

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU – MESTRADO EM
DIREITO EMPRESARIAL

DANOS MORAIS PUNITIVOS:
um novo caminho para a responsabilidade civil

ANDRÉA GOUTHIER CALDAS

Nova Lima
2010

ANDRÉA GOUTHIER CALDAS

DANOS MORAIS PUNITIVOS:
um novo caminho para a responsabilidade civil

Dissertação apresentada à Faculdade Milton Campos, Nova Lima/MG, como exigência para a conclusão da Pós graduação stricto sensu - Mestrado em Direito Empresarial.

Orientador: Professor Doutor Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Nova Lima
2010

FICHA CATALOGRÁFICA

C145d Caldas, Andréa Gouthier
Danos morais punitivos: um novo caminho para a responsabilidade civil. /
Andréa Gouthier Caldas. Nova Lima, 2010.
119f.

Orientador: Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-
Graduação em Direito Empresarial.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Ação civil pública. 3. Reparação Civil. 4.
Dano Moral. I. Sampaio Júnior, Rodolpho Barreto. II. Faculdade de Direito
Milton Campos. Pós-Graduação em Direito Empresarial. III. Título.

CDU: 347.51

ANDRÉA GOUTHIER CALDAS

DANOS MORAIS PUNITIVOS: um novo caminho para a responsabilidade civil

Dissertação apresentada para à Faculdade de Direito Milton Campos, para a obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de Direito Empresarial, linha de pesquisa “A empresa na contemporaneidade”.

Banca examinadora:

Presidente: Professor Doutor Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Membro: Professor Doutor

Membro: Professor Doutor

Nova Lima, 25 de Novembro de 2010.

*Para meus queridos sobrinhos,
Diogo e Marcela Fernandes
Gouthier, o exemplo de um esforço.*

AGRADECIMENTOS

Ninguém consegue nada sozinho e, apesar de o trabalho acadêmico ser preponderantemente um trabalho solitário, várias pessoas contribuíram para que o mesmo chegasse ao final, oferecendo-me palavras de incentivo e encorajadoras. Chegado, portanto, o momento de reconhecer o apoio e agradecer-lo.

Agradecer a DEUS, sobretudo por ter me dado forças e não ter me deixado esmorecer quando tudo parecia realmente ruir. Várias foram as dificuldades enfrentadas, mas não fosse a fé em uma força maior, suprema e fortalecedora, jamais conseguiria, sequer, concluir os primeiros créditos do mestrado...

À minha mãe MARIA AUXILIADORA ANTÔNIO GOUTHIER CALDAS, mulher batalhadora e admirável, modelo genuíno de ética, moral e bons costumes, que inúmeras vezes serviu de porto seguro, dando-me acalento garantido e gratuito, minha gratidão e meu eterno amor filial.

Aos meus irmãos de sangue e por afinidade, ANDERSON GOUTHIER CALDAS e POLIANA RAMOS FERNANDES GOUTHIER, pelo apoio e torcida constante.

Ao meu querido FRANCISCO ALVES DA SILVA, amor e amigo, grande incentivador dos meus estudos, por não só fazer transbordar de alegria e emoção a vida que juntos comungamos, mas pela conquista de se viver um amor tão intenso, sincero e bom de ter. Com você tenho a certeza de que, melhor que um grande amor, só um grande amor correspondido.

Às queridas ALESSANDRA MACHADO BRANDÃO TEIXEIRA, FLÁVIA MARIA MACHADO BRANDÃO TEIXEIRA, ADRIANA AUGUSTA DE MOURA SOUZA, GLÁUCIA RESENDE DE ALMEIDA, JACQUELINE ANTÔNIO SARKIS, DILENE VILAÇA ZAIDAN e CARMEN THOMASI DE ABREU, as melhores amigas de ontem, hoje e sempre.

Às minhas mães-postiças IRENE FIGUEIREDO DE SOUZA e JUSSARA HOURI MACHADO LIMA, por compartilharem comigo todos os momentos da minha vida e por estarem sempre atentas às minhas aflições, confortando-me, meu carinho e amizade.

Ao meu dileto orientador, PROFESSOR RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JÚNIOR que me ajudou, antes mesmo de ingressar no mestrado, e que com paciência e enorme espírito de colaboração, conduziu-me com mãos firmes na elaboração da dissertação, supervisionando e tecendo críticas ao trabalho, sempre de forma elegante, meu “muito obrigado”. A estimada PROFESSORA NANCI DE MELO E SILVA, exemplo de trabalho e superação, que sempre dividiu com seus alunos conhecimentos não só jurídicos, mas também ensinamentos de vida, que jamais serão esquecidos.

Aos amigos da PUC MINAS VIRTUAL ENSINO À DISTÂNCIA (Profa. Daniella Bernucci Paulino, Profa. Stela Beatris Torres Arnold, Profa. Maria Beatriz Ribeiro de Oliveira Gonçalves, Profa. Sandra Cavalcante, Beatriz Marinho Teodoro, Rafaela Braga Ribeiro, Mércia Maria Moreira, André Otoni Lopes e Rosane Vieira de Castro) e também aos amigos angariados pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (Desembargador José Altivo Brandão Teixeira, Marcelo de Oliveira Dávola, Sérgio Henriques Zandona Freitas, Cíntia Xavier Silva, Lilian Haas, Inês Nezolda Gomes de Lima, Vanda Lúcia Barbosa, Marcela Bitarello e Paula Duarte), pelo apoio ao projeto deste trabalho, meus sinceros agradecimentos.

E por fim, aos novos amigos conquistados pelo mestrado e que são dignos de toda a minha admiração: Amanda Vilarino Espíndola, Márcia Saldanha Portella Nunes, Sílvia Ferreira Persechini, Manoel José Brandão Teixeira Júnior, Patrícia Dantas Gaia, Patrícia Maria Oliva Gontijo, Christianna Noronha Renault de Almeida, Rafael Neumayr, Henrique Abi-Ackel Torres, Fábio Murilo Nazar, Flávio Filgueiras Nunes e Murilo César Ferreira.

RESUMO

A presente dissertação pretende demonstrar a utilidade do instituto da responsabilidade civil punitiva para o ordenamento jurídico brasileiro, abordando a possibilidade da aplicação da teoria dos *punitive damages* ou *exemplary damages* através da análise da doutrina e dos julgados proferidos pelos nossos Tribunais. Preambularmente, analisar-se-à os pressupostos da responsabilidade civil como ponto de início da dissertação, para que a partir daí, se possa, de fato, ingressar no estudo da responsabilidade civil punitiva e seus aspectos relevantes. Buscou-se ainda, conferir maior aplicabilidade à teoria, demonstrando-se que a ação civil pública poderá e deverá ser um instrumento de utilização em maior escala na busca da reparação dos danos, dado o imenso alcance da referida ação e a evolução da responsabilidade civil na sociedade brasileira, no que tange à reprovação de condutas danosas e antiéticas.

Palavras-chaves: responsabilidade civil, punitiva.

ABSTRACT

This essay intends to demonstrate the usefulness of the institute of punitive liability to the Brazilian legal system, addressing the possibility of applying the theory of punitive damages or exemplary damages through the analysis of the doctrine and trial rulings by our courts. Initially, consider yourself on the assumptions of liability as the starting point of the dissertation, so that from there, you can actually join the trial of liability and punitive material respects. We tried to also bring greater applicability to the theory, showing that class actions can and should be a tool for larger scale use in the pursuit of remediation, given the immense scope of that action and the evolution of civil liability in Brazilian society, regarding the disapproval of harmful behaviors and unethical.

Key words: responsibility civil, punitive.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.....	14
2.1 Ação ou omissão voluntária:.....	17
2.3 Nexo Causal ou Relação de Causalidade.....	23
2.3.1 <i>Caso fortuito ou força maior</i>	25
2.3.2 <i>Culpa exclusiva da vítima</i>	27
2.3.3 <i>Fato de terceiro</i>	28
2.4 Dano.....	30
3 TEORIA DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> OU <i>EXEMPLARY DAMAGES</i>	41
3.1 Introdução	41
3.2 Origem da teoria dos <i>punitive</i> ou <i>exemplary damages</i>	46
3.3 Objetivos e importância da teoria: “ <i>tort does not pay</i> ”	48
3.4 Opositores à teoria	60
3.4.1 <i>Punição-castigo</i>	60
3.4.2 <i>Enriquecimento sem causa</i>	62
3.4.3 <i>Bis in idem</i>	65
3.4.4 <i>Excesso das indenizações</i>	67
3.5 Os Tribunais Superiores e a dosimetria dos danos morais	72
3.6 Síntese do capítulo	85
4 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS.....	88
4.1 Introdução ao tema.....	89
4.2 Surgimento da ação civil pública:.....	89
4.3 Natureza jurídica da ação civil pública.....	92
4.4 Bens tutelados pela ação civil pública:	93
4.5 Os legitimados para a ação civil pública.....	97
4.6 A sentença na ação civil pública.....	98
4.7 A possibilidade de se aplicar a responsabilidade punitiva na ação civil pública:	101
4.8 Síntese do capítulo	106
5 CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS.....	114

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um dos temas mais importantes para o Direito Civil, repleto de singularidade e que possui um relevante papel no ordenamento jurídico brasileiro como conformador da realidade social, dirigido à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial.

É tema bastante antigo e que sempre despertou forte discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência, notadamente no aspecto da fixação do dano moral, especialmente no que diz respeito à chamada indenização civil punitiva. Por ser tema altamente polêmico e atual, o assunto demanda minucioso e aprofundado estudo.

