 4ª Turma. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1º Região). DJE – 16 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801126537&dt_publicacao=20/06/2012> Acesso em: 20 jun. 2014.

⁹⁷ Súmula número 7 do Superior Tribunal de Justiça, de 23 de jul. de 2004. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0007.htm>. Acesso em 04 set. 2014.

Os critérios adotados pela Corte para fazer a quantificação do dano moral também são abordados pela decisão, pelo entendimento da turma se eles não estiverem presentes também não haverá proporcionalidade e razoabilidade.

Outro ponto esclarecido na referida decisão diz respeito à tarifação do dano moral. Com o advento da Constituição Federal de 1988 tal prática passou a ser vedada e as leis que previam essa possibilidade não foram recepcionadas pela nova constituição e, portanto, foram consideradas inconstitucionais.

A teoria do valor do desestímulo foi interpretada como balizadora do enriquecimento sem causa e esses foram os fundamentos que justificaram a redução do montante de indenizatório de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) para R\$ 20.750,0 (vinte mil setecentos e cinquenta reais).

Uma das principais discussões presentes na jurisprudência em tela é a questão da tarifação do dano moral. Os diplomas legais que estipulavam esse teto indenizatório eram: Código Brasileiro de Telecomunicações, com a Lei 4.117/1962; Código Eleitoral, com a Lei 4.737/1965; Lei de Imprensa, com a Lei 5.250/1967 e o Código Brasileiro de Aeronáutica, com a Lei 7.565/1986.⁹⁸

Por envolver questões relativas à Imprensa Brasileira, em primeira interpretação a Lei de Imprensa (5.250/1967) foi utilizada para tarifação do dano moral. Porém o Superior Tribunal de Justiça deixou claro em sua decisão que isso não é permitido desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Essa decisão se mostra nitidamente contrária à teoria do valor do desestímulo, além de não aumentar o valor indenizatório fez com que o mesmo fosse reduzido. Isso fez com que houvesse um afastamento de todos os caracteres balizadores do dano moral: o punitivo e o pedagógico.

O principal argumento utilizado foi o enriquecimento ilícito que seria invocado caso os *punitive damages* fossem aplicadas. Por esse fundamento o ofendido se tornaria milionário de uma hora para a outra e haveria um ganho patrimonial injusto.⁹⁹

Esse argumento é demasiadamente fraco para limitar a aplicação de uma teoria tão séria e importante. Ainda fundamenta absurdos como o da decisão

⁹⁸ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 120.

⁹⁹ FUERBACK, Leonardo. *As consequências jurídico-sociais da aplicação da teoria do valor do desestímulo no ordenamento jurídico pátrio*. Teresina, ano 16, n. 2766, 27 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18359>>. Acesso em: 16 set. 2014.

anterior que diminuem o montante indenizatório e desmerecem o instituto do dano moral.

Além disso, a concepção de enriquecimento sem causa vem de legislações alienígenas e não há no Brasil uma doutrina sedimentada que explique o instituto e enfoque, logo, não há que se falar em algo tão amplo como barreira.¹⁰⁰

Tanto o âmbito constitucional como o infraconstitucional viabilizam a aplicação da teoria do valor do desestímulo – Constituição Federal de 1988; Código de Defesa do consumidor de 1990 e Código Civil de 2002 – portanto, esses julgados que se colocam em contraposição não apresentam base suficiente que possa valer como obstáculo para utilização dessa teoria.

Nesse tipo de julgado estamos diante da banalização do instituto do dano moral, não é dado o devido respeito e importância à ofensa aos direitos subjetivos. Ao firmar uma posição contrária ao aumento do valor uma vez estipulado, e ainda reduzir o mesmo, o Superior Tribunal de Justiça abre caminho para que mais violações venham a ocorrer.

Apesar de dispositivos constitucionais – 5º V, X da Constituição Federal¹⁰¹ – e infraconstitucionais – 186, 927, 944 do Código Civil¹⁰² – que concretizam a necessidade da proporcionalidade entre o dano e sua responsabilidade por ele, quem sofre os reais prejuízos com decisões como essa são aqueles que tiveram sua honra e direito subjetivos violados. A merecida retaliação diante tais condutas danosas ao direito alheio não é exercida, o que resta por alimentar o sentimento de impunidade civil e banalização de importantes institutos.

E os argumentos que se mostram contrapostos e justificadores de tal orientação não são suficientes, como é o caso do enriquecimento sem causa. Além de ser uma explicação demasiadamente ampla e genérica há uma causa para o “enriquecimento” em questão, esta seria o próprio dano enfrentado.

A redução da indenização é consubstancialmente desmedida e infundada. É esse tipo de decisão que faz com que desequilíbrio relacional se perpetue e não consiga se restabelecer, em razão desse papel estar atrelado ao critério do dano moral o qual não está sendo levado em consideração.

¹⁰⁰ NANNI, Giovanni Ettore. *ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 131-140.

