



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A problemática do dano moral e seu aspecto punitivo

Rafaella Villar Renha Gomes Braga

Rio de Janeiro  
2009

RAFAELLA VILLAR RENHA GOMES BRAGA

A problemática do dano moral e seu aspecto punitivo

Artigo Científico apresentado à Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro, como exigência para obtenção do  
título de Pós- Graduação.

Orientadores:

Profª Mônica Areal

Profª. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2010

## A PROBLEMÁTICA DO DANO MORAL E SEU ASPECTO PUNITIVO

**Rafaella Villar Renha Gomes Braga**

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho tem como finalidade expor uma breve noção do instituto da responsabilidade civil, bem como a problemática que envolve o dano moral na nova sistemática constitucional. Com o advento da Constituição Federal de 1988 observa-se uma nova abordagem acerca do tema, tratando de sua conceituação, sua finalidade e espécies à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da Carta Magna. O objeto principal é a análise da problemática do instituto do dano moral envolvendo a questão da possibilidade ou não dos *punitive damages* (danos punitivos) no direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Dano Moral. Conceito. Espécies. Dignidade da Pessoa Humana. *Quantum. Punitive Damages*. Aplicação. Danos Punitivos.

**Sumário:** Introdução; 1. Conceito de dano moral e o princípio da dignidade da pessoa humana.; 2. *Punitive Damages*; 3. Adequação dos danos punitivos no direito brasileiro; Considerações finais; Referências.

### INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil ganha espaço cada vez mais, seja no aspecto doutrinário seja na jurisprudência. Sabe-se que quanto maior a utilização do instituto maiores controvérsias serão formuladas ao longo de sua atuação. O objetivo desse trabalho é demonstrar a importância do referido instituto, com foco especial na problemática do dano moral e a possibilidade da sua aplicação em seu aspecto punitivo.

Com a promulgação da Carta Constitucional em 1988 passou-se a observar a proteção de princípios basilares de todo o ordenamento jurídico brasileiro, em especial o disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, a saber: o princípio da dignidade da pessoa humana. Com ele, a sistemática da responsabilidade civil sofreu alterações significativas, sobretudo no que toca aos danos extrapatrimoniais. Isto porque, além dos danos extrapatrimoniais, passaram a ser reparados os danos que violassem quaisquer dos substratos da pedra angular do ordenamento: o princípio da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, qualquer situação que atinja o direito à liberdade, integridade psicofísica, solidariedade social, o direito à igualdade, os direitos da personalidade, bem como qualquer situação jurídica relevante que viole a condição humana.

Busca-se, portanto, esclarecer a problemática acerca o dano moral sob o novo prisma constitucional. Faz-se necessário, inicialmente, apresentar a conceituação do instituto da responsabilidade civil bem como o que se entende por dano moral para trazer à tona a questão acerca do denominado dano punitivo.

A problemática do dano moral e a ênfase em seu aspecto punitivo é assunto que gera controvérsia farta tanto na doutrina como na jurisprudência. Os danos punitivos apresentam crescente atuação no direito brasileiro, sendo fundamental a sua exposição e discussão. Será apresentada uma breve exposição da origem dos *punitive damages*, como este é atribuído pelos tribunais norte americanos, uma vez que é nos Estados Unidos a sua maior seara de incidência, e como está sendo utilizado no direito brasileiro. Buscou-se também apresentar as diversas questões que se apresentam acerca desse instituto no ordenamento vigente.

## **1- O CONCEITO DE DANO MORAL E O PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

### **1.1 – NOÇÕES BÁSICAS**

O Código Civil de 2002 em seu artigo 927 esclarece que a pessoa que causar dano à outrem pela prática de ato ilícito ficará obrigado a repará-lo. Tal afirmativa consagra no ordenamento o dever de indenizar quando ocorrer o denominado ato ilícito, privilegiando o que se entende por lícito e punindo o que convém a se chamar de ilícito. Pode-se extrair do artigo 186 do Código Civil que ato ilícito implica na violação de um dever jurídico, que pode ser entendido, de acordo com CAVALIERI FILHO (2006, p. 23) como “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social.”

Dessa forma, percebe-se que existe um dever jurídico originário cuja violação implica em um novo dever jurídico, o de indenizar o prejuízo. O dever de reparar um dano decorrente da violação de um dever jurídico primário é chamado pela doutrina e pelo Código Civil de Responsabilidade Civil.

