

Indenização Punitiva

André Gustavo Corrêa de Andrade
Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor da EMERJ.

1. O PAPEL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. REPARAÇÃO, PREVENÇÃO E PUNIÇÃO

É tradicional em nosso direito a idéia de que a função da responsabilidade civil se limita à reparação o dano. Em não sendo possível a reparação *in natura* do dano, busca-se ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima ou compensar seu dano através de um equivalente ou sucedâneo pecuniário.

Na dicção do art. 944 do nosso Código Civil: "A indenização mede-se pela extensão do dano." A preocupação, portanto, é exclusivamente com a figura da vítima, cujo dano se busca apagar ou ao menos minorar. Não importa a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade da sua culpa, a sua fortuna, o proveito por ele obtido com o ilícito ou quaisquer outras circunstâncias que a ele digam respeito. Estabelecida a responsabilidade, o valor da indenização é medido somente pela extensão do dano ou prejuízo.

Por esse ângulo, a responsabilidade civil é axiologicamente neutra, pois não permite nenhuma graduação no que se refere ao desvalor da conduta ofensiva. A simples reparação do dano não considera a maior gravidade da conduta.

Esse é o papel tradicional, a visão clássica da responsabilidade civil no Direito brasileiro.

Essa forma de encarar a responsabilidade civil tem-se modificado nos últimos tempos, principalmente após a Constituição de 1988.

Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado como uma *mudança de paradigma*, representada pela idéia de que, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalida-

de, a indenização deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional.

O “paradigma reparatório”, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como se dá, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes, de natureza reparatória e/ou compensatória; ou quando o ofensor se mostra indiferente à sanção reparatória, vista, então, como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática.

Essa “crise” do paradigma reparatório leva o operador do direito a buscar a superação do modelo tradicional. Superação que não se traduz, por óbvio, no abandono da idéia de reparação, mas no redimensionamento da responsabilidade civil, que, para atender aos modernos e complexos conflitos sociais, deve exercer várias funções.

Ao lado da tradicional função de reparação pecuniária do prejuízo, outras funções foram idealizadas para aquela disciplina. Avulta, atualmente, a noção de uma responsabilidade civil que desempenhe a função de *prevenção de danos*¹, forte na idéia de que mais vale prevenir do que remediar. Conforme salienta Ramón Daniel PIZARRO: “Tanto do ponto de vista da vítima quanto do possível responsável, a prevenção do dano é sempre preferível à sua reparação. O tema assume especial relevo em matéria de danos causados como consequência de uma lesão a direitos personalíssimos, como a intimidade, a honra ou a imagem.”

¹ Observa Matilde Zavala de GONZALEZ (Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños, p. 417) que: “Em obras tradicionais sobre responsabilidade por danos estudavam-se os seus pressupostos, com algum descuido sobre as consequências práticas no atinente à prevenção do dano. Isso se explica em boa medida pela circunstância de que atualmente os riscos de danos se têm elevado a níveis antes não concebidos.” A preocupação da responsabilidade civil com a prevenção do dano é destacada por Geneviève Viney (VINEY, G.; JOURDAN, P. *Traité de Droit Civile. Les effets de la responsabilité*, p. 18), que reconhece que: “A priori, a idéia de reparação, que domina o direito da responsabilidade civil, orienta-o em relação ao passado. Cuida-se em princípio de fornecer um remédio para um dano já consumado.” Observa a autora, entretanto, que “para certos danos, como, por exemplo, os conflitos de vizinhança, a concorrência desleal, os atentados aos direitos reais ou aos direitos da personalidade, esta ótica se afigura insuficiente. Percebeu-se que, a par da reparação de manifestações passadas do dano, deve ser levado em consideração o futuro, a fim de impedir o prosseguimento ou a renovação dos danos constatados.”

Do mesmo modo, cresce a idéia, em países de tradição romanística, de uma função *punitiva* da responsabilidade civil.² A *indenização punitiva* surge como instrumento jurídico construído a partir do *princípio da dignidade humana*, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A idéia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, responderia a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico.

Todavia a noção de indenização punitiva, porque distanciada de nossa tradição jurídica mais recente, ainda encontra considerável resistência de uma parte da doutrina, que tem apresentado várias objeções, algumas de caráter científico, outras, no entanto, carregadas de apelo emocional e motivadas pelo temor da repercussão que o instituto pode provocar nas relações socioeconômicas.³

Pretende-se demonstrar que a idéia da indenização punitiva é coerente com os princípios que informam o nosso Direito e constitui um mecanismo consistente e apto à consecução dos fins para ele almejados.

Antes, porém, cabe uma breve nota acerca da doutrina dos *punitive damages* no Direito norte-americano, onde o instituto encontrou maior desenvolvimento.

2. A DOUTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

A idéia de imposição de uma pena privada como resposta jurídica ao ato ilícito remonta ao Direito Romano. A par de instrumentos tipicamente ressarcitórios, que tendiam ao restabelecimento da

² Ver, por todos, CARVAL, Suzanne. *La Responsabilité Civile dans sa fonction de peine privée, passim*; e STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la Responsabilité Civile considéré en sa double fonction de garantie et de peine privée, passim*; ver, também, PIZARRO, Ramón Daniel, que menciona a "face punitiva" da responsabilidade civil (*Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, p. 187); e Encarna ROCA, que fala em uma "função sancionadora" (*op. cit.*, p. 24).

³ O exame dessas objeções (pelo menos das mais freqüentes ou relevantes) é feito em nossa obra *Dano moral e indenização punitiva – os punitive damages na perspectiva do common law e na experiência do Direito brasileiro*.

situação jurídica anterior à lesão, a vítima do dano dispunha das *actiones poenalis* privadas, através das quais buscava a punição do responsável com a imposição de sanções pecuniárias que chegavam até o quádruplo do prejuízo estimado. O foco, nesses casos, era voltado mais para o comportamento do agente do que para figura da vítima ou para o dano por esta sofrido.⁴

Nos países integrantes da denominada “família romano-germânica”, que, como o nome indica, tem sua origem na Europa Continental, acentuou-se a divisão dos instrumentos ressarcitórios e punitivos. Já nos países integrantes da chamada “família do *common law*”, integrada pelo Direito Inglês e, com algumas exceções, pelos Direitos dos demais países de língua inglesa, essa divisão foi sensivelmente relativizada.

É largamente difundido, no Direito norte-americano, o entendimento de que o *tort law*⁵ tem por finalidade não apenas a reparação ou compensação do dano ocorrido, mas também a *prevenção de danos futuros*.⁶ A idéia de que a responsabilidade civil atuaria como *fator de dissuasão (deterrence)* de certos ilícitos é recorrente na doutrina e na jurisprudência.⁷ Margareth Brazier e John Murphy observam que: “A imposição de responsabilidade civil opera não simplesmente para transferir os prejuízos relevantes da vítima para o ofensor mas também para impedir a conduta ilícita em questão.”⁸

⁴ Sobre a pena privada, seu funcionamento na tradição romanista e seu ingresso na tradição anglo-saxônica, ver o notável artigo de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler intitulado “Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)”, in Revista CEJ, número 28, março/2005, p. 17-21.

⁵ Ramo do Direito que cuida da responsabilidade civil. O vocábulo “*tort*” vem do latim *tortus*, part. p. de *torqueo*: torcido, entortado, torto; tortuoso, sinuoso (SARAIVA, F. R. dos Santos. Dicionário latino-português, p. 1211). Da raiz latina originaram-se, na língua inglesa, os vocábulos *torture*, *retort*, *distort*, *contortion*. Em francês, o vocábulo é empregado com o sentido de erro, falta de razão (*avoir tort*) ou prejuízo (*réparer un tort*). O Blacks Law dictionary, p. 1.496, define o *tort* como: “Um ilícito contra o qual o remédio usualmente vem sob a forma de indenização.” No original: “A civil wrong for which a remedy may be obtained, usu. in the form of damages.” O vocábulo *tort*, empregado no vocabulário comum do passado como sinônimo de *wrong*, é hoje utilizado quase que exclusivamente em sentido jurídico (ver KEETON, W. Page *et alii*. Prosser and Keeton on Torts. 2001, p. 2)

⁶ Conforme Edward Kionka: “A responsabilidade civil tem três funções básicas ou objetivos: (1) compensar as vítimas pelos danos ou prejuízos resultantes da conduta alheia; (2) imputar o custo dessa compensação àqueles que, por justiça, devem com ele arcar; (3) prevenir futuras perdas e danos.” (KIONKA, E. J. *Op. cit.*, p. 5).

⁷ Observam Dan B. Dobbs e Paul T. Hayden que: “A jurisprudência e a doutrina quase sempre reconhecem que outra finalidade do *tort law* é dissuadir certos tipos de conduta, responsabilizando-as quando causem dano.” (DOBBS, D. B.; HAYDEN, P. T. *Torts and compensation*, p. 6).

⁸ BRAZIER, Margareth e MURPHY, John. *Street on torts*, p. 14.