O fundamento constitucional que instituiu o dano moral ao ordenamento pátrio está expresso no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] *omissis*

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

[...] *omissis*

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

O dispositivo infraconstitucional que o agasalhou, está assim redigido:

Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Observa-se que, após a inserção do dano moral definitivamente no nosso ordenamento jurídico (art. 186, do Código Civil), o legislador infraconstitucional delegou ao Estado-juiz a importante e difícil tarefa de arbitrar, segundo o seu prudente arbítrio, e conforme as circunstâncias do caso concreto, os valores devidos a título de danos morais.

Verificados e superada a análise dos pressupostos da responsabilidade subjetiva (ação ou omissão, culpa, dano e nexos causal), surge o dever de reparar o dano causado. Assim, o instituto da responsabilidade civil tem a função precípua de reparar os danos provocados por outrem, buscando sempre e, na medida do possível, a reparação integral do dano ao “*statu quo ante*”. É, deste modo, a reparação civil um instrumento eficaz na garantia da harmonia e da paz social.

Atualmente, o ponto controvertido que se estabelece em torno do tema em estudo situa-se em torno do dano moral e sua fixação. Com efeito, a divergência reside em se saber se, na fixação do dano moral (que se dá segundo o prudente arbítrio do magistrado), fixar-se-à a reparação considerando-se apenas o aspecto **compensatório** do dano causado à vítima ou se, além da verba compensatória, o magistrado deverá também arbitrar um *plus*, uma verba extra, a título de **punição** a ser paga pelo ofensor, quando do arbitramento da condenação.

O debate a respeito da indenização civil punitiva não é novo no meio acadêmico e também não é ponto pacífico nos Tribunais. Ao contrário, a sua aplicação aos casos concretos tem se dado de forma bastante divergente, sendo, portanto, questão tormentosa para os aplicadores do direito.

Há que se considerar, sobretudo, a resistência da grande parte da doutrina e jurisprudência brasileira quanto à aceitação da teoria dos “*punitive damages*” ou ainda “*exemplary damages*”, originária do direito norte-americano por entendê-la como fonte de enriquecimento sem causa, sobretudo. Entretanto, ainda que de forma moderada e parcimoniosa, tem-se observado certo avanço da teoria dos “*punitive damages*” na doutrina hodierna, acreditando-se que os Tribunais seguirão por este mesmo caminho. Tal fato se deve em razão de que a sociedade moderna reclama um comportamento ético e responsável e por isso, é interesse de todos coibir atitudes que não vão de encontro a esse ideal.

Convém ressaltar, que esse processo evolutivo de separação entre as funções ressarcitória e punitiva da responsabilidade civil, concretizou-se com o advento do Código Civil Francês, o qual, servindo de modelo paradigmático para inúmeras codificações modernas, instituiu nítida e rigorosa separação entre a responsabilidade decorrente de **ilícitos**

civis e aquela decorrente de **ilícitos penais**, o que se tornou perceptível pela própria elaboração de diplomas legislativos, destinados a disciplinar separadamente cada uma dessas disciplinas, contribuindo, inclusive, para a separação entre **direito público e privado**, resultante do ideário liberal.

Neste contexto, a atribuição da função punitiva à responsabilidade civil, além de inimaginável, representaria um retorno à barbárie experimentada pelas civilizações mais remotas, com o retorno da vingança pessoal, fundado no coração de cada vítima, com o intuito de fazer com que o outro sinta a mesma dor que aquela cometida, na mesma medida e proporção, conforme, inclusive, ressaltaram os irmãos MAZEAUD:

Ce bénéfice vient apaise l'antique besoin de vengeance qui sommeille au fond du coeur de chaque victime. L'homme qui a souffert, n'est pas au fond du coeur de chaque victime. L'homme qui a souffert n'est pas satisfait par cela seul que disparaît sa souffrance; l'instinct le pousse à désirer que l'auteur de la faute souffre à son tour le même mal. L'idée est barbare; elle tient à tout ce qu'il y a de mauvais dans la nature humaine.¹

Ocorre, todavia, que o processo de despenalização da responsabilidade civil, assentado na restrição da obrigação de indenizar ao mero ressarcimento dos danos causados pelo ofensor, não foi absorvido em todos os ordenamentos jurídicos de forma simétrica, uma vez que fora assimilado de forma diversa pelos ordenamentos de tradição romano-germânica e anglo-saxônica, o que, inevitavelmente, deu origem a inúmeras diferenças, especialmente no que concerne a extensão da aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil.

O ordenamento jurídico anglo-saxão, desde suas origens, já atribuía ao instituto da responsabilidade civil notória natureza punitiva, ao estipular a possibilidade de que o ofensor fosse condenado ao pagamento de quantia superior àquela representativa do prejuízo experimentado pelo ofendido. Iniciava, assim, o desenvolvimento da doutrina dos *punitive damages* ou *exemplary damages*, consubstanciada na condenação do ofensor ao pagamento de determinada quantia em favor da vítima com a dupla finalidade: **punir e desestimular** a prática de determinada conduta social considerada indesejável, o que não se verificava no ordenamento romano-germânico.

¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil: delictual y contractual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961. p. 378.

A partir de então, a utilização da figura da responsabilidade civil punitiva difundiu-se largamente por diversos ordenamentos jurídicos, sendo mais facilmente visualizada nos precedentes da Corte norte-americana e em alguns países filiados ao sistema do *common law*. Ocorre, porém, que ao mesmo tempo em que encontrou adeptos, a doutrina da indenização civil punitiva tem sido alvo de inúmeras e consideráveis críticas, tanto por parte da doutrina estrangeira, norte-americana e européia, quanto por parte da doutrina brasileira, as quais são uníssonas em exponenciar os sérios riscos a que poderia conduzir a difusão acrítica e imoderada da indenização civil punitiva.

A escolha do tema deveu-se, justamente, em razão desta divergência doutrinário-jurisprudencial em qualquer dos posicionamentos sobre o assunto em análise, ressaltando ainda que, o mesmo se reveste de importância ímpar em razão de envolver interesses não só de cunho subjetivo, mas também patrimonial. Além disso, a evolução da sociedade é no sentido de não mais se aceitar passivamente danos sem a devida responsabilização do ofensor. Ao contrário, a conscientização da sociedade como um todo tem exigido do Poder Judiciário um compromisso maior e melhor no combate a atitudes que ferem os direitos da personalidade, lesionando ainda o princípio da dignidade da pessoa humana, tão difundido hodiernamente e protegido pela Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, imprescindível proceder à minuciosa análise dos julgados proferidos pelos nossos Tribunais Superiores, a fim de se verificar como o Brasil tem adotado tal doutrina, considerada a divergência estabelecida quanto ao caráter punitivo do dano moral. Em razão desta inegável subjetividade atribuída ao magistrado, quando da fixação dos danos morais, estabelecida segundo o critério da equidade e do prudente arbítrio do magistrado, tem-se observado respostas bastante controvertidas nos Tribunais quanto a isso, o que, sem dúvida, traz insegurança jurídica aos operadores do direito que diuturnamente enfrentam a questão.

Assim, o objeto principal do presente estudo é o de examinar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, se a doutrina alienígena dos “*punitive damages*” ou ainda “*exemplary damages*” foi acolhida pelos tribunais brasileiros, analisando, dentre outras, os pressupostos da responsabilidade civil, os prós e os contra acerca da aludida teoria. Pretende-se ainda abordar, na parte final do trabalho, a possibilidade de aplicação da teoria da indenização civil punitiva nas ações civis públicas, focando mais detidamente o art. 13 da referida legislação,

para se concluir ao final, como tem sido trabalhado o instituto em questão neste tipo de ação, bem como os reflexos da aplicação para a sociedade.

Pretende-se, por fim, avaliar os efeitos positivos e negativos da doutrina no nosso ordenamento, para a partir de então, convencer-se da sua utilidade e importância. Almeja-se demonstrar, ainda, a possibilidade que o instituto oferece para se prevenir, reprimir e desestimular condutas lesivas e atentatórias contra a dignidade da pessoa humana, pretendendo-se alcançar, sobretudo, um efeito pedagógico no sentido de se alertar e esperar da sociedade como um todo, um comportamento ético e mais humanitário das relações sociais.

2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Antes de se adentrar o estudo da doutrina dos *punitive damages* ou *exemplary damages*, bem como do seu cabimento no ordenamento jurídico brasileiro, mister tecer breves comentários acerca dos pressupostos da responsabilidade civil.

Sabe-se que a responsabilidade civil divide-se em duas modalidades: **subjetiva e objetiva**. O presente estudo abordará apenas a modalidade **subjetiva** da responsabilidade civil. Tal fato se deve porque a culpa é o pressuposto básico da teoria clássica da responsabilidade subjetiva, adotada pelo Código Civil Brasileiro. Por ela, se o ofensor não age com culpa, inexistente a obrigação de reparar. Já na responsabilidade objetiva, a situação é inversa. Nela, a responsabilidade pelo causador do dano independe de culpa, pois, o que importa é tão somente a existência do nexa causal entre a ação ou omissão e o resultado obtido. Em razão dessa diferença, limitar-se-à o estudo, focando a questão apenas nos pressupostos da responsabilidade subjetiva.

Os pressupostos da responsabilidade subjetiva nada mais são do que **requisitos essenciais para a reparação do dano**. Antes mesmo que se aborde o ponto central deste trabalho, imprescindível a análise dos pressupostos da responsabilidade civil, ainda que de forma superficial, posto que se ausente um deles, desaparece por completo a obrigação de ressarcimento.

Estabelecido os requisitos obrigatórios (ação ou omissão, culpa, dano e nexa causal) e estando os mesmos presentes, resta claro o dever de reparar.