O Código Civil ao definir ato ilícito em seu artigo 186 atrelou o conceito de ato ilícito ao instituto da culpa, visto que os elementos negligência (falta do dever objetivo de cuidado por uma conduta omissiva) e imprudência (falta do dever objetivo de cuidado por uma conduta comissiva) pertencem ao instituto da culpa, o que fez gerar inúmeras controvérsias, uma vez que, a responsabilidade objetiva enseja um dever de reparar, independente de culpa.

A responsabilidade objetiva encontra-se no artigo 927 do Código Civil, estipulando que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados

em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo auto do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilidade objetiva foi fundada inicialmente na teoria do risco criado, possuindo atualmente, caráter constitucional, baseado no Princípio da Solidariedade Social. A teoria dispõe que aquele que em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas de evitá-lo. Trata-se de uma teoria mais ampla e benéfica à vítima, já que será considerado responsável aquele que realiza atividade que exponha outrem a risco, ainda que esta não seja empresarial ou lucrativa propriamente dita.

Para concluir a conceituação da responsabilidade civil, passa-se à análise dos aspectos objetivo e subjetivo do ato ilícito. O aspecto objetivo do ato ilícito leva em consideração apenas a conduta do agente, isto é, consiste no ato voluntário do agente que contraria à ordem jurídica gerando um dano e a partir deste, o dever de repará-lo. Desta forma, basta que o dano seja gerado por uma conduta contrária a ordem jurídica, que consiste na violação do dever jurídico de segurança, independente da culpa do agente.

O aspecto subjetivo por sua vez, consiste em fazer um juízo de valor sobre a conduta do agente, o que significa verificar se este agiu com dolo ou culpa contra o ordenamento jurídico. Dessa forma, o ato ilícito pode ser entendido como conjunto de pressupostos da responsabilidade civil: em sede de responsabilidade civil objetiva, o ato ilícito será apenas a conduta voluntária contrária ao ordenamento jurídico. Em sede de responsabilidade civil subjetiva, a culpa será um dos elementos a serem verificados. Isto posto, a responsabilidade objetiva funda-se na noção de risco, baseado na violação de um dever jurídico de segurança, com a finalidade de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano.

Quando o dano implica em uma diminuição do patrimônio da vítima, ou , quando atinge um conjunto de bens materiais, diz-se que esse dano é um dano patrimonial, também

denominado dano material. Este é passível de avaliação pecuniária, podendo ser ressarcido mediante restauração do *status quo ante*, isto é, através da reconstituição da situação anterior à lesão, ou por meio de uma indenização.

Neste caso, se teria a indenização equivalente ao dano propriamente causado, sendo este entendido como o valor do bem atingido, se o dano for total, ou parte do valor do bem, se o dano for parcial. Esclarece-se que o dano material não só atinge o patrimônio atual da vítima mas pode atingir também o patrimônio futuro, denominados danos emergentes e lucros cessantes.

A mensuração do dano emergente é calculado pela diferença entre o valor do bem jurídico antes de ser atingido e depois de ser atingido. Conclui-se que o dano emergente será ressarcido de acordo com as perdas e danos fundados no que a vítima efetivamente perdeu. Já os lucros cessantes implicam no que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Consiste na quebra da legítima expectativa daquilo que era esperado lucrar, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Entende-se por razoável aquilo que ocorreria pelo desenrolar dos fatos se o ato ilícito não tivesse ocorrido, apurado de acordo com um juízo de probabilidade. Esclarece-se que o lucro cessante esperado deve decorrer diretamente do dano provocado, não bastando que esse lucro seja baseado em possibilidades remotas.

## 1.2- O PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DANO MORAL

A conceituação e valoração do dano moral decorre das normas, valores e crenças presentes na sociedade. Faz-se necessário, portanto que o Direito Civil seja interpretado sob o aspecto constitucional, de acordo com os princípios consagrados na Carta Magna de 1988 para, posteriormente, conceituar e compreender o que se entende por dano moral. De acordo com MORAES (2007, p. 68) “é preciso avaliar a mudança do ponto de vista sistemático,

ressaltando que se a normativa constitucional está no ápice de um ordenamento, os princípios nela presentes se tornam, as normas diretivas para a reconstrução do sistema do Direito Privado.”