Entram em cena, então, os *punitive* ou *exemplary damages* como instrumento utilizado pelas cortes de justiça para ensinar que “*tort does not pay*”⁹, dissuadindo o causador do dano e outras pessoas de praticar condutas lesivas.

Os *punitive damages* constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*,¹⁰ quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria. Por conseguinte, segundo Linda Schlueter e Keneth Redden, ficam de fora do âmbito dos *punitive damages*, as condutas lesivas decorrentes de ignorância (*ignorance*), culpa simples (*mere negligence*) ou engano (*mistake*).¹¹

Vários são os vocábulos empregados nos diversos diplomas legais “*statutes*” e nos julgados “*precedents*” para identificar as condutas lesivas passíveis de imposição de *punitive damages*. Frequentemente são empregados os adjetivos “*willful*”, “*wanton*” ou “*reckless*”, que apresentam considerável ambigüidade, pois podem servir para fazer referência a um ato voluntário ou intencional, a uma conduta que demonstra indiferença para as possíveis consequências lesivas e, ainda, a um comportamento culposos que demonstrá grande falta de cuidado para com a segurança de outrem.¹² Frequentemente, também, é o emprego da expressão *gross negligence*, que pode ser traduzida como culpa grave. Outras expressões frequentemente utilizadas em leis estaduais e julgados americanos para caracterizar uma conduta passível de *punitive damages* são: “*oppression*”, “*fraud*” e “*malice*”.

Não estão os *punitive damages* restritos aos casos de dano moral (*non-economic damages*). O propósito geral dessa espécie de indenização é o de *punir* o ofensor, estabelecendo uma sanção

⁹ Em uma tradução livre, “O ilícito não compensa”.

¹⁰ Os *compensatory damages* correspondem à nossa tradicional indenização reparatória ou compensatória, pois visam a restabelecer a situação patrimonial que a vítima apresentava anteriormente ao dano. A medida dessa indenização é o dano comprovadamente sofrido pela vítima.

¹¹ SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Punitive damages*. V. 1, p. 20.

¹² KEETON, W. P. *et alii*. *Op. cit.*, p. 212.

que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de *dissuadir* comportamentos semelhantes por parte de terceiros.

Os *punitive damages* são, em maior ou menor extensão, admitidos em 45 dos 50 estados americanos. Em alguns estados vêm previstos em lei,¹³ em outros têm sua origem no *common law*. Como regra geral, não acolhem os *punitive damages* os Estados de Massachusetts, Nebraska, Washington, New Hampshire e Louisiana.

Os valores das indenizações estabelecidas a título de *punitive damages* nos Estados Unidos da América têm sido objeto de acirrada controvérsia entre partidários e opositores da *tort reform*. Os primeiros sustentam que os montantes indenizatórios estão “fora de controle”, o que é atribuído, de um lado, a um excessivo poder discricionário entregue ao júri, e, de outro, à falta de preparo dos jurados para estabelecer esses valores. Convencidos do acerto desses argumentos, muitos estados americanos têm fixado limites aos *punitive damages*.¹⁴

O âmbito de aplicação dos *punitive damages* é variado, alcançando praticamente todas as áreas da responsabilidade civil, com destaque para os casos de responsabilidade civil de produtores e fornecedores por danos decorrentes de produtos defeituosos (*product liability*), ofensa à honra (*defamation*), erro médico (*malpractice*), danos em acidentes de trânsito (*Transportation injuries*). A indenização punitiva tem sido aplicada, também, em casos variados de ilícitos intencionais (*intentional torts*), em casos de responsabilidade

¹³ É o caso da Califórnia, que estabelece em seu *Civil Code*, 3294. (a): “Em uma ação fundada no descumprimento de obrigação não derivada de contrato, quando estiver comprovado por provas claras e convincentes que o réu atuou com opressão, fraude ou malícia, o autor, em adição à indenização reparatória, pode fazer jus a uma indenização que exerça a finalidade de exemplo e tenha o propósito de punir o réu.”

¹⁴ O *Code of Alabama*, por exemplo, estabelece que os *punitive damages* não podem exceder certos limites. Em sua *Section 6-11-21 (a)* prevê que: “(...) nenhuma indenização a título de *punitive damages* excederá três vezes os *compensatory damages* ou quinhentos mil dólares (US\$ 500,000), o que for maior.” No item (d) do mesmo dispositivo, esse limite é aumentado para um milhão e meio de dólares em caso de ações fundadas em danos corporais; No *Colorado Statute, Section 13-21-102 (1) (a) (3)*, os *exemplary damages* não podem exceder o valor dos *compensatory damages*, exceto se caracterizado que o agente, no curso da ação, persiste em seu comportamento lesivo ou agrava o dano, caso em que o montante pode chegar a três vezes o valor dos *compensatory damages*. Em New Jersey, o *Punitive Damages Act, N.J.S.A. (2A:15-5.14)*, estabelece o limite de US\$ 350,000 para os *punitive damages* ou cinco vezes o montante dos *compensatory damages*. Esse limite não se aplica a casos que envolvam crimes de preconceito, discriminação, resultados de teste de AIDS, abuso sexual ou motoristas embriagados (2A:15-5.14). Outros estados trazem regras semelhantes, com variações em relação ao teto das indenizações e às situações em que o teto é aplicável.

de de profissionais em geral (*liability of the professional*), fraude (*fraud* ou *misrepresentation*), invasão de privacidade (*invasion of privacy*), assédio sexual (*sexual harassment*), dentre outros.

3. A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS. A DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL. TESE MISTA OU FUNCIONAL

Prepondera na doutrina e na jurisprudência brasileiras o entendimento de que a indenização pelo dano moral não cumpriria apenas o papel de compensação pelo dano ou de satisfação concedida à vítima. A doutrina, em sua maioria, acentua a existência de uma *dupla função* da indenização do dano moral: do lado da vítima, atuaria como compensação pelo dano sofrido; voltados os olhos para o ofensor, funcionaria como uma pena pelo dano causado.

Nessa linha de entendimento, Caio Mário pondera que na indenização por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: "I) *punição* ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma *satisfação* de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material (Mazeaud e Mazeaud, ob. cit., nº 419; Alfredo Minozzi, *Danno non patrimoniale*, nº 66) o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança (Von Tuhr, "*Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*", I, § 106, *apud* Sílvio Rodrigues, *in loc. Cit.*). A isso é de acrescentar que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima."¹⁵

Orlando Gomes reconhece que a indenização do dano moral exerce a função de *expição*, em relação ao culpado, e a função de *satisfação*, em relação à vítima.¹⁶ O pagamento da soma em dinheiro, no magistério do autor, "é um modo de dar satisfação à vítima, que, recebendo-a, pode destiná-la, como diz

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 338.

¹⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 330.

Von Thur, a procurar as satisfações ideais ou materiais que estime convenientes, acalmando o sentimento de vingança inato no homem".¹⁷

Essa "dupla face" da indenização do dano moral é apontada por Sergio Cavalieri Filho, que enxerga, ao lado da finalidade satisfatória, uma função punitiva para essa indenização: "Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as conseqüências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava "substituição do prazer, que desaparece, por um novo". Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de *pena privada* em benefício da vítima".¹⁸

Na lição de Carlos Alberto Bittar, partidário da atribuição de "valor de desestímulo" à indenização do dano moral: "Deve-se, em qualquer hipótese, ter presentes os princípios básicos da satisfação integral dos interesses lesados e da estipulação de valor que iniba novas investidas, como balizas maiores na determinação da reparação devida."¹⁹

Antonio Jeová Santos pondera que a questão deve ser vista por dois ângulos diversos: "A reparação do *dano moral* é vista pela vítima como ressarcitória e sob o enfoque do autor do ilícito, como uma sanção. Por isso, o afastamento de qualquer dogma que aprisione em camisa-de-força critérios apriorísticos que parecem puros. Daí o caráter dúplice que deve revestir a reparação do *dano moral*."²⁰

¹⁷ *Ibidem*, p. 331.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil, p. 96.

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais, p. 225.

²⁰ SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável, p. 164.

Cahali alude a uma função tríplice da indenização do dano moral, destacando, da função punitiva, a finalidade preventiva. Segundo o autor: "A indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir."²¹

Para Ronald Sharp Junior, duas forças convergem na idéia de reparação do dano moral: "uma de caráter punitivo ou aflitivo (castigo ao ofensor) e outra compensatória (compensação como contrapartida do mal sofrido)". Pelo ângulo compensatório, a indenização funcionaria como um lenitivo, pois "ninguém duvida, por exemplo, da enorme satisfação de pagar estudos ou tratamento médico a um filho com o produto da indenização por dano moral, quando antes isto não era economicamente possível à vítima". Concomitantemente, a indenização em dinheiro "deve servir para impor uma pena ao lesionador, de modo que a sua diminuição patrimonial opere como um castigo substitutivo do primitivo sentimento de vingança privada do ofendido". Conclui o autor: "Essa dupla finalidade compensatória e punitiva constitui o meio que o Estado tem de alcançar a restauração da ordem rompida com a prática da lesão moral."²²

Do mesmo modo, Américo Luís Martins da Silva reconhece que a reparação do dano moral exerce nitidamente duas funções: "a) a função de expiação (em relação ao culpado ou quem causa a lesão); b) a função de satisfação (em relação à vítima ou ofendido)".²³

Esse, também, o entendimento de Roberto de Abreu e Silva, para quem: "A reparação, embora nem sempre indenize, integralmente, os prejuízos morais ou extrapatrimoniais, espargue efeitos sancionatórios, compensatórios e pedagógicos, causando uma satisfação ao lesado, previne a reincidência do lesante e a prática de ato ilícito por outrem."²⁴

Essa orientação tem sido sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem chamado para si o controle da razoabilidade ou

²¹ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, p. 175.