Responsabilidade vem do latim *respondere* e corresponde a um dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao seu causador direto ou indireto. A responsabilidade constitui uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento.²

² LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2. p. 427.

A conceituação de responsabilidade dada por DE PLÁCIDO E SILVA é a de que a mesma é um:

[...] dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.³

RUI STOCO sintetizou o conceito afirmando que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei.⁴

SÉRGIO CAVALIERI FILHO também a entende como dever jurídico, mas, ligado a uma conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Diz ele:

Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.⁵

O princípio da responsabilidade civil visa restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Tendo em mira este desiderato, convém lembrar em quais oportunidades a obrigação de indenizar se faz necessária.

Entende-se que, para haver indenização civil, seja em que modalidade for, necessário a conjugação de alguns elementos, sem os quais, a obrigação desaparece. Trata-se dos pressupostos da responsabilidade civil. São condições ou requisitos que conjugados, determinam a reparação do mal causado. Se ausente um dos elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade, falece a obrigação de indenizar do ofensor. Portanto, a verificação conjunta dos elementos contidos no art. 186, do Código Civil de 2002 é fator primordial para o instituto da indenização civil.

³ DE PLACIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. III e IV. p. 125.

⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 116.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aumen. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23.

Tem-se que, os pressupostos ou requisitos para a configuração da responsabilidade civil, são aqueles estabelecidos pelo artigo 186 do Código Civil de 2002, que estão pautados, sobretudo, na responsabilidade aquiliana.

Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Do dispositivo acima copiado, percebe-se que são **quatro** os elementos essenciais para a configuração do dever de reparar, a saber: **ação ou omissão voluntária; culpa ou dolo do agente; nexa causal e dano.**

A doutrina não diverge quanto ao reconhecimento dos elementos configuradores do dano moral supra indicados, deixando, às vezes subtendido que ação ou omissão voluntária estaria “embutida” ou implícita na conduta dolosa ou culposa do agente. O que se observa, entretanto, são classificações diferenciadas dadas pela doutrina que, no entanto, não desqualificam de forma alguma a exigência contida no artigo 186, do Código Civil de 2002.

Nesta linha de raciocínio, colhe-se a definição de responsabilidade civil dada por JOSÉ JAIRO GOMES:

A responsabilidade civil pode surgir em decorrência de ato ilícito ou, excepcionalmente, de fato lícito. A responsabilidade subjetiva, estribada na culpa, tem como pressuposto o ato ilícito, cujos elementos são: conduta antijurídica e culposa, dano e nexa causal. Já a responsabilidade objetiva prescinde do elemento culpa e, em regra, pressupõe a ocorrência de ato ou situação ilícita, dano e nexa causal. O nexa causal é essencial tanto no caso de responsabilidade subjetiva, quanto no de objetiva; sua caracterização é de extrema relevância na definição da responsabilidade, já que sua ausência tem o condão de afastá-la.⁶

Por sua vez, ROBERTO SENISE LISBOA assevera:

A responsabilidade civil, embora se trate de um dos institutos jurídicos que mais passou por transformações a partir do século XIX, deve ser analisada a partir de um grupo de elementos que possibilitam o reconhecimento do dever de reparação do prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial. Os elementos da responsabilidade civil são de duas categorias: os essenciais e os acidentais. Elementos essenciais são aqueles imprescindíveis para a responsabilização, a saber:

- a) os elementos subjetivos: agente e vítima
- b) os elementos objetivos: conduta, dano e nexa de causalidade.

⁶ GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 264-265.

A ausência de um desses elementos impede a responsabilização civil. Note-se, contudo, que a dogmática estática e individualista do passado não autorizava o reconhecimento de vítimas indeterminadas, titulares de interesses socialmente relevantes que fossem violados por alguma pessoa.⁷

Importante, em sede preliminar, a tarefa de delimitar o conceito de responsabilidade civil com CÉSAR FIÚZA:

Por elementos do ato ilícito, devemos entender aqueles elementos essenciais, sem o que não haverá delito civil, e os elementos não essenciais. O único elemento essencial é a antijuridicidade. Os demais, culpabilidade, dano e nexos causal entre culpabilidade e dano não são essenciais para a caracterização do ilícito, embora sejam requisitos para a caracterização do ilícito gerador de responsabilidade, segundo a regra imposta na cláusula geral do art. 186 do Código Civil.⁸

Vê-se, portanto, que a análise separada de cada um dos elementos explicitado na norma legal infraconstitucional merece ser feita, tendo em vista a peculiaridade de cada um desses institutos.

2.1 Ação ou omissão voluntária:

O Código Civil de 2002 pretendeu abarcar todas as condutas antijurídicas, decorrentes de atos próprios (omissivos ou comissivos) ou de atos de terceiros que se encontrem sob a guarda/tutela do agente, bem como de danos provocados por coisas e animais que pertençam ao agente.

Cabe mencionar a título de ilustração que, a modalidade da responsabilidade civil adotada no artigo 933, do Código Civil de 2002 é classificada como objetiva, não dependendo, por conseguinte, da prova da culpa. Tal dispositivo representou grande avanço para o instituto da responsabilidade civil, considerando-se que o Código Civil de 1916 exigia que o lesado provasse não só o dano, mas também a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do terceiro, uma vez que a presunção incidente na espécie era a relativa (*juris tantum*).

CÉSAR FIÚZA verbera:

⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Op. cit.*, p. 473.

⁸ FIÚZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 10. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 728.

Antijuridicidade é a contrariedade ao Direito. Não à norma jurídica em si, mas aos objetivos maiores do Direito, como a tranqüilidade, a ordem, a segurança, a paz, a Justiça etc. Sempre que alguma ação ou omissão humana atentar contra esses objetivos, haverá ato antijurídico.⁹

Ressalte-se que inúmeras são as hipóteses em que, tanto a pessoa natural quanto a pessoa jurídica serão responsáveis por ações (condutas positivas) ou omissões (condutas negativas, não fazer) praticadas contra terceiros, exurgindo o dever de indenizar. O Código Civil prevê a responsabilidade por ato próprio, dentre outros, nos casos de calúnia, difamação e injúria; de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; de abuso de direito.¹⁰

Sabe-se que o legislador pátrio não tem o condão de prever todas as situações da vida e regulá-las, mas conhecendo essa limitação, assegurou como direito fundamental, dando-lhe status de norma constitucional, a regra que ordena a indenização por dano material, moral ou à imagem.

Com efeito, tanto o art. 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, quanto o inciso X, asseguram o direito de indenização sempre que houver violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, garantindo-se ainda ao ofendido o direito de resposta, proporcional ao agravo. Dessa forma, praticada uma ação ou omissão contra um desses bens tutelados pela Constituição Federal, haverá um ato antijurídico, proibido pelo ordenamento pátrio, portanto.

2.2 Culpa ou dolo do agente:

Não se pode negar que o legislador infraconstitucional deixou bastante claro que o dolo manifestado na ação como na omissão pelo agente, enseja o dever de reparar.

Com efeito, o diploma legal é por demais claro ao afirmar que, aquele que violar direito e causar dano a outrem, **voluntariamente**, comete ato ilícito. Assim, o dolo, ou seja, a intenção ou a vontade de causar um dano ou um prejuízo deliberadamente (*animus necandi*),

⁹ FIÚZA, César. *op.cit.*, p. 729.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4. p. 35.

seja através de uma atitude positiva (conduta), seja por meio de uma conduta negativa (omissão), configura um dos elementos da responsabilidade civil, traduzindo uma obrigação de indenizar.

FRANCISCO AMARAL conceitua a ilicitude como uma falta a um dever jurídico com abuso do direito.

A ilicitude significa contrariedade a um dever jurídico, consistindo na ofensa a direito subjetivo ou na infração do preceito legal, que protege interesses alheios, ou ainda no abuso do direito.¹¹

Convém dizer que, a doutrina civilista, usualmente, refere-se, na maioria das vezes, só à culpa, subentendendo-se o dolo. Tal fato se deve porque o direito brasileiro adota a teoria subjetiva como regra, impondo à vítima o ônus da prova da culpa do agente. Entretanto, em casos expressamente previstos, a culpa é prescindível, bem como nas circunstâncias em que a atividade desenvolvida implicar risco para direitos de outrem, não sendo elemento necessário à caracterização da responsabilidade civil. Afora essas hipóteses, a regra é a de que o ônus da prova incumbe a quem alega, sendo, portanto, encargo do autor a prova da culpa do agente.

Dolo e culpa são institutos bastante diferentes e a diferença reside na própria gênese. Todavia, se comparadas no caso concreto, as conseqüências para o agente que incorreu numa ou noutra modalidade, terão os mesmos resultados, isto é, serão responsabilizados pelos resultados advindos. Quanto a este elemento, GIOVANNA VISINTINI citada por SÍLVIO DE SÁLVIO VENOSA afirma:

Quando é mencionada culpabilidade no campo civil, a noção abrange o dolo e a culpa. Giovanna Visintini (1999:39) aponta que esses dois aspectos, estruturalmente, não têm nada em comum. De fato, há uma longa distância no ato pelo qual o agente procura intencionalmente o resultado (dolo) e naquele que se dá por negligência, imprudência ou imperícia (culpa). Em sede de indenização, porém, as conseqüências são idênticas.¹²

Sobre o ponto em comento, ARNALDO RIZZARDO assevera:

Embora não exclua aquela espécie, tem-se o dolo, *in casu*, no significado de voluntariedade da conduta, verificando-se nos casos em que o agente quer o resultado ou assume os riscos de produzi-lo nutrido a consciência da

¹¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 549.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 22.

antijuridicidade. Se quer o resultado aceitando a conseqüência e não retrocedendo no intento, diz-se direto o dolo; já se unicamente assume, sendo que se lhe afigura viável ocorrer o prejuízo, embora não o queira diretamente, denomina-se eventual o dolo, ou indireto.¹³

Da doutrina acima, tem-se que para o dolo, há a vontade, a intenção do agente de que o dano ocorra, seja por meio de uma ação (dolo direto), seja através uma abstenção, um não fazer (dolo indireto). No que tange à culpa, importa dizer que, a despeito de o artigo 186, do Código Civil de 2002 não mencionar de forma expressa a imperícia como uma das modalidades de culpa, restringindo-se tão somente à negligência e a imprudência, entende-se que aludida modalidade está **implícita** no artigo referido, devendo também ser observada.