A Constituição Federal de 1988 trouxe como corolário do ordenamento jurídico o Princípio da Dignidade Humana. A inserção desse princípio se deu pela mudança de valores, sobretudo no pós guerra, quando uma visão mais humana passou a substituir o caráter patrimonial existente no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina aponta quatro movimentos em direção ao colapso do sistema positivista, o qual dava prevalência às normas codificadas e não ao seu conteúdo e colocava o Código Civil em patamar superior às diversas normas, sobretudo as de ordem pública. A primeira foi a constatação da impossibilidade de dominar os efeitos da tecnologia já que novas questões apresentaram-se relativas ao ramo do direito denominado bioética, devendo ser esclarecidos e estabelecidos pelas escolhas feitas pela sociedade.

O segundo fator que gerou conseqüências e, posteriormente, contribuiu para a constatação de que os valores humanos deveriam ser priorizados, foi a disponibilidade exacerbada de informações não verdadeiras disponíveis no mundo virtual, uma vez que, na proporção em que se aumentava o saber, crescia a consciência da própria ignorância, quebrando a idéia de segurança que havia na época.

O terceiro motivo determinante para a mudança aqui discutida trata da banalização das outras ciências frente a importância dada ao saber científico. Os outros ramos do saber, tais como o saber político, social, literário e etc, tão importantes para a formação coletiva, foram perdendo força, levando ao esfacelamento das instituições universitárias. As conseqüências levaram a reflexão no pós guerra, de conceitos, tais como direitos fundamentais, interesse público, dentre outros.



Em decorrência dessas inúmeras incertezas, o mundo de segurança ruiu , trazendo inúmeras consequências como o nazismo, onde a destruição, o racismo e a morte foram assegurados pela lei, isto é, foram legitimados, visto que não se fazia uma análise do conteúdo da normas. Após a II Guerra Mundial, viu-se a necessidade de analisar o conteúdo das normas e consubstanciar valores humanos, e é nesse aspecto que surgiu o valor, hoje, entendido como pedra angular do ordenamento jurídico – a Dignidade da Pessoa Humana.

Percebe-se, portanto, uma dificuldade quanto a conceituação do dano moral, visto que se faz mister desmistificar o que se encontra intrínseco na dignidade humana, para depois constatar em qual atributo o dano vai incidir, e como vai se dar a sua quantificação.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consubstanciado no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 tem como finalidade dar um tratamento humano às pessoas, isto é, um tratamento não degradante. Como mencionado anteriormente, esse princípio foi colocado como um dos fundamentos da República. O erro cometido por muitos implica a afirmação de que este princípio só possui o condão de oferecer garantias à integridade física do ser humano. Deve-se optar pelo entendimento de que o valor da dignidade humana alcança todos os setores da ordem jurídica.

A crítica que se faz atualmente acerca do princípio da Dignidade da Pessoa Humana é como se dará o seu alcance. As teorias atomísticas defendem uma tipificação dos direitos da personalidade segundo a qual seria digno de proteção apenas o direito da personalidade objeto de expressa menção legal. Segundo esse entendimento, ainda que se percebesse flagrante injustiça ao deixar sem tutela violação a aspecto inerente à personalidade humana, nada caberia ao intérprete senão resignar-se, negando a tutela jurídica. Ocorre, no entanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana não tutela apenas direitos subjetivos da personalidade, e sim, toda e qualquer relação jurídica que envolve o valor da personalidade humana em si, através do que os doutrinadores denominam cláusula geral de tutela humana.

Esclarece MORAES (2007, p.121) que “a personalidade não é um direito, mas um valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela”. Perfeito o entendimento doutrinário, de modo que não é possível existir um número fechado de hipóteses tuteladas pelo princípio da dignidade humana. Toda e qualquer violação à personalidade humana entendida como valor, deverá ser apreciada pelo Poder Judiciário. Atualmente na doutrina e jurisprudência tem-se diversos conceitos de dano moral, tais como o dano advindo da violação dos direitos da personalidade; qualquer violação de situação jurídica extra patrimonial; ou a violação de qualquer situação que envolva o valor inerente à pessoa humana.