²² SHARP JR., Ronald A. *Dano moral*. 2001, p. 12.

²³ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*, p. 62.

²⁴ SILVA, Roberto de Abreu e. *A falta contra a legalidade constitucional*, p. 75.

proporcionalidade do valor fixado a título de indenização do dano moral:

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.²⁵

A indenização pelo protesto indevido de título cambiário deve representar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida.²⁶

Contudo, o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da dupla função da indenização do dano moral não trouxe, como se poderia imaginar, um incremento considerável dos valores indenizatórios referentes ao dano moral. O que se verifica, na verdade, é uma reiterada limitação dos valores indenizatórios por aquela Corte de Justiça, que, embora acene com a possibilidade de elevação das quantias arbitradas quando estas se mostrarem ínfimas, raramente parece encontrar oportunidades de fazê-lo,²⁷ enquanto, ao contrário, com considerável freqüência, exercita o poder de reduzir os montantes de indenização, por considerá-los abusivos, excessivos ou exorbitantes.²⁸

²⁵ STJ, RESP 487749/RS, DJU de 12.5.2003, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon.

²⁶ STJ, RESP 389879/MG, DJU de 2.9.2002, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

²⁷ Tragam-se como exemplos de julgados em que o STJ elevou o valor da indenização por dano moral os seguintes arestos: REsp 839053/MG, DJU de 1º.9.2006, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon; REsp 703878/SP, DJU de 12.9.2005, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini.

²⁸ Como se extrai do julgamento do RESP 549812/CE, DJU de 31.5.2004, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Neto. No aresto foi reconhecida a responsabilidade de autarquia federal (DNER) por acidente de trânsito fatal ocorrido em rodovia mal conservada, com buracos que levaram ao esvaziamento dos pneus do veículo acidentado e o conseqüente descontrole de sua direção. Reduziu-se, no entanto, o valor da indenização por dano moral, reputado excessivo, de 448,5 salários mínimos para 300 salários mínimos. A relação de julgados do STJ que procederam à redução de indenização do dano moral é abundante. Citem-se, à guisa de exemplo dessa tendência, os seguintes arestos: RESP 837594/MG, DJU de 01.8.2006, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini; RESP 687567/RS, DJU de 13.3.2006, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha; RESP 596438/AM, DJU de 24.5.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro; RESP 555043/PA, DJU de 03.5.2004, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; RESP 575166/PA, DJU de 05.4.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves; RESP 480617/SP, DJU de 29.3.2004, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler; RESP 577887/SP, DJU de 29.3.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; RESP 473127/MT, DJU de 25.02.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho.

Um dos casos de majoração pelo Superior Tribunal de Justiça do valor de indenização do dano moral envolveu lesões corporais gravíssimas produzidas por projétil de arma de fogo.²⁹ O autor da ação, rapaz de vinte dois anos, estudante universitário, acompanhado de dois amigos, após ter o seu veículo cercado por três automóveis, foi atingido por um tiro de pistola que, após perfurar vários órgãos, alojou-se em sua coluna, deixando-o paraplégico. O réu, conhecido como “banqueiro” de “jogo do bicho”, fora condenado em primeiro grau de jurisdição ao pagamento de indenização por dano moral no valor correspondente a 600 salários mínimos. Em sede de embargos infringentes, o valor foi majorado para 1.000 salários mínimos. Já em fase de recurso especial, a indenização foi elevada para 1.500 salários mínimos. Em seu voto, o Relator levou em consideração “a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter”. Considerou, ainda, que “as lesões decorreram de conduta criminosa, de acentuado dolo, como se vivêssemos em um País sem leis e em estado de barbárie”.

Pode-se questionar se, no caso apontado, a indenização por fim estabelecida seria suficiente para atuar como punição ao réu, mas, de todo modo, fica clara a adoção, pelo Superior Tribunal de Justiça, de critérios punitivos na fixação da indenização do dano moral.

Em outro julgamento,³⁰ envolvendo lesão corporal decorrente de acidente de trânsito, majorou-se o valor da indenização de 200 para 400 salários mínimos. Na fixação do *quantum* indenizatório, levou-se em consideração “o grau de culpa e o porte econômico das partes”, além da necessidade de desestimular a repetição do ato ilícito.

A questão não é contraditória na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assinale-se, contudo, a existência de decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, referendando a tese do caráter punitivo ou inibitório da indenização do dano moral, *a latere* de sua função compensatória. Enfatiza o Ministro “a necessária cor-

²⁹STJ, RESP 183508/SP, DJU de 5.2.2002, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira

³⁰STJ, RESP 240441/MG, DJU de 25.4.2000, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

relação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (*punitive damages*), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.”³¹

4. CRÍTICA À TESE MISTA OU FUNCIONAL

Criticável na tese mista funcional, tal como exposta geralmente pela doutrina, é a idéia de que a indenização do dano moral *sempre* desempenhe as funções compensatória e punitiva.

Nem todos os comportamentos causadores de dano moral são passíveis de punição. Somente aqueles particularmente reprováveis dão ensejo a sanção dessa natureza.³²

É possível, por exemplo, que o dano moral tenha sido causado sem culpa do agente, que, todavia responderia por estar inserido em situação de responsabilidade objetiva. Em uma tal situação não há que cogitar do caráter punitivo da indenização, que deve desempenhar apenas função compensatória.

Do mesmo modo, no âmbito da responsabilidade subjetiva, não há razão para atribuir caráter punitivo à indenização nos casos em que o dano moral foi causado por *culpa simples* do ofensor.

Por outro lado, a generalização da função punitiva da indenização do dano moral acaba por anular ou, pelo menos, enfraquecer sensivelmente essa função que se busca imprimir à indenização. A invocação da função punitiva da indenização, ao fim e ao cabo, torna-se um simples jargão, vazio de conteúdo. De nada adianta o julgador mencionar, na fundamentação da sentença, que a indenização do dano moral deve atender às finalidades compensatória e punitiva (é freqüente, também a alusão às funções preventiva, pedagógica, exemplar e outras semelhantes), se na fixação do montante indenizatório não levou em consideração critérios punitivos.

³¹ STF, AI 455R46, DJU de 21.10.2004. V. Informativo STF nº 364.

³² Observe-se que não se está a ignorar que, teoricamente, mesmo a indenização de natureza reparatória já traz, de forma intrínseca, certa carga punitiva ou dissuasória, na medida em que impõe ao causador do dano um sacrifício pecuniário, embora equivalente, do ponto de vista econômico, ao interesse por ele lesado. Mas essa carga de punição, inerente a qualquer forma de sanção jurídica, é de pequena intensidade, justamente em razão da equivalência entre o dano e a indenização.

A indenização punitiva deve ficar reservada para aquelas situações nas quais o comportamento do lesante seja particularmente reprovável. Será com os olhos voltados para o ofensor – mais do que para a vítima e para o dano por esta sofrido – que o julgador irá definir se é ou não cabível a indenização punitiva.³³

5. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente de princípio constitucional. É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição brasileira. Tais princípios constitucionais, como *mandados de otimização* que são, ou seja, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível”,³⁴ ao mesmo tempo que consagram direitos de natureza fundamental, determinam ao operador jurídico que empregue todos os meios possíveis para a proteção desses direitos.

Para a proteção e promoção do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade impõe-se o emprego não apenas do ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para alcançar esse desiderato.³⁵

³³ Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler falam em um “*olhar sobre o agente como fundamento da técnica de punir*” (*op. cit.*, p. 17).

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

³⁵ Nessa direção, o magistério de Antonio Siqueira: “No campo dos direitos da personalidade, constitucionalmente elevados à categoria de direitos e garantias individuais, a interpretação tradicional das normas de caráter infraconstitucional se mostra insuficiente para criar um sistema que, antes da função reparadora dos danos causados, institua meios que atuem de modo preventivo, de desestímulo a ataques à esfera jurídica de outrem.” (SIQUEIRA, Antonio Cesar Rocha Antunes de. “A reparabilidade dos danos não-patrimoniais: em busca de uma criteriologia” (trabalho inédito), p. 41). O autor alerta para a necessidade de “compatibilização de novas técnicas para, em uma correta interpretação da vontade do legislador constitucional, atingirmos novo estágio de aplicação das normas infraconstitucionais, propiciando meios adequados à efetiva proteção dos direitos inerentes à personalidade.” (*Ibidem*, p. 42).