Deve-se, portanto, analisar a **culpa na forma estrita**, abarcando os institutos da **imprudência**, **imperícia** e **negligência**. Tais elementos são subjetivos e são avaliados conforme o caso concreto. Vejamos cada um deles:

A **imprudência** ocorre sempre que, o agente prevendo a possibilidade de causar dano a outrem, mas por excesso de confiança, age de forma imprudente e previsível, não conseguindo evitar o dano ou prejuízo. Nela, há a consciência do risco, mas o agente age ainda assim e assume os riscos do seu ato, acreditando que o evento danoso não irá acontecer por “dominar a situação”.

A **imperícia** caracteriza-se pela ausência de técnica ou ainda pelo uso indevido desta pelo agente que, não reunindo condições técnicas recomendadas para agir, causa dano a alguém. Neste caso, tem-se que o dano provém da falha técnica do agente que desconhecendo a técnica ou a empregando mal, causa dano a alguém.

Por fim, haverá **negligência** sempre que o agente deixar de adotar as medidas necessárias para evitar a ocorrência do dano. Neste caso, há a mitigação do dever de cuidado e atenção do agente, verdadeira desídia, que permite a ocorrência do dano.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS aduz:

Das noções expostas, ficou-nos a concepção de culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa pròpriamente dita; aquêle não é o vício de vontade, mas o elemento

¹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 2.

interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao passo que na culpa, em sentido restrito, a vontade é dirigida ao fato causador da lesão, mas o resultado não é querido pelo agente. A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.¹⁴

Dependendo das circunstâncias do caso concreto, a culpa se classifica em:

- a) ***In committendo***: culpa decorrente de um agir, fazer ou atuar do agente.
- b) ***In omittendo***: culpa decorrente de uma omissão no agir, fazer ou atuar do agente.
- c) ***In vigilando***: culpa decorrente da falha no dever de vigiar, cuidar ou zelar do agente. Ressalte-se que, esta modalidade culpa, refere-se a tão somente pessoas, pois se a falha se der no dever de vigiar animais, bens ou coisas, a culpa será ***in custodiendo***.
- d) ***In eligendo***: culpa decorrente da má eleição, oriunda da má escolha de uma pessoa para desempenhar certa tarefa, resultando danos a terceiros. A responsabilidade recai sobre aquele que praticou/executou o ato e subsidiariamente ou solidariamente sobre aquele que contratou/escolheu o executor.

Cabe salientar que a culpa também comporta graus e classificam-se segundo sua intensidade:

- a) **culpa grave**: ocorre culpa grave toda vez que o agente não dispensa nenhum grau ou ainda grau mínimo de atenção, cuidado ou habilidade necessária ao caso concreto.
- b) **culpa leve**: verifica-se a culpa leve toda vez que o agente dispensa grau médio de atenção, cuidado ou habilidade requerida.
- c) **culpa levíssima**: haverá culpa levíssima quando o agente dispensar a atenção, cuidado e a habilidade requerida, quando a circunstância do caso exigiria uma atenção redobrada e o agente não a emprega.

Neste aspecto, merece destacar que o Código Civil de 2002, estabelece em seu artigo 944 que:

Art. 944 - A indenização é medida pela extensão do dano.

¹⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**: tomo I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.p. 138.

Entretanto, no parágrafo único do mesmo artigo, assevera:

Parágrafo único - Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Percebe-se pela leitura do dispositivo legal acima, que o Código Civil de 2002 destinou tratamento legislativo diverso em termos de indenização, no que tange à relação entre culpa e valor a ser estabelecido a título de indenização. Se verificado desproporção entre o grau da culpa e o dano produzido, pode o magistrado, de forma eqüitativa, reduzir a condenação em danos morais. Conclui-se, portanto, que a gradação da culpa pode gerar a redução do valor indenizatório a ser fixado pelo magistrado.

Neste aspecto, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma:

O parágrafo único do artigo 944, ao adotar a teoria da gradação da culpa, de modo a influenciar o *quantum* indenizatório, possibilita sua diminuição, diante da desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, e, deste modo, confere apoio legal à teoria do desestímulo neste artigo analisada. Deve ser observado que a gradação da culpa aplica-se somente na responsabilidade subjetiva; na responsabilidade objetiva descabe esta avaliação, já que de culpa não se cogita.¹⁵

Visto os tipos e graus de culpa, impende dizer que o Código Civil Brasileiro vigente adotou a **teoria do dolo ou da culpa *strictu sensu***, competindo à vítima do dano provar a voluntariedade do agente ou ainda a culpa deste no evento danoso, a fim de obter a reparação integral do dano. Assim, norteia o artigo 927, do Código Civil:

Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

É importante notar que o precursor do dano é o **ato ilícito**. Via de regra, a responsabilidade civil se funda na culpa daquele que pratica o ato ilícito. Enfim, demonstrada a culpa ou o dolo do agente, advém a responsabilidade civil e conseqüentemente a sua reparação, devendo o magistrado, quando da fixação do dano, levar em conta as circunstâncias do caso e a culpabilidade do agente, observando as classificações da culpa acima indicadas.

¹⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil Questões Controvertidas**. São Paulo: Método 2003. v. 1. p. 266.

2.3 Nexo Causal ou Relação de Causalidade

O nexo causal é a ligação, o liame existente entre a conduta do agente e o dano por ele provocado. O dano deve ser resultado da conduta reprovável do agente. Não se verificando tal hipótese, não se pode falar em ato ilícito, não havendo, portanto, a obrigação de reparar.

É o elemento mais delicado da responsabilidade civil. É a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano. Para saber se há ou não nexo causal, é preciso fazer a seguinte pergunta: - Foi o comportamento do agente a causa adequada para produzir o dano, a lesão? Se a resposta for positiva, há nexo causal, logo, surge a obrigação de indenizar. Caso contrário, não se indeniza o ato porque não foi provado o elo de ligação entre o dano e a conduta.

Sobre o tema, convém citar CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Se *verbi gratia*, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele “causado” o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento.¹⁶

De igual modo, SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

Vale dizer, não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito.¹⁷

Todavia, pertinente se faz questionar: qual seria o critério a ser adotado pelo julgador para se verificar, no concurso de várias circunstâncias (concausas), qual delas teria sido a causa principal, aquela efetivamente responsável pelo prejuízo?

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op.cit.*, p. 36.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.*, 2005, p. 70.

Três teorias buscam responder esta questão, a saber: **teoria da equivalência das condições; teoria da causalidade adequada e a teoria que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu.** Necessário perquirir cada uma delas.

a) Teoria da equivalência das condições ou da condição “*sine qua non*”: Para esta teoria, toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produção do evento danoso, deve ser considerada como causa do dano ou concausa. A sua importância é apenas de cunho acadêmico, pois a sua aceitação conduziria a resultados bastantes absurdos. Apenas a título de ilustração, por esta teoria, admitir-se-ia a seguinte hipótese: ocorrido um homicídio por disparo de arma de fogo, não somente a responsabilidade do ofensor seria verificada, mas também a do fabricante da arma de fogo que ceifou a vida da vítima, pois, sem a arma, a pessoa não teria morrido. Deste modo, a arma foi motivo determinante para o homicídio, pois, se a excluíssemos da cadeia de fatos, a morte não se verificaria.

Contudo, percebe-se que esta teoria merece realmente críticas acirradas, pois é inconcebível admitir-se que quaisquer das condições que envolveram o evento danoso seriam concausas suficientes ou ainda causas eficientes para se responsabilizar o autor do dano, independentemente das condições pessoais da vítima ou do meio, tendo em vista que o agente apenas se valeu de um instrumento criado e a disposição dele para atingir seu desiderato.

b) Teoria da causalidade adequada: Esta teoria somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos que analisar, se o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu, no caso em apreciação, somente por força de uma circunstância accidental, diz-se que a causa não era adequada.¹⁸

Esta teoria é importante e recebe acolhida, sobretudo nos casos de acidente de trânsito, pois ao se perquirir qual motorista adotou a conduta que causou o dano, apura-se a responsabilidade do causador do dano.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**: volume 11: parte especial: do direito das obrigações: artigos 927 a 965: responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva, responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 270-271.

c) **Teoria dos danos diretos e imediatos:** Para esta teoria, a relação entre a conduta e o dano provocado deve possuir relação de causa e efeito direta e imediata. Assim, na hipótese de homicídio por disparo de arma de fogo, apenas o ofensor responderia pelos danos decorrentes da sua conduta direta e imediatamente pelo evento morte, estando o fabricante da arma de fogo excluído desta responsabilização.

Analisando-se as teorias acima expostas, a leitura do artigo 403, do Código Civil revela que a teoria adotada pelo legislador foi a **teoria dos danos diretos e imediatos**.