Doutrinadores como Gomes e Pontes de Miranda (1996) possuem uma visão objetiva dos danos morais, ou seja, entendem que o dano moral consiste na violação a qualquer direito da personalidade. Sob este prisma o dano moral seria o constrangimento que alguém sofre em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por alguém. Esse entendimento esclarece que como os indivíduos são titulares de direitos personalíssimos que integram suas personalidades e não detêm qualquer conotação econômica, os danos aqui seriam definidos como danos morais.

Essa primeira corrente busca proteger os direitos da personalidade, defendendo o alargamento deles. No entanto, esses direitos foram ampliados cada vez mais, de modo que acarretou na incerteza quanto a relação ao que deve ou não ser tutelado. Como consequência, surgiu a idéia de especificar os novos direitos subjetivos da personalidade.

Uma segunda corrente doutrinária defendida por Dias (2006), Caio Mário (1999) e Monteiro Filho (2000) e predominante na doutrina e jurisprudência, entende que o dano moral, nada mais é, do que o efeito não patrimonial da lesão, isto é, não se limitam os casos de dano moral à violação dos direitos da personalidade. Consiste, portanto, em uma visão

subjetiva, cuja lesão atinge a esfera psíquica do indivíduo, causando-lhe dor ou sofrimento passível de reparação.

A concepção mais acertada parece ser a tese que faz distinção entre os danos morais subjetivos e objetivos. Os primeiros seriam os males sofridos pelo indivíduo na sua esfera psíquica, sujeita a dor ou sofrimento. Já os danos morais objetivos seriam aqueles ligados a violação dos direitos da personalidade. Em segundo lugar, deve-se entender que dano moral é qualquer violação à dignidade da pessoa humana. Objetiva-se, portanto, defender a noção de dano moral ligado à máxima garantia à pessoa humana, como base na cláusula geral de tutela da pessoa humana, já mencionada.

BERNARDO, WESLEU DE OLIVEIRA LOUZADA (2005) esclarece que “surge uma terceira corrente, que vê no dano moral a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana. Se não reconhece um direito subjetivo à dignidade humana reconhece o princípio da dignidade humana como ápice do ordenamento”. É válido ressaltar que, a mera tristeza, dor, humilhação entre outros, devem ser intensas, a fim de se distinguir dos meros aborrecimentos do cotidiano, para se configurar o dano moral.

Cabe, por oportuno, frisar que não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação. Apenas as situações graves suficientes para ferir a dignidade humana em seus diversos aspectos.

## 2 - PUNITIVE DAMAGES

### 2.1 – BREVE HISTÓRICO

A reparação punitiva só é cabível nas hipóteses em que, para a fixação do *quantum*, leva-se em consideração o grau de culpa do agente. Isto porque, estar-se-ia analisando a conduta do agente subjetivamente, ou seja, como forma de gradação de indenização, com vistas a estabelecer uma punição do ato.

Cumpre, *a priori*, um breve histórico acerca da culpa, para que seja possível a análise do aspecto punitivo do dano moral.

A idéia de imputação da responsabilidade surgiu segundo Moraes (2007), com o direito romano, no preceito *neminem laedere*, isto é, não causar lesão a ninguém. Este conceito ingressou na Idade Moderna com a Igreja Católica. Neste ramo do direito, fazia-se a diferenciação do que era pecado e salvação. O pecado consistia em qualquer violação de direitos, e a salvação era o objetivo principal da Igreja para com os seus seguidores. Cabia, então, a Igreja à cuidar que seus “fíéis” não violassem direitos e analisar a conduta dos mesmos sob o prisma de suas intenções, fazendo gradações entre o pecado leve e o grave. As conseqüências eram determinadas de acordo com o pecado, isto é, se o pecado cometido era leve ou grave. Desta forma, a punição era com base na conduta do agente, isto é, na culpa.

Até meados do século XVIII, a idéia central era a satisfação do ofendido e a punição do ofensor. O artigo do Código Civil Francês vinculou a reparação dos danos à relação de causalidade, de modo que qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano.