A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.

6. PRESSUPOSTOS DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A aplicação da indenização punitiva tem como pressupostos a ocorrência de um dano moral e a culpa grave do ofensor. Pressuposto autônomo seria a existência de lucro ilícito do lesante.

Dano moral – Exigível a ocorrência de dano moral, entendido este como a ofensa a algum dos direitos da personalidade. A aplicação da indenização punitiva, independentemente de previsão legal, é possível quando configurada a lesão a algum dos atributos inerentes à pessoa humana ou a ofensa ao algum dos direitos correlatos da pessoa jurídica. A sanção, como se viu, extrai seu fundamento diretamente dos princípios constitucionais da dignidade humana e da proteção dos direitos ou atributos da personalidade.

No nosso ordenamento jurídico e nos da grande maioria dos países integrantes da família do *civil law*, a aplicação da indenização punitiva em relação ao dano *material* encontra obstáculos de

difícil superação. O primeiro é a falta de regra expressa a contemplar essa modalidade de sanção no âmbito do dano material. O segundo é a existência da tradicional regra de que a indenização se mede pela extensão do dano (aplicável exclusivamente ao dano material, uma vez que o dano moral que não tem como ser economicamente mensurado).

No que concerne ao dano moral essas questões jurídicas são superáveis com menos dificuldades. Como sustentado anteriormente, a falta de regra expressa que preveja a indenização punitiva não constitui óbice à aplicação dessa espécie de sanção, que encontra seu fundamento em princípios constitucionais garantidores de direitos situados no centro do ordenamento jurídico. A consagração constitucional do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade não apenas legitima, mas impõe o emprego da indenização punitiva como resposta jurídica necessária contra o ataque a tais direitos.

Culpa grave do ofensor – Tradicionalmente, para a responsabilização civil, não importa o grau de culpa (*lato sensu*) do agente. Seja a conduta dolosa ou decorrente de culpa (grave, leve ou levíssima), o dever de indenizar subsiste em igual proporção,³⁶ pois, como já se viu, a indenização é medida pela extensão do dano, admitindo-se a redução daquela somente quando o juiz a considerar desproporcional em relação a este.

Para a aplicação da indenização punitiva, ao contrário, é fundamental estabelecer o grau de culpa (*lato sensu*) da conduta do

³⁶ Neste sentido, o ensino de Silvio RODRIGUES (Direito Civil, v. 4, p. 161): "A distinção entre dolo e culpa, bem como entre os graus de culpa, de um certo modo perde sua oportunidade. Isso porque, quer haja dolo, quer haja culpa grave, leve ou levíssima, o dever de reparar se manifesta com igual veemência, pois o legislador parece ter adotado a norma romana segundo a qual *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*. Ou seja, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima. (...) Ora, como a indenização deve ser o mais possível completa, posto que indenizar significa tomar indene a vítima, o agente causador do dano, em tese, tem a obrigação de repará-lo integralmente, quer tenha agido com dolo, quer com culpa levíssima." De igual teor o magistério de Sergio CAVALIERI FILHO (*op. cit.*, p. 58): "Diferentemente do Direito Penal, o Código Civil, de regra, equipara a culpa ao dolo para fins de reparação do dano, e não faz distinção entre os graus de culpa. Ainda que levíssima, a culpa obriga a indenizar – *in lege aquilea et levissima culpa venit* –, medindo-se a indenização não pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano." Com a inclusão da culpa levíssima como fundamento da responsabilidade civil não concorda Maria Celina Bodin de Moraes (*op. cit.*, p. 216), para quem: "(...) a diligência normal, ao se reconduzir ao *standard* médio, configura o modelo de conduta profissional esperado, não parecendo nem possível nem razoável manter-se uma exigência acima do *standard* no âmbito da concepção normativa da culpa."

agente.³⁷ Essa espécie de sanção deve, em linha de princípio, ser reservada apenas aos casos de dano moral decorrentes de *dolo* ou *culpa grave*, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura. Com efeito, a indenização com caráter de pena deve ser aplicada quando patenteados que o ilícito foi praticado com *intenção lesiva* ou, ao menos, com *desprezo ou indiferença pelo direito alheio*. É nessas situações que a indenização punitiva encontra campo fértil para exercer a sua *função dissuasória*, que objetiva prevenir a prática de outros ilícitos contra direitos da personalidade. Tomando de empréstimo expressão empregada por Ihering, só nos casos em que a própria pessoa fosse “pisoteada juntamente com o seu direito” é que a indenização punitiva se justificaria, como forma de auto-afirmação da personalidade.³⁸

Por dolo, entenda-se a conduta dirigida de forma consciente à produção de determinado resultado lesivo, que pode ser almejado pelo agente (dolo direto) ou simplesmente aceito por ele (dolo indireto ou eventual). A conduta intencionalmente dirigida à produção do dano é merecedora de reação jurídica mais áspera. Não depende, para a sua caracterização, de intenção maligna, de provocação do mal pelo mal, basta a consciência e a vontade dirigida à produção do resultado lesivo. O móbil do agente pode ser não o de prejudicar, mas o de obter um benefício para si.³⁹ Configura-se a conduta intencional ainda quando o agente lamenta o resultado que, todavia, vem a alcançar com consciência e vontade.

A *culpa grave* é aquela “decorrente da imprudência ou negligência grosseira”,⁴⁰ em que o agente atua com “grosseira falta de

³⁷ A relevância da gravidade da culpa para a noção de indenização punitiva é assinalada por Matilde Zavala de GONZALEZ (*op. cit.*, p. 371): “(...) a gravidade da culpa (ou a mediação de dolo) de quem causa danos graves pode servir de base a uma indenização punitiva, que exceda a importância dos prejuízos causados.”

³⁸ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*, p. 40, nota 5.

³⁹ Como observa Carlos Gustavo VALLESPINOS (“Acciones civiles por accidentes o enfermedades del trabajo”. *In: Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. 1997, p. 585): “O ladrão rouba não porque queira causar dano à vítima, mas para enriquecer.” Na doutrina francesa, MAZEAUD e TUNC observam que: “O comerciante que realiza um ato de concorrência desleal não trata de prejudicar ‘gratuitamente’ a seus concorrentes: está claro que o que busca é enriquecer-se. Sua falta, não obstante, segue sendo intencional; porque o dano que causou foi desejado como meio, para ele, de realizar certo enriquecimento.” (MAZEAUD, H. L.; TUNC, A. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, I, v. 2, item 413, p. 61).

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 160.

cautela".⁴¹ A doutrina pátria comumente identifica a culpa grave com a culpa consciente, em que o agente prevê a possibilidade da ocorrência do resultado, acreditando sinceramente que este não ocorrerá. Todavia, essa identificação não se afigura correta. Pode haver culpa grave sem previsão da ocorrência do resultado. É bastante, para a sua caracterização, a inobservância do dever mínimo de cuidado que a todos incumbe.⁴² O agente se conduz sem atenção para as cautelas mais mezinhas.

A maior gravidade da culpa pode decorrer da reiteração da conduta do agente ou da circunstância de constituir um padrão de conduta negligente. Assim, embora o ato lesivo, isoladamente considerado, pudesse ser configurador de culpa leve, deve ser tido como caracterizador de culpa grave, por estar inserido em um padrão de comportamento culposo do agente. É o caso de empresas que não se preocupam em aperfeiçoar seus produtos e serviços, a despeito da reiteração dos danos causados aos consumidores em decorrência de defeitos apresentados por esses produtos ou na prestação desses serviços.

Insuficiente para ensejar a aplicação da indenização punitiva é a *culpa leve*, caracterizada pela falta de observância da prudência ordinária, exigível do homem médio nas circunstâncias concretas em que o fato ocorreu.⁴³ Com mais razão, essa forma de sanção é incabível em caso de *culpa levíssima*, configurada pela falta de observância de um cuidado extraordinário, próprio de um homem prudentíssimo.⁴⁴

A obtenção de lucro com o ato ilícito – Uma das finalidades da indenização punitiva é a de impedir o lesante de lucrar com o ilícito. Esse é o entendimento de Matilde Zavala de Gonzalez, para quem a "obtenção de benefícios econômicos como motivo do

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 57.

⁴² É o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem a *culpa grave* "ocorre quando há violação da diligência mínima" (MORAES, M. C. B. de. *Danos à pessoa humana*, p. 216).

⁴³ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, a *culpa leve* consiste "na violação da diligência razoável, normal, comum, embora relativizada" (*ibidem*). Para Sergio Cavaliere Filho: "Haverá culpa leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um *bonus pater familias*." (CAVALIERI FILHO, S. *Op. cit.*, p. 58).