Assim está redigido o citado artigo:

Art. 403 – Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Convém ainda ressaltar que o **dano remoto** não pode ser fixado numa reparação de danos porque não se tem o elemento **certeza**. Não se indenizam esperanças desfeitas, nem danos potenciais, eventuais, supostos ou abstratos.¹⁹

Há que se dizer que muitas vezes aquele que “em tese” é o causador do dano se vê desobrigado a indenizar, porque existem as chamadas “**excludentes do nexo causal.**” Tais excludentes eliminam a obrigação de reparar o dano produzido, pois não foi a conduta do agente, o evento determinante para produzir o dano, mas sim um evento exterior. Tal fato gera no processo, quando devidamente demonstrado, a não responsabilização do agente porque decorrente de caso fortuito ou força maior, fato de terceiro ou ainda de fato exclusivo da vítima.

2.3.1 Caso fortuito ou força maior

O caso fortuito ou força maior estão previstos no artigo 393, do Código Civil de 2002 e observando o disposto no parágrafo único, tem-se que o legislador os trata como sinônimos.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*, p. 273.

Art. 393 – O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
 Parágrafo único – O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Comentando o artigo 1.058, do Código Civil de 1916, SÍLVIO RODRIGUES conceitua os institutos como:

ato alheio à vontade das partes contratantes ou do agente causador do dano e que tampouco derivou da negligência, imprudência ou imperícia daquelas ou deste. É o *act of God*, como classificam os ingleses. E, se nos adstringirmos apenas ao campo da responsabilidade aquiliana, poderíamos afirmar que o caso fortuito ou de força maior representa uma excludente de responsabilidade em virtude de pôr termo à relação de causalidade entre o ato do agente e o dano experimentado pela vítima.²⁰

Em síntese, pode-se traçar o mesmo conceito para ambos: **evento externo inevitável, irresistível e que não pode ser impedido tamanha a sua força**. Não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade. A peculiaridade entre uma ou outra modalidade reside apenas na titularidade do causador; **caso fortuito** é o evento causado pelo **homem** enquanto **força maior** é o evento causado por **fenômenos da natureza**.

Quanto a conceituação dos institutos acima, JUDITH MARTINS-COSTA assevera:

O Código realiza, no parágrafo único do art. 393, a sinonímia entre caso fortuito e força maior, ao atribuir, a ambas as expressões, uma única e idêntica noção: “Verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. O mesmo ocorria com o Código de 1916, o que não impediu vasto debate doutrinário entre as diferenças conceituais, debate, no nosso entender, que se pode ter por estéril haja vista não apenas a identidade de efeitos, mas a efetiva sinonímia detectada pelo emprego da conjunção “ou”.²¹

O caso fortuito ou a força maior rompem a causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima, por isso dizer-se que ela exclui o nexos causal. Assim, por exemplo, se um raio atinge um transeunte que não se protegera da tempestade e que estava regressando do trabalho, a caminho de casa, inexistente relação de causalidade entre o ato do empregador e o dano sofrido pela vítima, no que tange a possível ação de indenização movida contra o empregador pela morte do empregado, em face da inexistência da culpa daquele. Por ser um evento natural e inevitável, descabe a reparação.

²⁰ RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 4. p. 174.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao Novo Código Civil: do Inadimplemento das Obrigações**: vol. V, tomo II, Arts. 389 a 420. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 197-198.

Outro exemplo bastante citado pela doutrina pátria como caso fortuito é a colisão provocada por um motorista que é acometido por um mal súbito e que, ao atropelar um transeunte, provoca-lhe ferimentos graves, deixando-o inválido. Nessa hipótese, tem-se que o mal súbito significa a causa única do evento, pois acaso excluíssemos tal situação, certamente o acidente não ocorreria. Ocorrendo um evento inteiramente alheio à pessoa ou à empresa do agente, a responsabilidade civil resta excluída, face ao caso fortuito.

2.3.2 Culpa exclusiva da vítima

Outra hipótese de exclusão do nexo causal refere-se à **culpa exclusiva da vítima**. A doutrina a subdivide em duas modalidades: **exclusiva** ou **concorrente**.

No caso da primeira modalidade - **culpa exclusiva da vítima**, tem-se que o fato que adequadamente produziu o dano foi a conduta da vítima. Desse modo, não há a obrigação de indenizar. Haverá culpa exclusiva da vítima quando a própria vítima provoca o evento danoso, desaparecendo, portanto, qualquer obrigação de reparação pelo agente causador do dano. Na verdade, o agente provocador atua como um instrumento do acidente.

Para ilustrar a espécie acima, convém colacionar ao presente trabalho um aresto do Superior Tribunal de Justiça, donde é possível observar que a Corte Superior entendeu, diga-se de passagem, acertadamente, que aquele que age como “surfista de trem” não faz jus ao recebimento de indenização por danos morais, porque a conduta é exibicionista, arriscada e suicida. Assim, em ocorrendo o evento morte, a família do falecido não receberá indenização da empresa de trem. O motivo do falecimento seria caso de culpa exclusiva da vítima; não estaria configurada qualquer violação ao dever de transporte por parte da empresa de trem.

A ementa do referido acórdão está assim transcrita:

Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Queda de trem.
"Surfista ferroviário". Culpa exclusiva da vítima.

I - A pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária, praticando o denominado "surf ferroviário", assume as conseqüências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria até impraticável.

- II – Concluindo o acórdão tratar o caso de "surfista ferroviário", não há como rever tal situação na via especial, pois demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, vedado nesta instância superior (Súmula 7/STJ).
- III – Recurso especial não conhecido.²²

Estando comprovado que o comportamento da vítima foi a razão da ocorrência do evento, sendo ela a única responsável pelo resultado danoso, a culpa no caso é exclusivamente dela e por isso, não se pode falar em relação de causa e efeito entre o acidente e o dano.

Por sua vez, a **culpa concorrente da vítima**, também denominada de **autoria plural** ou **de causalidade múltipla** se verifica toda vez que, tanto vítima quanto terceiro agem de forma culposa concomitantemente e que da conduta de ambos, o evento danoso é produzido. Na verdade, são duas condutas concorrendo para a produção de um único dano. Tem-se, de um lado, a conduta imprudente do agente causador do dano e de outro, a conduta indisciplinada da vítima. Nessa modalidade, o juiz considera isoladamente a participação de cada um dos atores, repartindo a indenização entre os responsáveis pelo dano, na proporção da participação de cada um. Haverá dosimetria do julgador quando da fixação da responsabilidade de cada um no evento. Assim, por exemplo, se dois motoristas trafegam em alta velocidade e porventura venham a colidir em razão do excesso de velocidade, haverá a divisão da indenização na proporção da culpa de cada um deles. Poderá ainda, a culpa ser reduzida proporcionalmente pelo juiz entre as partes, considerado a gravidade da culpa de cada agente.

Conclui-se, portanto que a concorrência de culpas não exclui a responsabilidade da vítima, apenas a atenua.

2.3.3 Fato de terceiro

Cumprido discorrer, por fim, sobre a última espécie de excludente de causalidade, qual seja, **fato de terceiro**.

²² Recurso Especial 160.051/RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 05/12/2002, publicado no DJ em 17/02/2003, p. 268. Acesso a internet www.stj.jus.br, em 15/09/2010.

Nessa espécie, tem-se que a conduta decisiva para a produção do dano não é da vítima, mas de terceiro. “Fato” é sinônimo de conduta, comportamento. Haverá exclusão da responsabilidade do causador direto do dano quando restar provado que o ato do terceiro foi causa exclusiva do prejuízo. Nessa linha de raciocínio, desaparecerá a relação de causalidade entre a omissão ou ação do agente e o dano. Estando o terceiro singularizado, devidamente identificado, a reparação do dano causado será a ele atribuída. Contudo, o jurista JOSÉ DE AGUIAR DIAS afirma que:

Sem dúvida, o fato de poder identificar o terceiro contribui para melhor caracterização do fato que se lhe atribui. Mas isso não é condição essencial para tal configuração, como sucede, por exemplo, no dano produzido por terceiro que fugiu e não foi encontrado, tendo sido visto, entretanto, a praticar o ato de que resultou o prejuízo. Se o dano não pode ser atribuído a alguém, nesse sentido de que se deva a ação humana, estranha aos sujeitos da relação vítima-responsável, não há fato de terceiro, mas caso fortuito ou de força maior. Recorde-se, entretanto, que é muito difícil e delicado precisar a diferença entre o fato de terceiro e o produzido pelas forças naturais. O mau estado do caminho, por exemplo, será fato de terceiro, isto é, da pessoa, física ou jurídica, a quem incumbe a sua conservação, se provier de negligência desta obrigação. Não o será, entretanto, se de chuvas intensas.²³

Ademais, nos dizeres do mestre acima citado, “o fato de terceiro só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimine, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato.”²⁴

Assim, quando alguém, ao embarcar em um táxi e, se porventura, durante o trajeto ocorrer um acidente causado por outro veículo, um ônibus, por exemplo, as eventuais lesões causadas no passageiro do táxi serão custeadas pelo taxista que sofreu a colisão, tendo em vista que a sua condição na espécie é de “transportador”. Com efeito, entre o taxista e o passageiro, existe uma relação de consumo estando tacitamente implícito no contrato de transporte a cláusula de incolumidade. Cabe salientar que tal ressarcimento é devido, mesmo em se tratando de fato de terceiro, segundo previsão expressa do artigo 735, do Código Civil de 2002.

Contudo, caberá na espécie o direito de regresso do taxista pelas despesas por ele custeadas contra o verdadeiro responsável pela colisão. Desde que não equiparada a caso fortuito, o fato de terceiro não exonera o devedor da obrigação de reparar.