Desta forma, o referido artigo não determinava seu alcance, sua medida, hipóteses, quantidades, etc. As decisões dadas eram subjetivas, visto a ausência de critérios. Depois de

muitas controvérsias, a extensão da causalidade foi determinada pela idéia de que se é responsável por aquilo que se causa de livre e espontânea vontade, ou seja, quando houvesse vontade, o dano deveria ser reparado. O conceito de culpa era decorrente da manifestação de vontade, donde surgia o dever de condenar o agente. Não havia gradações de culpa. Era a chamada concepção subjetiva ou psicológica da culpa sendo considerado como aspecto essencial para a construção do conceito a manifestação de vontade, livre e consciente – um consequente juízo moral de condenação da ação praticada.

A crítica que se faz aqui é que o dever jurídico violado seria decorrente de lei ou contrato, o que nem sempre ocorre.

Ao contrário da concepção subjetivista ou psicológica, surgiu em meados do século XX, a concepção normativa da culpa. Essa teoria afirma que, na ausência de contratos ou leis, existe um dever genérico de não lesar ninguém, conforme mencionado, o chamado *neminem laedere*. Assim, existiria um dever genérico de conduta pautado na boa-fé e na diligência média.

A concepção normativa da culpa não guarda qualquer vinculação a um juízo punitivo. A reparação do dano dar-se-ia pela proporção da conduta para com o dano. O caráter punitivo, no que tange a fixação da reparação dos danos morais, surgiu no direito anglo-saxão, aplicados com mais frequência nos Estados Unidos. Iniciou-se em casos de lesões pessoais, causadas intencionalmente, onde o juiz condenava o réu ao pagamento a título de danos punitivos, isto é, o pagamento feito pelo ofensor era uma forma de castigá-lo, uma forma de punição. A tese ganhou força e, atualmente, é aplicado principalmente em casos em que estão envolvidas relações de consumo.

## 2.2 -OS DANOS PUNITIVOS NOS ESTADOS UNIDOS

Conforme dito anteriormente, os danos punitivos nos Estados Unidos, atualmente têm sido alvo de muitas críticas, visto a ausência de critérios jurídicos, sendo a lógica de mercado e o arbítrio do júri a base para a quantificação da parcela punitiva.

O procedimento para a fixação e quantificação dos danos punitivos nos Estados Unidos é feita de forma a privilegiar a atuação do júri. Inicialmente, cabe ao júri decidir se é devido ou não a fixação dos danos punitivos. Nessa fase, não existem critérios jurídicos a serem observados. A decisão é puramente arbitrária. Portanto, receber os danos punitivos não é direito subjetivo, isto é, não é dever do júri fixar os mesmos, exceto quando há prova e alegações suficientes, caso em que o júri estará obrigado a fazê-lo. Via de regra, em casos em que estejam envolvidos inadimplementos contratuais, também não cabe os danos punitivos, salvo aqueles em que envolver o dolo ou negligência grave.

Após a decisão do júri que concede ou não a imposição dos danos punitivos, cabe aos jurados a função de fixar o *quantum*. Segundo MORAES (2007), com relação à quantia a ser fixada, existe consenso no júri sobre o grau de culpa do ofensor, a fim de que aquela conduta não ocorra novamente. Nesta fase também não havia parâmetros. O *quantum* era decidido pelo júri de forma “livre” apenas levando em consideração o grau de culpa do ofensor, que conforme dito, ocasionava reparações absurdas.

Devido às fortes críticas decorrentes das reparações destoantes e à falta de critérios razoáveis para decidir e fixar o *quantum*, somente no caso BMW of North America INS VS. Core, em 1996, que a Suprema Corte decidiu orientar as demais cortes quanto à fixação e quantificação dos danos punitivos.

O caso tratava do autor que adquiriu um automóvel BMW no valor de U\$ 40.751,88 e que, em alguns meses depois, percebeu que algumas partes do carro haviam sido repintadas, informações estas que não lhe foram fornecidas e o automóvel lhe tinha sido vendido como novo. O adquirente resolveu mover ação em face da BMW, que alegou que só são vendidos

como usados os veículos que tivessem reparos no valor acima de 3% (três por cento) do preço do veículo, o que, segundo a BMW, não foi o caso.

O Tribunal de Birmingham condenou a BMW a título de danos compensatórios no valor de U\$ 4.000,00 e o júri condenou a no valor de U\$ 4.000,00 a título de *punitive damages*, fundamentando sua decisão no argumento de que a BMW teria incidido em omissão fraudulenta.