⁴⁴ Ainda de acordo com o magistério de Maria Celina, a culpa levíssima se dá "com a inobservância da máxima diligência" (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 216). Na lição de Cavaliere: "a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular" (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 58).

ato ilícito” constitui o pressuposto primordial da indenização punitiva,⁴⁵ a sua verdadeira razão de ser: “Este requisito se discute, mas nos parece inexorável pois brinda a principal razão de ser da instituição: a indenização punitiva tende a eliminar ou dismantelar aqueles frutos da árvore envenenada.”⁴⁶

Na verdade, a obtenção de lucro ilícito por parte do agente não deve ser tida como pressuposto indispensável da indenização punitiva. Com efeito, esta espécie de indenização é aplicável em outras situações, nas quais não se configura essa circunstância fática. Não há dúvida, no entanto, de que, uma vez presente um ganho ilegítimo como consequência do ato ilícito, a indenização punitiva é cabível independentemente da gravidade da culpa do agente.

Imagine-se que, em determinadas situações, o dano moral pode decorrer de culpa simples. A despeito da ausência de intenção lesiva ou da especial reprovabilidade da conduta lesiva, o agente, em consequência do ilícito praticado, vem a obter lucro. Não é razoável que o agente possa manter essa vantagem ilicitamente obtida à custa da lesão a bem integrante da esfera não patrimonial de outrem. Aqui, embora ausente o requisito da culpa grave, a indenização punitiva deve ser aplicada para restabelecer o imperativo ético que permeia a ordem jurídica. A existência de lucro ilícito constitui, assim, pressuposto da indenização punitiva independente da culpa grave.

Mesmo no tocante ao dano material, embora a regra seja a de que a indenização se mede pela extensão do dano, seria aplicável indenização de caráter punitivo com a finalidade de impedir o lucro ilícito do agente, pelo menos nos casos em que se entendesse incabível a *actio de in rem verso*. Vale aqui a máxima: “*Nemo ex delicto suo lucretur*.”⁴⁷ Com efeito, a ninguém é dado obter proveito com um ato ilícito. Trata-se de princípio geral não escrito que decor-

⁴⁵ Os demais pressupostos, segundo Zavala de Gonzalez, seriam a “causação de um dano” e a “grave antijuridicidade da conduta danosa” (*op. cit.*, p. 580).

⁴⁶ GONZALEZ, M. Z. de. *Idem*, p. 581. Ver, também, GONZALEZ, M. Z. de; ZAVALA, R. M. G. “Indemnización punitiva”. *In: Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, p. 191.

⁴⁷ “Ninguém pode lucrar com o próprio delito.”

re do imperativo de justiça que informa todo o ordenamento jurídico, a partir da Constituição Federal, que em seu art. 3º, I, coloca a construção de uma sociedade livre, *justa* e solidária dentre os objetivos fundamentais da República. Assim, a existência de lucro ilícito constituiria pressuposto independente da indenização punitiva, a dispensar a própria ocorrência de dano moral.

7. AS FINALIDADES DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A indenização punitiva atende a dois propósitos bem definidos que a apartam da indenização de natureza compensatória: a punição (no sentido de retribuição) e a prevenção (por meio de dissuasão). Essas duas finalidades estão intensamente interligadas e constituem como que as duas faces de uma moeda: a punição tende a prevenir.

Punição (retribuição) – Como a própria denominação sugere, a indenização punitiva exerce o papel de punição de condutas graves. Partindo de um juízo de valor em relação ao comportamento do agente, é atribuída a este uma sanção pecuniária que atua como retribuição pelo dano injustamente causado à vítima. O que distingue a indenização punitiva da indenização compensatória é justamente a circunstância de que, na primeira, a fixação do montante leva em consideração a gravidade do comportamento do ofensor, enquanto, na segunda, o *quantum* é estabelecido com base na gravidade do dano sofrido pelo lesado.

Ao mudar o foco da figura da vítima para a do agressor, a indenização punitiva atende a um *imperativo ético*, porque possibilita a realização de um juízo valorativo diferenciado para comportamentos merecedores de diferente censura. Atribuindo importância à conduta do ofensor, e não apenas à consequência sofrida pela vítima, distingue um comportamento mais reprovável de um menos reprovável. Introduce, desse modo, um *critério de justiça* no âmbito da responsabilidade civil.

Imaginem-se dois acidentes de trânsito, o primeiro, causado por motorista que tem habilitação há anos, sem uma única infração, que dirigia em velocidade compatível com o local, mas, por inexplicável imperícia na mudança de marchas, perdeu o controle do automóvel em uma curva e colidiu com outro veículo. O motorista prontamente socorre a vítima, levando-a ao hospital, dando-lhe

toda a assistência necessária e demonstrando grande consternação com o ocorrido.

O segundo acidente é causado por motorista que, após ingerir bebida alcoólica em quantidade acima da permitida pelas leis de trânsito, dirigia seu automóvel em rua movimentada, em excesso de velocidade, apostando corrida com outro veículo, o que fez com que perdesse o controle e atingisse um terceiro automóvel. Após o acidente, o motorista tenta se evadir do local sem prestar auxílio à vítima, só não o conseguindo porque é alcançado pela polícia. Em nenhum momento o motorista causador do acidente demonstra arrependimento, e até manifesta indiferença pelo ocorrido.

Assumindo que as vítimas de ambos os acidentes hipotéticos sofreram lesões igualmente graves e abstraindo qualquer outra possível diferença relevante entre as situações, atentaria contra o senso comum condenar os dois motoristas ao pagamento de igual valor de indenização por dano moral. Repugnaria ao sentimento de justiça atribuir igual peso a condutas tão desiguais, porque tão diferentemente censuráveis. Fossem os fatos, ainda por hipótese, julgados na mesma época pelo mesmo juiz, provavelmente seriam fixados valores indenizatórios diferentes, em atenção à distinta reprovabilidade das condutas dos motoristas ou à diferente intensidade da culpa de cada um.

Para robustecer a idéia que se deseja transmitir, poderiam ser confrontadas situações ainda mais extremadas uma da outra, como a de um dano moral causado culposamente em comparação com a de um dano moral de igual gravidade, mas causado dolosamente. Retome-se o primeiro exemplo hipotético, de um acidente de trânsito no qual o condutor do veículo foi responsável por imperícia, acrescentando-se que a vítima, como resultado do evento, sofreu lesões graves. Compare-se agora essa situação com outra, na qual uma pessoa, treinada em artes marciais, dolosamente agride outra por trás e, mesmo depois de fazê-la perder os sentidos, continua a agredi-la a socos e pontapés, vindo a causar-lhe lesões tão graves quanto as ocorridas na hipótese anterior. É indubitável que a conduta do segundo agente é mais grave que a do primeiro e, por isso, deve ele arcar com indenização por dano moral de valor consideravelmente

superior, a despeito de as vítimas, nas duas hipóteses, terem sofrido lesões equivalentes.

De feito, repugna ao senso comum que, diante de lesões causadas por comportamentos tão marcadamente diferenciados no que diz respeito à sua reprovabilidade a resposta jurídica tenha a mesma dimensão. Dificilmente um juiz, apreciando os dois casos, fixaria montantes indenizatórios iguais. E não se diga que a imposição de uma quantia mais elevada para a agressão dolosa seja motivada pelo maior sofrimento que uma agressão dessa natureza cause à vítima. Isso seria sofismar, inserindo um elemento *ad hoc*, qual seja, um *plus* de sofrimento da vítima em razão da natureza da ação do autor do dano, elemento que é, além de tudo, de difícil ou até impossível comprovação. O que impõe uma reação jurídica mais intensa ao segundo dano é a maior reprovabilidade da conduta do agente que o causou.

A imposição de sanções diferenciadas para casos de distinta reprovabilidade nada mais representa que uma particular aplicação do princípio constitucional da isonomia, que impõe não apenas tratar igualmente os iguais, mas também tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A imposição de indenizações idênticas para danos iguais, mas causados por condutas tão distanciadas em termos de reprovabilidade, constitui afronta ao princípio constitucional da igualdade e ao senso comum de justiça.

Prevenção (dissuasão) – A função preventiva (ou dissuasória) constitui, talvez, a principal e mais importante das finalidades da indenização punitiva. Essa modalidade de indenização desempenha importante papel em situações de natureza excepcional, nas quais a indenização compensatória não constituiria resposta jurídica socialmente eficaz. É o que ocorre quando determinada soma, embora considerada suficiente para atenuar o constrangimento decorrente do dano moral, é de insignificante expressão econômica para o ofensor, que, por essa razão, não se vê convencido de que não deve praticar atos lesivos iguais ou semelhantes; antes, vê-se estimulado a reiterar seu comportamento censurável. A indenização compensatória, nesse contexto, funcionaria como o medicamento que ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez

mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque. A relativa debilidade econômica da sanção imposta concretamente reduz a imperatividade do ordenamento jurídico, eliminando a coercibilidade característica das normas jurídicas.

A indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória. Objetiva, desse modo, restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, cujas regras devem ser obedecidas, se não pela consciência moral da importância do cumprimento do dever, ao menos pelo temor da imposição de sanções efetivamente desconfortáveis em caso de descumprimento. Impede, assim, que a reparação se torne um *preço*, conhecido previamente, que o agente esteja disposto a pagar para poder violar o direito alheio. Afinal, como observa José de Oliveira Ascensão:⁴⁸ “A ordem jurídica não se cifra num catálogo de condutas que se apresentam à disposição dos destinatários, de tal modo que estes, pesando as suas consequências (confrontando a dor de ser punidos se roubarem com a dor de se privarem das coisas alheias, por exemplo), escolham indiferentemente o que mais vantajoso se lhes apresente. Implica antes uma pretensão de aplicação incondicional.”