²³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**: tomo II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1973. p. 300.

²⁴ DIAS, José de Aguiar. *op. cit.*, p. 298.

Estabelecido que o nexo causal é um dos elementos essenciais para a reparação do dano, importa analisar o último elemento da responsabilidade civil: o dano.

2.4 Dano

Dano é a subtração, o mal ou diminuição de um bem jurídico. Sem prova do dano, não há responsabilidade civil.

RICARDO LUIS LORENZETTI afirma que o pressuposto da responsabilidade civil que mais demanda estudo é o dano, pois “el daño se constituye en el centro alrededor del cual gravita la responsabilidad, y es el factor que la expande al ampliarse su concepto.”²⁵

A obrigação de indenizar provém da violação de um direito e da ocorrência de um dano simultaneamente, pois o artigo 186, do Código Civil é expresso ao dispor “violar direito e causar dano a outrem”. Logo, a conjunção aditiva “e” denota que o dano deve ser **concreto**, não podendo ser fictício ou inexistente.

Nessa linha de pensamento, não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se reclama na ação, seja capaz de produzir o dano, tenha cunho prejudicial. É preciso que se prove o dano concreto, trazendo ao julgador a realidade do prejuízo que fora experimentado.

A doutrina apresenta várias definições mantendo a idéia central de lesão a qualquer bem jurídico, tanto de ordem **patrimonial** (bens passíveis de valoração econômica) quanto de ordem **moral** ou **extrapatrimonial** (bens imateriais relacionadas à vida, saúde, honra, nome, sentimentos).

MARIA HELENA DINIZ aduz:

Dano é a lesão, equivalente à diminuição ou destruição, que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa (física ou jurídica) ou mesmo uma dada coletividade, em

²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. La responsabilidad civil. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 12, n. 46, p. 41-76, abril-junho, 2003, p. 51.

detrimento de sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral²⁶.

Complementando o aduzido, XISTO TIAGO DE MEDEIRO NETO estabelece:

A compreensão do dano, diz respeito a qualquer lesão sofrida pelo ofendido (pessoa física, pessoa jurídica ou mesmo uma coletividade) em seus bens jurídicos, pertinentes aos campos patrimonial e extrapatrimonial (ou moral). Já afirmava Rudolf Ihering que a pessoa tanto pode ser lesada no que “tem”, como no que “é”.²⁷

Considerando que o trabalho ora desenvolvido versa especificamente sobre a responsabilidade civil punitiva, aliado ao fato de que o dano é elemento precursor do referido instituto, importando no dever de reparar qualquer espécie de dano (material, moral ou à imagem), convém trazer à lume a elucidativa definição do elemento da responsabilidade civil, segundo ARNALDO RIZZARDO:

Dano moral, ou não patrimonial, ou ainda extrapatrimonial, reclama dois elementos, em síntese, para configurar-se: o dano e a não diminuição do patrimônio. Apresenta-se como aquele mal ou dano – que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a reputação, a beleza, etc. Há um estado interior que atinge o corpo ou espírito, isto é, fazendo a pessoa sofrer porque sente dores no corpo, ou porque fica triste, ofendida, magoada, deprimida. A dor física é a que decorre de uma lesão material do corpo, que fica com a integridade dos tecidos ou do organismo humano ofendida; a moral ou do espírito fere os sentimentos, a alma, com origem em uma causa que atinge as idéias²⁸.

A conceituação de dano moral ofertado por WILSON MELO DA SILVA é precioso para todos os estudiosos da responsabilidade civil. É dele o melhor conceito:

Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.²⁹

Em artigo publicado por JOSÉ EDUARDO CALLEGARI CENCI, tem-se que o conceito dado por Wilson Melo da Silva fora bem trabalhado por este jurista. O articulista definiu o dano moral como aquele que diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito em seu patrimônio de valores exclusivamente ideais. Diz ele:

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 7. p. 48.

²⁷ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 32.

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *op. cit.*, 2005, p. 72.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 13.

Na conformidade desta doutrina, o dano moral, teria, como pressuposto ontológico a dor, vale dizer, o sofrimento moral ou mesmo físico inferido à vítima por atos ilícitos, em face de dadas circunstâncias, ainda mesmo que por ocasião do descumprimento do contratualmente avençado. O chamado dano moral tem estreita conotação com a dor: seja ela moral ou física, jamais afetando o patrimônio econômico do lesado.

Quando recorda as lições de Wilson Melo da Silva, afirma:

Lembra esse autor que: Os danos morais são os danos da alma, como diria o apóstolo São João. O dano moral, pois, é absolutamente distinto do dano material que é palpável e não tão difícil de ser avaliado. Aos prejuízos ou danos, aos quais, pela própria natureza subjetiva de que se revestem, é impossível encontrar equivalente patrimonial, reservamos o nome de danos morais.

(...)

Dano moral é, em síntese, o sofrimento experimentado por alguém, no corpo ou no espírito, ocasionando por outrem, direta ou indiretamente derivado de ato ilícito.³⁰

Estabelecida a conceituação, tem-se que o dano pode ser de várias espécies: positivo ou emergente; negativo ou lucros cessantes; patrimonial ou material; pessoal ou imaterial ou ainda extrapatrimonial, que por sua vez, se subdivide em duas sub-espécies: **dano físico e dano moral**.

O dano que interessa ao presente estudo é tão somente o **dano moral**, uma vez que a responsabilidade civil punitiva, a ele está atrelada, razão pela qual limitar-se-à a abordagem apenas deste tópico.

Preliminarmente, convém dizer que, estabelecendo-se um paralelo entre o artigo 159 do Código Civil de 1916 e o atual artigo 186 do Novo Código Civil, observa-se que a expressão “**ainda que exclusivamente moral**” neste último contida, permitiu a inserção definitiva do dano moral no ordenamento jurídico como bem jurídico, merecedor de proteção pelo legislador infraconstitucional, sendo tal inserção de grande valia para o campo da responsabilidade civil.

Com efeito, o Código Civil de 1916, instituído em 01.01.1916 pela Lei 3.071, tratara em seu art. 159 da possibilidade, ainda que implícita, de se pleitear a reparação por danos morais, tendo em vista que a norma deixava em aberto o alcance pretendido pelo legislador. O artigo era assim redigido:

³⁰ CENCI, José Eduardo Callegari. Considerações sobre o dano moral e a sua reparação. **Revista dos Tribunais**, ano 81, v. 683, p. 45-48, set. 1992. p. 45.

Art. 159 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

CLÓVIS BEVILÁQUA entendia que o dano moral estaria compreendido no termo “dano” em razão de que se existe interesse moral que justifique uma ação para defendê-lo, esse interesse é indenizável. Asseverava o jurista:

se o interesse moral justifica a ação para defende-lo, ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro [...] é por uma necessidade dos nossos meios humanos, sempre insuficientes, e, não raro, grosseiros, que o direito o vê forçado a aceitar que se computem em dinheiro o interesse de afeição e os outros interesses morais.³¹

O fundamento constitucional que instituiu o dano moral ao atual dispositivo infraconstitucional, como já dito alhures, foi o art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988 que contém o seguinte regramento:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 [...] *omissis*
 V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
 [...] *omissis*
 X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Devidamente conceituado a espécie e provado o dano ocasionado à vítima, a conduta culposa do agente bem como o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, resta, portanto, configurada a responsabilidade civil do requerido ou demandado, nos exatos termos do artigo 186, do Código Civil de 2002.

Aquilatar “quanto vale a dor” é questão altamente tormentosa para os julgadores, além de ser excessivamente controvertida na jurisprudência e doutrina pátria. Várias foram as objeções que se levantaram acerca da reparabilidade do dano puramente moral. Hoje, todas as argumentações no sentido de que seria imoral transformar em pecúnia a dor ou que seria impossível determinar o *quantum* vale um sofrimento interno, restaram sufragadas com a

³¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930. v. 1. p. 313.

inserção da expressão “**ainda que meramente moral**” pelo artigo 186, do Código Civil, restando, portanto, definitivamente autorizada a mensuração da dor em dinheiro.

Hoje a dificuldade reside em liquidar o dano moral, atribuir um valor a este instituto. A questão se justifica devido ao seu critério subjetivo, pois se delegou ao Estado-juiz dimensionar, segundo o seu prudente arbítrio, a fixação do dano moral ao caso concreto. Será, portanto, do Estado-juiz a obrigação de dizer o direito, avaliando as circunstâncias do caso, o mal sofrido pela vítima, a conduta do ofensor, a capacidade econômica das partes e a condição em que a vítima se viu reduzida, para o estabelecimento da reparação.

Novamente recorrendo às lições de JOSÉ EDUARDO CALLEGARI CENCI tem-se:

(...) Isto consolida que o dano moral é, tecnicamente, reparável, pois, com a indenização, pelo menos, pode-se levar a efeito tratamento que elimine suas conseqüências. Logo, o dano moral é ressarcível sim. Ainda que alguma dificuldade resulte na apuração do “quantum”, o qual, aliás, não pode ser irrisório e nem demorado.

É bem verdade ser impossível de se avaliar precisamente o preço da dor – qualquer dor-. Mas, daí, afirmar-se que aquele que causou a dor não deva ser compelido a ressarcir materialmente o ofendido por ela é um contra-senso. De algum modo, o agressor, necessariamente, haverá de propiciar à vítima uma satisfação tão grande, na medida do possível, quanto a dor que motivou. É certo que o contrabalançar monetário pode realizar isso. Afinal, aquele que tira à vida do filho de outrem, causando-lhe tristeza profunda, pode, através de indenização, patrocinar os estudos de filho remanescente, compensando aos pais a dor com imensa exultação.