¹⁰¹ BRASIL, Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 05 de outubro de 1988.

¹⁰² BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 04 abr. 2014.

CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, o dano moral se mostra como um instituto de grande importância e que deve ser interpretado com o prestígio que merece. Atualmente percebe-se uma espécie de banalização e descaso, principalmente com relação aos valores indenizatórios que são fixados, restando como solução a aplicação do dano moral com a observância de todos os seus critérios e finalidades.

A responsabilidade civil tem o objetivo de retornar ao *status quo ante*, e isso faz com que as relações saiam do desequilíbrio. Torna-se fácil a quantificação quando o dano se revela material, restando clara a impossibilidade da utilização do mesmo método quanto da existência de um dano moral que atinge a honra, privacidade, nome, imagem, dentre outros direitos fundamentais intimamente ligados a subjetividade humana.

É visivelmente impossível que o montante fixado pelo magistrado leve apenas em consideração o caráter de compensação com relação ao direito violado. Não se trata de uma fixação objetiva, como é o caso dos danos materiais, a questão principal está intimamente ligada ao íntimo daquele que sofreu o dano, e portanto, merece o sentimento de vingança sendo cumprido e a certeza que tais atos danosos não ocorrerão futuramente.

A legislação civilista, consumerista, bem como a própria Constituição Federal se posicionam no sentido da implementação da teoria do valor do desestímulo. Não há nenhuma disposição legal que vede de forma expressa esse aspecto do dano moral, pelo contrário, os referidos diplomas adotam como regra a importância da indenização adequada e justa de modo a alcançar a sua finalidade precípua que é a da proporcionalidade entre a indenização e a ofensa.

Muitas são as linhas de pensamento contrárias, mas antes de qualquer precipitação que venha impor barreiras limitadoras para o ingresso definitivo dessa doutrina no direito brasileiro, é necessário que as prioridades jurídicas sejam destacadas. Por se tratar da mais eficaz possibilidade do dano moral cumprir toda a sua função social e jurídica e com isso conseguir a harmonia intersubjetiva entre os

conflitantes, se torna indubitável a necessidade e possibilidade da integração da teoria do valor do desestímulo no direito pátrio.

Fixar o valor indenizatório levando em consideração o aspecto punitivo do dano moral se mostra extremamente relevante no atual sistema jurídico brasileiro. Como demonstrado e fundamentado ao longo de todo o estudo, a viabilidade da adoção da teoria do valor do desestímulo no direito pátrio se mostrou nítida, em razão de toda a doutrina, jurisprudência e legislação possibilitarem essa concretude de um instituto já tão aceito em diversos países e que é apto a solver adversidades advindas do desequilíbrio relacional.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Léo. *Projeto de Lei n.º 276 de 2007. Altera o Código Civil, instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro.* 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARNOLD, Wald; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito Civil: responsabilidade civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 abr. 2014.

BRASIL. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor.* Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1120971/RJ. 3.º Turma. Relator: Min. Sidnei Beneti.* DJE – 20 jun. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801126537&dt_publicacao=20/06/2012> Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 401.358/PB. 4.º Turma. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1.º Região).* DJE – 16 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801126537&dt_publicacao=20/06/2012> Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 210.101/PR. 4.º Turma. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1.º Região).* DJE – 20 nov. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900315197&dt_publicacao=09/12/2008> Acesso em: 20 jun. 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CERQUEIRA, Naiara Guimarães de. *Disciplina jurídica dos punitive damages no ordenamento jurídico brasileiro*. 2010.38 f. Tese (Monografia) – Programa de graduação em Direito, Universidade UNIFACS, Bahia, Salvador, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1395/1082>> Acesso em: 04 abr. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 2. ed. São Paulo: JH MIZUNO, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FUERBACK, Leonardo. *As consequências jurídico-sociais da aplicação da teoria do valor do desestímulo no ordenamento jurídico pátrio*. Teresina, ano 16, n. 2766, 27 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18359>>. Acesso em: 16 set. 2014.

GONÇAVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JOÃO, Mayana Barros Jorge. *Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550> Acesso em: 06 abr. 2014.

KAFER, Lucas Manito. *A introdução da doutrina da punitive damages no Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-introducao-da-doutrina-da-punitive-damages-no-codigo-de-defesa-do-consumidor,35871.html#_ftnref48> Acesso em: 04 abr. 2014.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

MISAEEL MONTENEGRO FILHO. *Anais da responsabilidade civil: temas atuais*. Escola de Advocacia do Recife, Recife, 2000.

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

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Forence, 2010.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIS, Clayton. *Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais*. São Paulo: Revista Jurídica n. 231,1997.

RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. *Aplicação efetiva dos punitive damages no atual ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_2009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2013.

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

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Súmula número 7 do Superior Tribunal de Justiça, de 23 de jul. de 2004. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0007.htm>. Acesso em 04 set. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. Vol.4. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.