O emprego de uma sanção pecuniária como forma de desestimular a prática ou a reiteração de comportamentos ilícitos, anti-sociais, lesivos aos direitos da personalidade, atende a um anseio geral de proteção da dignidade humana em uma época em que o indivíduo se vê imprensado, comprimido por interesses econômicos, sempre colocados em primeiro plano. Como observa Carlos Alberto Bittar, em lição cada vez mais atual: “(...) em momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento constitui sólida barreira jurídica a atitudes ou a condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade. De fato, a exacerbação da sanção pecuniária é fórmula que atende às graves consequências que de atentados à moralidade individual

⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral*, p. 56.

ou social podem advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade.”

Os opositores da indenização punitiva poderiam argumentar que não importa, juridicamente, que a indenização reparatória/compensatória não seja hábil para exercer suficiente atividade dissuasória de condutas danosas, desde que ela desempenhe o seu papel de transferir, da vítima para o agressor, os prejuízos decorrentes da conduta deste. A tal ponderação Alejandro Atilio Taraborrelli e Eduardo Omar Magri respondem, com propriedade, que a responsabilidade civil é um sistema de caráter complexo de onde confluem várias finalidades sociais que não se esgotam na mera função compensatória. Além disso, a lesão a qualquer bem da vida empobrece a sociedade em seu conjunto, sem que isso seja necessariamente evitado pela translação dos custos entre os integrantes da sociedade. Acrescentam os autores que, embora comumente a só obrigação de indenizar constitua, de um lado, situação suficientemente desagradável e traumática para garantir que o causador do dano não voltará a incorrer na mesma falta e, de outro, sirva de exemplo para a comunidade, essa relação compensação-dissuasão é meramente contingente.⁴⁹

Eliminação do lucro ilícito – Um papel eventual, mas de grande relevo, que a indenização punitiva desempenharia é o de impedir o lucro ilícito do ofensor. A indenização compensatória, conquanto tenha aptidão para consolar ou compensar a vítima, não se preocupa em eliminar a possível vantagem obtida pelo ofensor com a prática do ato ilícito, o que transforma alguns atos lesivos em um “bom negócio” do ponto de vista econômico.

Muitos jornais e periódicos trazem, como principal atrativo, a publicação de notícias sobre a vida privada de celebridades, muitas vezes recorrendo a fontes não confiáveis ou, simplesmente, criando ou reproduzindo notícias falsas, algumas delas escandalosas. Dessa

⁴⁹ TARABORRELI, A. A.; MAGRI, E. O. *“Acerca de los Punitive Damages. Análisis Económico del Instituto”*. Disponível em: <http://www.biglieri.org/publicaciones/castellano/catedra/acerca_de_los_punitive_damages.htm> Acesso em 28 maio 2003.

forma, obtêm seus lucros às custas da honra alheia e da invasão da privacidade.

Alguns programas de televisão aumentam seus índices de audiência com a abusiva, incômoda e, por vezes, vexatória exposição do nome e da imagem alheios.

Na grande maioria desses casos de uso indevido de imagem o ofensor obtém considerável lucro, mesmo depois de imposta a indenização do dano moral e de reparado o dano material (este, usualmente, na forma de lucros cessantes, representados por uma estimativa quase sempre imprecisa do valor de mercado da imagem abusivamente utilizada).

Nestes casos, a clássica noção de reparação civil, pela qual a reparação é medida pela extensão do dano sofrido, propiciaria ao ofensor lucrar com sua atividade ilícita, em franca violação ao princípio de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Já a indenização punitiva, ao impedir o lucro do ofensor com a lesão, recupera, para a responsabilidade civil, a noção de eticidade.

Pizarro, apontando as finalidades assinaladas pela doutrina e pela jurisprudência para a indenização punitiva, coloca em relevo o papel que essa sanção tem de obstar o lucro ilícito: "Em nossa opinião, os denominados danos punitivos podem constituir um instrumento útil, embora aperfeiçoável, para dismantelar os efeitos de certos ilícitos. Estamos convencidos de que as vias ressarcitórias nem sempre são adequadas para tal fim, principalmente naquelas hipóteses nas quais o ofensor obtém um benefício buscado através da prática do ilícito, ainda depois de pagas as indenizações pertinentes."⁵⁰

Zavala de Gonzalez, indo ainda mais longe, aponta a eliminação dos benefícios injustamente obtidos com a atividade danosa como o objetivo nuclear a partir do qual devem projetar-se a valoração e os efeitos jurídicos da indenização punitiva, que, segun-

⁵⁰ PIZARRO, R. D. *Op. cit.*, p. 383. Acrescenta o autor que não apenas em caso de lucro ilícito do ofensor tem cabimento a indenização punitiva: "Também se justifica a procedência de punições pecuniárias civis ante certas condutas graves, pelo menosprezo do ofensor quanto ao resultado e pelas conseqüências que gera seu agir, ainda quando no caso concreto possa não ter mediado benefício econômico derivado do ilícito."

do a autora, mais do que punitiva é uma “indenização eliminatória de lucros ilícitos”.⁵¹

Refletindo sobre hipóteses nas quais da ofensa a direito imaterial surge para o ofensor proveito econômico, Antonio Cesar Rocha Antunes de Siqueira defende o emprego de indenização com caráter punitivo, para impedir o que constituiria “um inegável enriquecimento ilícito, de todo reprovado pelo direito”.⁵²

Preservação da liberdade contratual – Para alcançar um ganho, algumas empresas não hesitam em desconsiderar contratos, certas de que a sanção reparatória que eventualmente lhes será imposta configura um preço mais do que satisfatório pela possibilidade de obter unilateralmente um bem que deveria depender do consentimento de outrem. Desrespeitam a liberdade contratual, violando a liberdade de não contratar e de negociar as bases do contrato, e transformam a responsabilidade civil em uma ilegítima forma de expropriação privada de um bem pelo preço de mercado deste, com a vantagem, para o ofensor, de que esse preço será pago de forma diferida, ao final de um longo processo judicial. O emprego da indenização punitiva, aqui também, retira o atrativo econômico que a violação da esfera jurídica alheia apresentava. Esta finalidade da indenização punitiva não escapou a Júlio Manuel Vieira Gomes: “Modernamente, acentua-se, ainda, a tendência de justificar os *punitive damages* pelo perigo que, de outro modo, a responsabilidade civil acarreta de tornar indiferente ou neutra a escolha entre obter um consentimento (através de um contrato) do titular de um bem para a sua utilização ou, ao invés, realizar uma apropriação deliberada desse bem, na consciência de que, posteriormente, apenas se terá de pagar a título de indenização o valor de mercado do referido bem. Reaparece, nesta sede, o problema, por várias vezes já mencionado, de a responsabilidade civil se converter, freqüentemente, numa espécie de expropriação, em benefício privado, realizada pelo preço de mercado.”⁵³

⁵¹ GONZALEZ, M. Z. de. *Op. cit.*, p. 579.

⁵² SIQUEIRA, Antonio Cesar Rocha Antunes de. *Op. cit.* p. 61.

⁵³ GOMES, J. M. V. O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa, p. 742.

A invasão da esfera jurídica alheia exclui do titular do bem usurpado a possibilidade de decidir se pretende ou não aliená-lo e lhe retira a condição de determinar quando, como e para quem o seu bem seria cedido. A responsabilidade civil, nesta perspectiva, constituiria como que um atalho, que evita o caminho contratual, configurando uma espécie de “curto-circuito do contrato”.⁵⁴

Júlio Manuel Vieira Gomes, citando Paolo Gallo, alerta para “o perigo de converter o contrato e a responsabilidade civil em duas realidades perfeitamente fungíveis”, o que ocorreria se o montante fixado a título de indenização do dano tivesse de corresponder perfeitamente ao que, presumivelmente, seria necessário desembolsar para obter o prévio consenso contratual.⁵⁵

Antonio Cesar Rocha Antunes de Siqueira também identificou o problema, observando que, “se uma pessoa pouco escrupulosa pode invadir a esfera de proteção jurídica de alguém de forma injusta, ilicitamente utilizando os direitos daquele em proveito próprio, tendo apenas como resultado a obrigação de pagamento de importância correspondente a um normal negócio jurídico, não mais seria necessária a autorização do titular do direito, pois as conseqüências fática e econômica seriam as mesmas”.⁵⁶

A indenização punitiva, nesse contexto, aparece como forma de garantir mais eficazmente a autonomia negocial,⁵⁷ desestimulando a interferência indevida na esfera jurídica alheia.

Manutenção do equilíbrio das relações de consumo –
Nas relações de consumo, onde são freqüentes as condutas ilícitas

⁵⁴ *Ibidem*, p. 755.