(...)

Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude de dano moral, não pede um preço para a sua dor, mas, apenas, que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica. Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como, em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é a de pena.³²

Como se vê, não é nova a idéia de que o dano moral comporta a função de pena.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ao comentar a questão, verbera:

O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferecendo uma definição de dano moral como ‘qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária’, e abrange todo atentado à reputação da vítima,

³² CENCI, José Eduardo Callegari. Considerações sobre o dano moral e a sua reparação. **Revista dos Tribunais**, ano 81, v. 683, p. 45-48, set. 1992. p. 45.

à sua autoridade legítima, ao pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, às suas afeições, etc.³³

O que se percebe é que a questão ainda está dividida.

Parte da doutrina, dentre eles, José de Aguiar Dias, Amílcar de Castro, Judith Martins-Costa e Humberto Theodoro Júnior entendem que a condenação do ofensor em dinheiro por danos morais tem caráter meramente anestesiador, lenitivo para a dor provocada, significando mais uma satisfação pelo mal provocado do que uma reparação propriamente dita. Nessa linha, os argumentos são de que a indenização não compensa nem faz desaparecer a dor do ofendido. A indenização serve, então, como maneira de substituir um bem jurídico por outro.

Com efeito, exemplificando um dos autores acima, apura-se que HUBERTO THEODORO JÚNIOR categoricamente afirma:

Nunca poderá o juiz arbitrar a indenização do dano moral tomando como base tão-somente o patrimônio do devedor. Sendo a dor moral insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos Tribunais, no sentido de que “o montante da indenização será fixado “equitativamente” pelo Tribunal (Código Civil Português, art. 496, inc. 3). Por isso, lembra R. LIMONGI FRANÇA a advertência segunda a qual “muito importante é o juiz na matéria, pois a ‘equilibrada fixação’ do *quantum* da indenização muito depende de sua ‘ponderação e critério’ (“Reparação do Dano Moral”. RT, 631/36).³⁴

Para esses autores, o efeito lenitivo, anestesiador ou ainda atenuante que o dinheiro oferece à vítima, serve apenas como uma compensação para o mal que lhe fora causado. O dinheiro possibilita à vítima satisfazer um gosto, comprar algo para diminuir seu desalento.

De outra sorte, a doutrina mais moderna, mas ainda minoritária (Maria Helena Diniz, Sérgio Cavalieri Filho, Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, Gustavo André Correa de Andrade, Nelson Rosendal, dentre outros) defendem a tese de que, quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório desloca-se para a convergência de duas forças: **a primeira**, de caráter **punitivo**, visa castigar o causador da ofensa, com sua condenação; **a segunda**, de caráter **compensatório**, tem como objetivo conceder à vítima uma soma que lhe proporcione prazeres em contrapartida ao mal sofrido.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. Tópico 45.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. aumen. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997. v. 1. p. 19.

As nossas Cortes Superiores de Justiça vêm se pronunciando de forma controvertida, pois ora se aplica o critério dos danos morais compensatórios, ora estabelecem danos morais compensatórios e punitivos. Com efeito, a pesquisa realizada no Superior Tribunal de Justiça e que será demonstrada ao longo deste trabalho, demonstra que o tribunal da cidadania não denota posição homogênea quanto a aplicação da teoria dos *punitive damages*.

Na verdade, a configuração do dano moral e sua quantificação exigirão que o magistrado se valha da sua experiência e de seu prudente arbítrio para estabelecer no caso concreto se o mesmo se verificou e qual o valor a ser fixado, observando-se ainda sob qual aspecto deverá prevalecer a fixação do dano, se apenas compensatório ou compensatório e punitivo. Já era esse o entendimento de WILSON MELO DA SILVA:

É preponderante, na reparação dos danos morais, o papel do juiz. A êle, a seu prudente arbítrio, compete medir as circunstâncias, ponderar os elementos probatórios, “inclinarse sobre as almas e perscrutar as coincidências” em busca da verdade, separando sempre o joio do trigo, o lícito do ilícito, o moral do imoral, as aspirações justas das miragens do lucro, preferidas por DERNBURG. E após tudo, decidindo com prudência, deverá, depois, determinar em favor do ofendido, se fôr o caso, uma moderada indenização pelos danos morais. A justiça humana é contingente como a própria humanidade. Não pode, pois, o homem, por isso mesmo, dar de si mais do que lho permita a natureza. O conteúdo jamais ultrapassa, logicamente, o continente, e tudo o que do homem proviesse traria consigo a indifarável marca de sua origem. Não existe, ainda, a balança exata, cientificamente certa, na qual se pudesse pesar os imponderáveis da justiça e com a ajuda da qual o cuique tribuere pudesse se materializar sem a interferência do arbítrio judicial. Na aplicação da lei há sempre algo de arbitrário, alguém já o disse. E nada mais certo.³⁵

Não restam dúvidas que, na hipótese de fixação dos danos morais em favor da vítima, os prejuízos morais, a posição social da vítima, a projeção de sua atividade para o futuro, a situação na qual se viu reduzida e o caráter pedagógico da medida a ser imposta ao ofensor, deverão ser aferidos pelo julgador.

Há ainda que se ter em mente que:

a questão da duração em maior ou menor tempo do dano diz respeito à maneira como será a reparação, mais ou menos ampla. Vai depender da qualidade, da intensidade da lesão, além da condição da vítima, de sua sensibilidade, de seu status pessoal. A literatura tem mostrado que, não raro, personalidades famosas têm testemunhado, de forma contundente, o sofrimento de dores, cujo tempo de vida não foi suficiente para curá-las. Dores profundas que se aninharam na lama por toda

³⁵ SILVA, Wilson Melo da. *op.cit.*, p. 485, 486.

a existência. Há dores que levam à decadência física e psíquica e à morte. Há outras eternas que não matam, que se fazem vivas a vida toda e, assim, tornam-se causas de obras-primas de poetas e de escritores.³⁶

Competirá, portanto, ao juiz, julgar criteriosamente as questões de foro íntimo, para a fixação do dano moral. Neste sentido, importantíssima a lição abaixo:

A prova do dano moral, por se tratar de aspecto imaterial, deve lastrear-se em pressupostos diversos do dano material. Não há, como regra geral, avaliar por testemunhas ou mensurar em perícia a dor pela morte, pela agressão moral, pelo desconforto anormal ou pelo desprestígio social. Valer-se-à o juiz, sem dúvida, de máximas da experiência. Por vezes, todavia, situações particulares exigirão exame probatório das circunstâncias em torno da conduta do ofensor e da personalidade da vítima. A razão da indenização do dano moral reside no próprio ato ilícito. Deverá ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima.³⁷

Na árdua tarefa de arbitrar os danos morais, surge a figura da equidade como parâmetro para a fixação da verba. Sendo ela um sinalizador de equilíbrio, esperar-se-à do magistrado a correta e justa aplicação da lei na reparação do mal.

MARIA HELENA DINIZ elucida bem a *quaestio*:

Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenua a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender a necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, assim, seu sofrimento.³⁸

A equidade como boa medida da indenização é observada diversas vezes no Título IX – Da Responsabilidade Civil – do Código Civil de 2002, como elemento capaz de afetar o valor da indenização. Ela está prevista nos seguintes artigos:

³⁶ VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. **Reparação do dano moral**: Controvérsias e perspectivas. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 43.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *op.cit.*, p. 37.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. A Responsabilidade Civil por Dano Moral. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, ano 2, n. 9, jan./fev. 1996. p. 9.

Art. 928 – O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único – A indenização prevista neste artigo, que deverá ser **equitativa**, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou pessoas que dele dependem.

Art. 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único – Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, **equitativamente**, a indenização.

Art. 953 – A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único – Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, **equitativamente**, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954 – A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

À vista do exposto, tem-se que o legislador infraconstitucional delegou ao Estado-juiz, a tarefa de, ao examinar o caso que lhe fora posto, analisar as circunstâncias pessoais das partes e as peculiaridades materiais que o envolve, determinando ao ofensor uma justa indenização, equitativamente e se necessário for. Conclui-se, deste modo, ser a equidade um indicador obrigatório para o magistrado quando do arbitramento do dano extrapatrimonial, pautado na proporcionalidade e razoabilidade. Exige, portanto, bom-senso do juiz para a correta dosimetria do valor a ser fixado a título de indenização.

No que tange à fixação dos danos morais, uma passagem merece registro. Em que pese o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ser bastante conservador reconhecendo apenas a função compensatória dos danos morais, talvez por ser uma característica marcante de seu povo, o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, já àquela época, proferira decisão vanguardista que guarda consonância com a doutrina mais moderna, quando já naquela oportunidade, reconhecia a dúlice função do dano moral.

A despeito de o acórdão abaixo citado, lamentavelmente, não estar disponibilizado na internet, tem-se que o mesmo pode e deve ser considerado como de vanguarda para o Tribunal mineiro, no instante em que o aresto revela a preocupação dos Desembargadores participantes do julgado com a ocorrência do dano, tendo em conta a intenção dolosa do agente causador do prejuízo e a necessidade de puni-lo para que não haja repetição da conduta imprimida.