A BMW recorreu para a Suprema Corte do Estado de Alabama quanto ao valor dos *punitive damages*, argumentando de que sua política estava de acordo com as regras adotadas em 25 estados da Federação. A Suprema Corte do Estado do Alabama reduziu o valor da reparação para fixar em U\$ 2.000,00 sustentando que o júri teria se equivocado em fixar o valor com base na venda com base na venda dos veículos em todo o país e não, nos Estados Membros que adotam a referida legislação de venda de veículos com reparos de até 3% do valor do automóvel como novo.

A BMW recorreu então à Suprema Corte Norte Americana, que aceitou analisar o caso pelo fato da indenização ser excessiva. Esta decidiu ficar parâmetros para orientar os demais Tribunais locais, alegando que a excessiva indenização viola o devido processo legal. Considerou, portanto, três diretrizes para a fixação do *quantum dos punitive damages*, a saber: o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor, a relação entre os danos compensatórios e o valor do danos punitivos; a diferença entre os valores dos danos punitivos concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

A partir desse julgado, a imposição dos danos punitivos e a fixação do *quantum* destes vêm sofrendo limitações de acordo com esses parâmetros. É válido ressaltar que a estipulação de um valor como teto das reparações a título de *punitive damages* continua a ser inconstitucional, mas a sua fixação passou a ter balizamentos, o que autorizaria a sua revisão, se fosse o caso.

Ainda assim, há quem critique o sistema dos *punitive damages* nos Estados Unidos. MORAES (2007) esclarece que embora exista consenso entre jurados no que tange a reprovação da conduta, esta não existe no que se refere à atribuição do valor pecuniário, visto que, segundo eles, o júri não faz distinção entre a função punitiva e a preventiva. Desta forma, o que seria adequado, seria reduzir a competência do júri, atribuindo a função valorativa a órgãos técnicos ou ao juiz togado. O júri atuaria, apenas, enquadrando o caso ora em questão a outros casos já julgados, de acordo com precedentes e a analogia.

### 2.3 - DAS CONTROVÉRSIAS ACERCA DOS PUNITIVE DAMAGES

Os chamados *punitive damages* recebem diversas nomenclaturas, tais como *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart Money*, segundo MARTINS e PARGENDLER. O conceito de dano punitivo pode ser entendido como o acréscimo à reparação de um valor extra como multa civil, inflingindo ao causador do dano uma pena, que teria duplo sentido: pretérito buscando punindo o agressor e, principalmente futuro, com fulcro de desestimular o agressor e todos aqueles que tomarem conhecimento da decisão, inibindo a prática reiterada de atos da mesma natureza.

Desta forma, percebe-se que os danos punitivos consistem em um valor acrescido à parcela concedida a título de danos compensatórios e que possuem dois aspectos, a saber: o de punição e o de prevenção.

Muitos doutrinadores são adeptos dessa teoria, tais como Sergio Cavaliere Filho, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Caio Mário. CAVALIERI FILHO (2007, p.117) esclarece que a “indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda nos casos em que o agente obtiver lucro com ato ilícito”.



Os argumentos a favor dos danos punitivos são muitos. O primeiro deles é que a compensação do dano sofrido só seria efetivamente efetuada nas vítimas de classes mais baixas, visto que o objetivo da compensação é de propiciar um alívio do sofrimento obtido através da pecúnia. Assim, se a vítima for rica, não será compensada, isto é, reparada, uma vez que, a reparação será um valor insignificante para aliviar seu sofrimento.

Desta forma, a reparação teria natureza dúplici: a compensatória e a punitiva.

O segundo argumento, exposto por MORAES (2007) ao citar Sergio Cavalieri Filho é a teoria do desestímulo. Essa teoria consiste em conscientizar o ofensor para que este não repita a atitude lesiva. É importante salientar que, para esta teoria, deve-se atentar para que o fato do valor inibidor da conduta do ofensor não fere enriquecimento ilícito para a vítima.

Há quem faça distinção entre a função punitiva e a função preventiva, atribuindo a esta última o seu caráter utilitarista, no sentido de punir o ofensor para evitar possíveis ofensas futuras.

BERNARDO (2005, p. 175) afirma que “ em alguns casos a reparação não será capaz de penalizar suficientemente o ofensor, podendo, inclusive, servir-lhe de estímulo para o cometimento de novo atos da mesma natureza, o que torna necessário acrescentar-se um plus ao valor indenizatório”.