⁵⁵ *Ibidem*, nota 1.189. O autor reproduz o seguinte exemplo de Paolo Gallo: “(...) quem deseja comer uma maçã tem a opção entre comprá-la, pagando o preço contratualmente acordado, ou colhê-la no seu ramo e comê-la, devendo, apenas, depois, entregar ao seu proprietário uma soma igual ao preço de mercado da maçã, a título de ressarcimento do dano.” Pondera que, deste modo, se desemboca “numa consagração, de facto, do direito à expropriação privada pelo preço de mercado, e numa solução que torna quase indiferente a escolha entre a via contratual e a delitual. E não é por acaso, como GALLO observa, que a afirmação de que a responsabilidade civil tem uma função exclusivamente ressarcitória conduziu a ‘uma notável aproximação entre o contrato e a responsabilidade civil’, e à sobreposição dos respectivos princípios” (*ibidem*).

⁵⁶ SIQUEIRA, Antonio Cesar Rocha Antunes de. *Op.cit.*, p. 42.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 758.

movidas pelo intuito de lucro, a indenização punitiva pode revelar-se instrumento de grande eficácia.

Alguns fornecedores, para elevar sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, enquanto outros colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços. Nesse cálculo, levam em conta a circunstância de que muitas vítimas de danos decorrentes de fato do produto ou do serviço deixam de ir à juízo, por razões variadas, que vão da dificuldade em identificar o responsável pelo dano à falta de disposição para enfrentar um processo judicial, com seus gastos, retardamentos e todas as suas vicissitudes. Além disso, os grandes fornecedores, por serem litigantes habituais, normalmente contam com um corpo de advogados preparados e especializados, o que também contribui para a redução dos valores indenizatórios. As pessoas físicas e as empresas orientam-se, então, por uma “racionalidade estritamente econômica”,⁵⁸ pautando-se pelo resultado de uma relação custo/benefício do seu comportamento em detrimento da lei e do direito alheio. Não é difícil perceber por que a sanção meramente compensatória não se mostra suficiente para compelir os fornecedores a melhorar a qualidade de seus produtos ou aprimorar os seus serviços.

Conforme observa Ramón Daniel Pizarro,⁵⁹ produtores e fornecedores, com freqüência, por descumprimento de seus deveres legais e de suas obrigações contratuais, causam danos aos consumidores, sem preocupação com as conseqüências de seus atos, porque os danos causados são de pequena expressão econômica em relação ao conjunto de negócios realizados e porque o número de consumidores que efetivamente irão a juízo postular uma reparação quase sempre será menor do que o daqueles que, por razões diversas, não o farão.

⁵⁸ GOMES, J. M. V. *Op. cit.*, p. 739.

⁵⁹ PIZARRO, R. D. *Daño moral*, p. 383.

A indenização punitiva rompe com essa perversa equação, atuando como forma de impedir o lesante de se beneficiar ou lucrar com o dano causado ou de encontrar, na sanção meramente compensatória, um preço conveniente, que ele está disposto a pagar para praticar a conduta potencialmente lesiva ou não tomar as medidas necessárias para impedir o dano.

A sanção pecuniária aparece, portanto, como fator de reequilíbrio do mercado, por entregar aos consumidores, que constituem a parte sempre mais vulnerável na relação de consumo, instrumento que lhes estimularia a agir contra atos lesivos de seus direitos. De outra parte, a indenização punitiva compeliaria produtores e fornecedores a colocar no mercado produtos mais seguros e adequados ao consumo, assim como a prestar serviços mais eficientes.

Aludindo à conduta freqüente de bancos que incluem indevidamente o nome de correntistas e terceiros em cadastros de devedores inadimplentes, Araken de Assis destaca a importância da indenização com caráter de punição, para prevenir o cometimento de novos ilícitos: "A prudência consistirá em punir moderadamente o ofensor, para que o ilícito não se torne, a este título, causa de ruína completa. Mas, em nenhuma hipótese, deverá se mostrar complacente com o ofensor contumaz, que amiúde reitera ilícitos análogos (...) É o caso das empresas de banco que, com indiferença cruel, consignam informações negativas sobre seus clientes e devedores em cadastros que vedam ou tolhem o acesso ao crédito e, posteriormente, se desculpam com pretexto de erro operacional. Nessas hipóteses, a indenização deverá compensar a vítima pelo vexame e punir, exemplarmente, o autor do ato ilícito, com o fito de impedir sua reiteração em outras situações".⁶⁰

A indenização punitiva atua como instrumento que busca o equilíbrio das relações de consumo, reduzindo a vulnerabilidade do consumidor e a situação de superioridade dos fornecedores.

Vislumbrando o retorno da punibilidade no campo da responsabilidade civil através da teoria da indenização punitiva, Lorenzetti destaca a função, desempenhada pelo instituto, de prejudicar a equa-

⁶⁰ ASSIS, Araken de. "Indenização do dano moral". *Jr. Revista Jurídica*, nº 236, jun. 1997, p. 5.

ção que estimula a prática do comportamento potencialmente lesivo: “O que nos interessa pôr em relevo é que essa teoria aponta, basicamente, em destruir a razão econômica, que permitiu que o dano se ocasionasse. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo; o dano punitivo arruína esse negócio e permite a prevenção.”⁶¹

Defesa de contratantes que se encontram em posição de inferioridade – A indenização punitiva pode atuar, também, como importante instrumento de proteção de certas categorias de contratantes que se encontram em posição de inferioridade. A relevância do instituto para a proteção dos consumidores de produtos e serviços foi examinada no item anterior. Outra categoria de contratantes que pela sua posição de inferioridade se encontra sob constante risco de lesão a direitos da personalidade é a dos trabalhadores assalariados.

Os trabalhadores com vínculo empregatício ou funcional, em razão de sua posição de subordinação, encontram-se sujeitos a situações constrangedoras que normalmente não atingem outras pessoas. É o caso do assédio sexual no ambiente de trabalho, caracterizado pelo comportamento de um chefe ou superior hierárquico que, valendo-se de sua posição de comando, constrange empregado ou funcionário com o objetivo de obter vantagem sexual, mediante a ameaça explícita ou velada de demissão, exoneração ou outra forma de represália. Foi nos Estados Unidos da América, primeiro, que o problema passou a ser objeto de exame pelo Judiciário.⁶² No Brasil, o assédio sexual passou a ser considerado delito específico apenas a partir da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, que tipificou a conduta no art. 216-A do Código Penal. A indenização punitiva funcionaria como fator adicional de dissuasão desses comportamentos ilícitos.

A lesão a direitos da personalidade pode ocorrer, também, em outras situações de abuso de poder contra subordinados, submetidos a situações de constrangimento, humilhação ou estresse por seus superiores ou com a aquiescência deles. Caso que se enquadraria

⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, p. 458.

⁶² No julgamento do caso *Williams v. Saxbe*, 413 F. Supp. 654 (D.D.C. 1976).

nessa moldura é o da revista íntima, vexatória e humilhante, realizada em funcionárias de uma fábrica de *lingerie* todos os dias antes da saída do trabalho.⁶³ Configuradora de lesão a direito da personalidade, também, é a conduta do empregador que pratica atos persecutórios contra empregado, muitas vezes por razões de ordem pessoal, inteiramente desvinculadas da relação laboral.

Na França, o fenômeno vem sendo identificado pela denominação "*harcèlement moral*". Nos países de língua inglesa, fala-se em "*workplace harassment*", "*mobbing*" ou "*bullying*".⁶⁴ No Brasil, já se cunhou a expressão "assédio moral".

8. SITUAÇÕES EM QUE NÃO SE JUSTIFICA A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Há situações em que a ofensa a direito personalíssimo não seria merecedora de sanção de caráter retributivo ou de punição. O ofensor, apesar de ter causado dano e estar obrigado a indenizar, não é merecedor de especial reprimenda. São os casos de dano resultante de culpa leve e de dano independente de culpa (responsabilidade objetiva) ou sem culpa comprovada (presunção de culpa).

Culpa leve – Embora a lesão tenha decorrido de ato ilícito, porque praticado com violação do dever de cuidado, não há por que pensar em punição ao ofensor quando a conduta caracterizar culpa leve. A indenização do dano moral, em tal caso, deixa de exercer função característica de pena, qual seja, a de prevenção geral ou especial da prática de ilícitos, e, portanto, só se justifica como forma de compensação ou satisfação à vítima do dano.

⁶³ TJRJ – Embargos Infringentes nº 198/97 – 4º Grupo de Câmaras Cíveis. O acórdão relata, com alguns detalhes, a forma vexatória pela qual era realizada a revista íntima. Além disso, menciona que cerca de 230 funcionárias chegaram a ser demitidas por se recusar a se submeter à revista.