A jurisprudência brasileira vem admitindo o caráter punitivo nas reparações de danos morais, ao dispor que o valor da reparação deve se dar de acordo com o grau de culpa do agente e a condição econômica as partes. O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que deve-se procurar desestimular o ofensor a repetir o ato, sendo certo que a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros. (Recurso Especial 246258 SP, 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 18.04.2000).

Tecidas as considerações acerca dos argumentos a favor da parcela punitivo no *quantum* reparatório do dano moral, cabe apresentar as críticas apresentadas pela doutrina.

Primeiramente, observa-se que o dano punitivo é um instituto misto, visto que se encontra em patamar intermediário entre o direito civil e penal. Se de um lado quer-se punir o agente (aspecto do Direito Penal) por outro isso é feito por meio de uma pena pecuniária, instituto fundamentalmente do Direito Civil. Em outras palavras, trata-se de uma figura anômala, intermediária entre o Direito Civil e o Direito Penal.

Faz-se necessário mencionar a falta de critérios de como a reparação vai ocorrer. Ao juiz será atribuído um grau de subjetividade exagerado, visto que não existem parâmetros para se basear quando da quantificação. Os julgados em que se aceita o dano punitivo têm se baseado nos critérios da gradação de culpa e do nível econômico do ofensor, levando em consideração quem efetivamente praticou o dano e não o dano em si mesmo. Deixa-se a fixação do *quantum* reparatório ao arbítrio do juiz, sem critérios de balizamento, corre-se o risco de violar o princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Mais adiante, observa-se que, em alguns casos, será possível a configuração do *bis in idem*, sendo este mais um obstáculo enfrentado pelos *punitive damages*. Existem diversas situações em que as ações ensejadoras do dano podem ser punidas, também, em sede criminal. O ofensor estaria sendo punido duplamente, tanto no âmbito penal, quanto na esfera cível ao se adicionar uma parcela ao *quantum* devido a título de punição.

Ademais, faz-se forçoso trazer à baila a crítica feita por MORAES (2007), ao afirmar que a única possibilidade de recurso à máxima instância, ou seja, Superior Tribunal de Justiça – STJ, é para discutir o valor arbitrado. Existe uma tendência do STJ em apreciar casos em que a indenização fixada é abusiva ou irrisória.

Traz-se ainda, o problema quanto aos danos punitivos nos casos de indenização por fato de terceiro. Nestas hipóteses, o responsável não é o causador do dano. A pena, dessa

forma, passaria da pessoa do ofensor, violando o princípio constitucional da intranscendência da pena.

Por fim, subsiste o argumento no que se refere ao enriquecimento ilícito. Dar a vítima valor maior do que efetivamente o dano a causou configuraria hipótese de enriquecimento ilícito, visto que a punição no ofensor, em tese estaria beneficiando a sociedade como um todo, e não apenas a vítima.

### **3 - DA ADEQUAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS AO DIREITO BRASILEIRO**

A partir da análise dos contrapontos que versam sobre os danos punitivos, deve-se entender serem os mesmos cabíveis quanto aos casos que versam sobre a coletividade ou interesses difusos, tais como nas relações de consumo ou ambientais, ou quando a prática da conduta ilícita seja reiterada ou habitual, de forma que a atividade ilícita seja mais lucrativa do que o ressarcimento do dano.

Apresenta-se, à título de exceção, a adoção de figura semelhante ao dano punitivo no ordenamento jurídico quando for imprescindível dar uma resposta à sociedade. Da mesma forma, deve-se aceitar o dano punitivo quando for hipótese de Dano moral oriundo de situações potencialmente causadores de lesões a um grande número de pessoas, observados nos direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos.

Também seriam causas que ensejariam os danos punitivos os casos em que o dano constitui lucro para o ofensor, como por exemplo, os danos causados por veículos de comunicação, em que a venda da notícia se mostra mais lucrativa do que o dano em si.

Ademais, seria indispensável lei que autorizasse a fixação dos danos punitivos, bem como seus critérios de fixação. A parte da sentença que fixar os danos punitivos deve ser destacada, a fim de garantir o uso efetivo do direito de recurso.

Atenta-se que o valor a ser atribuído a título de danos punitivos devem ser revertidos a fundos especificados, conforme prevê o artigo 13 da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), uma vez que visa a beneficiar um número maior de pessoas, e não apenas a pessoa do ofendido, o que implicaria inevitavelmente, em enriquecimento ilícito. Dessa forma, a aplicação do instituto dos danos punitivos estaria em consonância ao resto do ordenamento jurídico vigente, atendendo as previsões da Lei 7347/85, atendendo e beneficiando um número maior de pessoas, pelo depósito de condenações em fundos já estipulados por lei.

Cabe mencionar no momento, a posição de AZEVEDO (2004) que, apesar de não parecer a melhor alternativa no que tange à destinação da verba dos danos punitivos, traz uma outra solução. Os valores deveriam ser destinados às vítimas do evento danoso, uma vez que, foram esses, de fato, que trabalharam para que a reparação fosse obtida, tanto em prol dele próprio, como em prol da coletividade. Assim, só seriam destinados aos fundos quando quem ingressasse com a ação fosse o Ministério Público.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho abordou os aspectos gerais do instituto da responsabilidade civil, em especial a sua transformação após a Constituição Federal de 1988. Pretendeu-se expor uma visão constitucional do tema, correlacionando-o a pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da dignidade da pessoa humana (presente no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988).

A responsabilidade civil, diante da nova perspectiva ensejou uma série de controvérsias no que tange ao seu conceito, legitimidade e finalidade, principalmente, devido ao aumento das hipóteses ensejadoras do dano moral.

O dano moral no que se refere ao seu conceito, pode ser compreendido como qualquer violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ao revés do que muitos doutrinadores e jurisprudência que até hoje conceituam o dano moral como qualquer dor, vexame, humilhação ou como violação de um direito subjetivo do indivíduo, pretende-se, atualmente, tutelar qualquer substrato da pessoa humana, ou seja, qualquer situação que retire ou negue essa condição humana. Portanto, não é necessário que seja violado direito subjetivo da parte ou que a vítima tenha sofrido mero aborrecimento, mas é fundamental que o dano sofrido tenha lesado qualquer substrato da dignidade humana.

Solucionada a questão no que tange ao conceito de dano moral, outra controvérsia suscitada foi quanto à relação à atribuição do *quantum*. Vale ressaltar que a extensão do dano deve ser vista em seus diversos seguimentos, tais como a sua duração, sua repercussão no meio social da vítima, se do dano adveio o evento morte e se o dano terá a finalidade precípua: o caráter meramente compensatório.

Desta forma, se o dano foi de caráter permanente, ensejou grande repercussão no meio social da vítima ou em âmbito nacional e se decorreu morte, deve o magistrado ao avaliar essas condições estabelecer maiores reparações.

No que tange ao dano moral, conclui-se que este deve ter apenas o caráter compensatório, sob pena de a vítima obter enriquecimento ilícito e do ordenamento jurídico ter em seu seio a chamada “indústria do dano moral”.

Admite-se, portanto, o caráter punitivo apenas nos danos que visem prevenir que toda a coletividade seja afetada por tal tipo de dano, tais como nas relações de consumo e no âmbito do Direito Ambiental. Sabe-se que os danos punitivos, de acordo com o exposto no

presente trabalho, possuem duas finalidades: a de punir o ofensor de acordo com o seu grau de culpa na configuração do dano e prevenir para que esses tipos de dano não ocorram mais na sociedade.

Ademais, uma vez admitido os danos punitivos nestas hipóteses, é necessário que se tenha previsão legislativa admitindo os danos punitivos e em que casos serão cabíveis, e que a reparação a esse título seja destinada a fundos especificados pela lei.

Por fim, convém assinalar que o magistrado deve destacar a parcela a título de danos punitivos na sentença, com o fulcro de possibilitar maior controle sobre suas decisões.

#### **REFERÊNCIAS:**

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social, *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, n. 19, p.211-218, 2004.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano Moral: Critérios de Fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Judith Costa; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da FUNÇÃO Punitiva. *Revista CEJ*. Brasília, nº 28, p.15-32, jan./mar.2005.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo . *Elementos de Responsabilidade Civil por dano moral*. Rio de Janeiro. Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade objetiva. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 854, p.11-37, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, nº 816, p. 733-752, out. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Temas de Direito Civil*, Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, v.6, p. 63-81, 2001.