⁶⁴ O vocábulo *mobbing* é derivado de *mob*, que significa horda, bando, plebe (v. HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral*, p. 65). O termo *bullying* é derivado do verbo *to bully*, que tem os sentidos de tyrannizar, oprimir, ameaçar, amedrontar, intimidar, maltratar (v. Novo Dicionário Michaelis Inglês-Português, p. 137). A expressão *bullying* é empregada na Inglaterra e na Austrália para indicar os variados tipos de opressão ocorridos não apenas no ambiente de trabalho, mas também entre alunos no ambiente escolar e dentro de organizações militares. Nos Estados Unidos da América e na Europa continental *bullying* é expressão utilizada preferencialmente para fazer referência a situações ocorridas no ambiente escolar, enquanto o termo *mobbing* designa os abusos em local de trabalho (LEYMANN, Heinz. "*Psychological terrorization – the problem of terminology*". Disponível em <<http://www.leymann.se/English/11130E.HTM>> Acesso em 24 maio 2004.

A exclusão das lesões decorrentes de culpa leve do âmbito de aplicação da indenização punitiva mostra a dimensão excepcional do instituto, que deve ser aplicado apenas nos casos em que o dano, independentemente de sua gravidade ou extensão, derivou de comportamento especialmente reprovável. Fora desses casos, continua a ser cabível a indenização compensatória, porque esta, em seu fundamento teórico, não se relaciona com o comportamento do agente, mas com o dano e a sua extensão.

Ressalve-se a hipótese de, a despeito da culpa leve, o agente ter obtido um ganho com o ilícito praticado, quando, então, a indenização punitiva deverá ser imposta para impedir o agente de se beneficiar com o ato lesivo.

Responsabilidade objetiva – Com muito mais razão, não seria punível a lesão decorrente de ato configurador de responsabilidade objetiva. O fundamento da responsabilidade civil, em tal caso, é, tão-somente, o risco proporcionado por uma dada atividade. A ausência de culpa afasta a necessidade e, conseqüentemente, o fundamento da sanção de natureza penal.

Observe-se, todavia, que mesmo em caso de responsabilidade objetiva será aplicável a indenização punitiva, se o ofensor, comprovadamente, tiver atuado com culpa grave ou dolo. Com efeito, nada impede que, em processo no qual se esteja a cuidar de caso de responsabilidade civil objetiva, a parte autora produza prova acerca do dolo ou da culpa do réu na produção do evento.

Em se tratando, por exemplo, de dano moral decorrente do fato do produto ou do serviço, na qual a responsabilidade do fornecedor é de natureza objetiva, a indenização punitiva dependeria da comprovação, a cargo do consumidor atingido, de que o evento decorreu de culpa grave daquele.

Em caso de responsabilidade indireta ou por fato de terceiro, fundada no art. 932 do Código Civil, haverá necessidade, no que se refere à indenização punitiva, de comprovar a culpa grave do responsável, embora se cuide de responsabilidade objetiva. Assim, caberá a demonstração da grave negligência do pai do menor que causou o dano, por ter aquele descumprido com o seu dever de guarda e vigilância em relação a este. Prova semelhante há de ser pro-

duzida contra o tutor e o curador, para que estes respondam pelos atos, respectivamente, do tutelado e do curatelado.

Em se tratando de dano moral praticado por empregado ou preposto no exercício do trabalho que lhes competir, o empregador ou comitente, embora responsáveis objetivamente, somente deverão ficar sujeitos à indenização punitiva em caso de culpa comprovada. Assim, por exemplo, quando demonstrado que aqueles agiram autorizados por estes ou seguindo suas instruções; ou quando tiver o empregado sido incumbido de função para a qual não estava devidamente qualificado. O empregador e o comitente sujeitam-se, ainda, à indenização punitiva quando tiverem ratificado ou aprovado o ato do empregado ou preposto.

Quanto à responsabilidade pelo fato das coisas ou dos animais – regulada como de natureza objetiva pelo novo Código Civil –, a imposição de indenização punitiva dependerá da comprovação de que o dano moral decorreu de um grave descumprimento do dever de guarda ou vigilância que incumbe ao proprietário ou possuidor da coisa ou do animal.

No que se refere à responsabilidade civil do Estado, fundada no art. 37, § 6º, da Constituição da República, há que comprovar que o dano decorreu de comportamento configurador de culpa grave de agente público. Em se tratando de responsabilidade por omissão específica do Estado, impõe-se demonstrar que o comportamento omissivo constituiu grave negligência do ente público.

9. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A fixação do valor da indenização punitiva, apesar da carga de subjetividade que lhe é inerente, não deve ser uma atividade inteiramente arbitrária. A motivação das decisões judiciais, que no Direito brasileiro constitui princípio constitucional, é fundamental para garantir à parte interessada a revisão da decisão, impugnando, refutando e debatendo as razões e os critérios utilizados. É a fundamentação do julgado que possibilita o controle da sua racionalidade.

Descarta-se, desde logo, a simples menção a um critério de razoabilidade como justificativa para a fixação do *quantum*

indenizatório.⁶⁵ Ao julgador cabe, com a objetividade possível, justificar o valor estabelecido, destacando as circunstâncias de fato relevantes para a estimativa da indenização.

Não se deve perder de vista que, na fixação da indenização punitiva, não se procura compensar o lesado pelo dano sofrido. É inapropriada, pois, a introdução da finalidade compensatória como critério para a fixação do montante da indenização de caráter punitivo. Aquela finalidade é perseguida pela tradicional indenização compensatória. Em todos os passos da operação realizada para a fixação do montante da indenização punitiva impõe-se ter sempre em mente as finalidades que a conduzem: *punir* a conduta lesiva e *prevenir* novos ilícitos. Conseqüentemente, na estimativa dessa espécie de sanção somente cabe levar em conta fatores que, de algum modo, possam contribuir para a consecução desses objetivos.⁶⁶ Considerações outras ligadas exclusivamente à compensação da vítima do dano moral devem ser afastadas, sob pena de se estar contaminando o processo de quantificação da indenização punitiva com critérios a ela estranhos e que poderiam redundar em um ilegítimo *bis in idem*.

Na determinação da indenização, dentre outras possíveis circunstâncias, apresentam relevância, conforme o caso, o *grau da culpa* ou a *intensidade do dolo do agente*, a *extensão ou gravidade do dano*, a *situação econômica do ofensor*, o *lucro (atual e futuro, comprovado e presumido) auferido com o ato ilícito pelo agente*.⁶⁷

Por razões não apenas de conveniência, mas de necessidade, a operação realizada para a fixação do *quantum* correspondente à indenização punitiva deve ser feita separadamente da realizada para

⁶⁵ Com razão, Maria Celina, quando observa que a invocação a um princípio da razoabilidade, que seria outra forma de se referir à expressão "bom senso", não constitui fundamento suficiente para a quantificação da indenização do dano moral (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 190).

⁶⁶ Conforme observado em relatório elaborado pela Law Reform Commission da Irlanda: "Uma clara definição do propósito dos *exemplary damages* pode restringir o seu *quantum*. Se está claro que o propósito dos *exemplary damages* consiste exclusivamente em punir de forma efetiva o ofensor e dissuadir o ofensor e outras pessoas de praticarem condutas similares no futuro, então o *quantum* de indenização não deve exceder o montante necessário para alcançar esse objetivo em todas as circunstâncias do caso." (Law Reform Commission of Ireland. *Report on aggravated, exemplary and restitutionary damages* – Disponível em: <http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc107/lrc_107.html> Acesso em: 7 jun. 2003).

⁶⁷ Os critérios utilizados para a fixação do montante fixado a título de indenização punitiva são discutidos em maior profundidade em nosso livro *Dano moral e indenização punitiva*.

a apuração do valor referente à indenização compensatória do mesmo dano. Essa separação é importante para garantir verdadeira transparência e efetivo controle sobre a adequação dos critérios utilizados e sobre a justeza da valoração efetuada pelo julgador. Possibilita-se a verificação do peso atribuído à compensação do dano e o conferido à reprovabilidade da conduta, permitindo, entre outras coisas, o exame da proporcionalidade da parcela punitiva em relação à parcela compensatória e até em relação à indenização do dano material eventualmente existente.

Observe-se que nenhum obstáculo jurídico há na separação dos montantes indenizatórios. No final das contas, em termos práticos, em razão da fungibilidade da sanção pecuniária, as duas parcelas (as destinadas à punição e à compensação) serão necessariamente somadas para a consolidação do valor correspondente à indenização do dano moral.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indenização do dano moral, paulatinamente, vem tendo o seu papel redesenhado pela jurisprudência. Essa mudança é, em grande medida, conseqüência de um movimento de “repersonalização” do direito, com o manejo de princípios e a consideração de valores que se encontram na base do funcionamento de todo o ordenamento jurídico.

A adoção de critérios punitivos, ao lado dos critérios compensatórios, na fixação do montante indenizatório do dano moral é importante como forma de prevenção de comportamentos lesivos dirigidos contra a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade.

É fundamental, porém, que o julgador, no arbitramento da indenização do dano moral, proceda com racionalidade e transparência, indicando claramente – ainda que de forma sucinta – as razões que justificam o emprego da indenização com caráter de punição. Só assim, poderá, em cada caso, a indenização por dano moral desempenhar verdadeiramente suas funções. Ao mesmo tempo, reduz-se a subjetividade na fixação do montante indenizatório, possibilitando à parte ré discutir em bases mais racionais os valores fixados. ☐