Transcreve-se trecho do referido aresto:

Embora a avaliação dos danos morais para fins indenizatórios seja das tarefas mais difíceis impostas ao magistrado, cumpre-lhe atentar, em cada caso, para as condições da vítima e do ofensor, para o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como para a extensão dos prejuízos morais sofridos pelo ofendido, tendo em conta a finalidade da condenação, que é punir o causador do dano, de forma a desestimulá-lo à prática futura de atos semelhantes, e propiciar ao ofendido meios para minorar seu sofrimento, evitando, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado, ou que seja inexpressivo a ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa.³⁹

Percebe-se, portanto, que o Tribunal mineiro entendeu que a retribuição pelo mal causado à vítima não poderia ser inexpressiva a ponto de nada significar para o responsável pelo dano. Ao contrário, pontuou que a fixação dos danos morais pelo juiz deverá ser feita de forma equânime, mas em conformidade com as circunstâncias do caso concreto, as condições pessoais da vítima, o grau de culpabilidade da conduta, levando-se em consideração também a necessidade de se impor pela condenação, um alcance educativo e inibitório de forma a desestimular a prática reiterada da conduta. Verifica-se, desta maneira, que a decisão proferida guardava conceitos da teoria dos *punitive damages*, ainda que em nenhum momento o voto a mencionara.

De toda sorte, o aresto proferido na década passada é ainda atual e está em sintonia com a melhor doutrina acerca da responsabilidade civil, dissertada por WILSON MELO DA SILVA. Veja-se o que preleciona o autor:

Outro fator relevante a ser considerado pelo juiz na fixação do quantum indenizatório dos danos morais, consistiria na indagação do comportamento do autor do evento ao ensejo de sua perpetração.

Maior ou menor parcela, aí, de culpa ou, mesmo, maior ou menor intensidade de dolo da parte do agente, sempre haveria de determinar maior ou menor graduação no montante do ressarcimento a ser outorgado.

De outro lado, indiferentes não seriam o comportamento da própria vítima, a maior ou menor ressonância dos fatos em seu espírito, a maior ou menor repercussão dêles em face da sociedade.

De parecer diverso não é René Savatier que aconselha ao julgador, em casos que tais, levar na devida conta não apenas os padecimentos da vítima como a não perder, também, de vista “*quel a été lè poids, léger ou grave, de faute qui a cause ce préjudice moral*”.⁴⁰

³⁹ Apelação Cível nº 292.692, da 3ª. Câmara Cível, DJ de 28.06.2000, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 7, set.-out. 2000, Porto Alegre, p. 116, apud RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Forense. Rio de Janeiro, p. 261, 2005.

⁴⁰ SILVA, Wilson Melo da. *op. cit.*, p. 516, 517.

Assim, verificados os pressupostos da responsabilidade civil, advém como consequência direta e inegável o dever de reparar o dano pelo agente ou ofensor. E é em razão desta obrigação instituída pelo legislador através do Código Civil de 2002 que se tratou detalhadamente em diversos artigos, a responsabilidade civil.

Por isso a importância do tema, instigante e necessário, tanto para o meio acadêmico como para o mundo jurídico, pois, cada vez mais se espera que os operadores do direito debatam o alcance das normas; percebam a vontade do legislador ao elaborá-la e trabalhem arduamente para que os pronunciamentos dos Tribunais Superiores, ao decidir tão importante assunto, sejam voltados para o bem coletivo, em prol de toda a sociedade e não apenas para o interesse de uma classe empresarial. Há que se ter como objetivo a construção de uma sociedade mais justa, voltada pelo bem comum e que reprima satisfatoriamente os danos causados aos direitos da personalidade. Se assim ocorrer, certamente haverá menos conflitos individuais em jogo, com menor interferência do Poder Judiciário na vida das pessoas.

3 TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES* OU *EXEMPLARY DAMAGES*

No presente capítulo, tratar-se-á do estudo da teoria dos *punitive damages* ou *exemplary damages*, trazendo sua origem, conceito, objetivo, importância, critérios de aplicação no Brasil e em outros países, apontando-se ainda os fatores positivos e negativos mencionados pela doutrina e jurisprudência para a aplicação da teoria no Brasil, além de se analisar alguns julgados proferidos pelas altas cortes brasileiras.

3.1 Introdução

Inicialmente, convém situar a origem da teoria dos *punitive damages*. O contexto histórico é importante para a compreensão do todo.

Pode-se dizer que a teoria dos “*punitive damages*”, também conhecida por “*exemplary damages*” é a teoria seguida pelos países filiados ao sistema do *common law*⁴¹, oriundas do direito inglês e norte-americano. No Brasil, é conhecida como Teoria do “Valor do Desestímulo”.

Traduzindo-se as expressões, tem-se que “*damage*” no singular, significa dano, prejuízo. De outro lado, “*damages*” no plural, significa indenização, ressarcimento. Assim, a teoria da indenização punitiva ou da indenização exemplar, é a teoria que pretende a indenização, ou seja, o ressarcimento total, se possível, de um bem jurídico lesionado, de forma exemplar, com cunho punitivo a fim de desestimular a prática reiterada da conduta lesiva. É uma teoria que visa a compensação do ofendido e a punição do ofensor, segundo uma idéia pedagógica-inibitória.

Com a adoção dessa teoria, entende-se que tanto ofensor quanto terceiros ficam pré-avisados que, se praticado o ato ilícito, uma quantia considerável será arbitrada a título de

⁴¹ Sistema jurídico em que uma das fontes primárias do Direito é a decisão ou o precedente judicial (*precedent*). O conjunto dessas decisões (*case-law*), vinculadoras de casos futuros, constitui o Direito comum, aplicável preferencialmente em relação às normas estabelecidas abstratamente em leis ou outros diplomas emanados de órgãos com competência legislativa. Conforme ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, *Op. Cit.*, p. 176.

condenação por danos morais punitivos e, dessa forma, algumas centenas de ações judiciais, quiçá milhares, poderão esvaziar ou pelo menos reduzir, os nossos já tão abarrotados tribunais.

Preliminarmente, convém traçar as diferenças entre o sistema do *common law* do sistema do *civil law*.

O sistema do *common law* distingue-se do sistema jurídico adotado no Brasil (*civil law*) porque, no nosso ordenamento, oriundo da família romano-germânica, privilegia-se o direito posto. O magistrado, ao julgar um caso concreto, fica submetido ao princípio da legalidade, conforme o disposto no artigo 126, do Código de Processo Civil.

O artigo 126 do Código Civil é claro ao estabelecer a obrigação de o magistrado aplicar a lei.

Art. 126 – O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Pelo artigo supra, percebe-se que, apenas em não existindo norma legal ao caso concreto, o magistrado poderá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Havendo lei para o caso, o juiz está obrigado a interpretar a lei, estando a ela vinculado em razão do princípio da legalidade.

Já no sistema do *common law*, o que realmente importa são os **fatos e as suas circunstâncias**. Nele, o juiz está adstrito à regra dos precedentes ou do “*stare decisis*”. Isso significa que, o Poder Judiciário ao julgar um caso concreto, verificará se já existe precedente para ele e dará resolução conforme os precedentes já existentes, desde que haja similitude entre o caso concreto e aquele utilizado como paradigma.

Segundo TONI M. FINE, a doutrina do *stare decisis* estipula que, uma vez que um Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subseqüentes que apresentem fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior.⁴²

⁴² FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 782, p. 90-96, dez. 2000. p. 90.

Segundo preleciona WILSON MELO DA SILVA:

Os anglo-saxões, em vez de sancionarem normas fecundas em conseqüências, das quais, por dedução, se fizessem as aplicações aos casos concretos, preferem partir dos próprios casos concretos. Reúnem em grupos as espécies que lhes parecem semelhantes e, quando são chamados a decidir, consultam as coleções-séries dessas espécies análogas. Achando o grupo símile, resolvem a pendência de acôrdo com êle. É o direito consuetudinário agindo em sua plenitude.⁴³

No direito anglo-saxão, o direito positivado é tão importante quanto os fatos da causa. O fator determinante para o resultado de um julgamento são os “*facts of the cause*”, ou seja, os fatos da causa. Os fatos do processo relacionam-se com todos os eventos da causa. A soma desses elementos (fatos da causa e do processo) revelará o julgamento como um todo, sendo então proferida decisão pelo juiz, conforme as circunstâncias e as peculiaridades presentes no caso, observados os precedentes.

No Brasil, o julgamento é eminentemente técnico, tendo em vista que o Estado outorgou a si próprio e com caráter de exclusividade, a função jurisdicional. Ao Estado-juiz é dado resolver os litígios, excetuadas as hipóteses do tribunal do júri. Já no direito anglo-saxão, o julgamento pode se dar por um corpo de júri, sob a direção de um juiz. A decisão do júri é soberana e a função do juiz é a de garantidor da aplicação da lei.

A lição de JUDITH MARTINS-COSTA e MARIANA SOUZA PARDENGLER é necessária:

Nos Estados Unidos, via de regra, cabe ao júri a fixação dos *punitive damages*. Tradicionalmente, o sistema jurídico norte-americano deposita grande importância no papel do júri para decidir questões relevantes, confiando neste como um *garantor of fairness, a bulwark against tyranny, and a source of civic values*. Isso, apesar de terem sido (e serem) tantos e tamanhos os abusos, tão gritantes a “comercialização” e a ideologização dos casos judiciais no âmbito dos *punitive damages*, que uma suspeição generalizada erodiu a histórica confiança no papel do júri para tal mister. Daí que, recentemente, tenha a Suprema Corte, procurado fixar certos parâmetros que visam minorar o que tem sido chamado de “indústria das indenizações milionárias”, objeto, inclusive, de literatura popular recente.⁴⁴

Poder-se-ia imaginar que a ausência de códigos e a simples aplicação dos precedentes aos casos concretos trariam a fragilidade do sistema anglo-saxão ou ainda o engessamento dos

⁴³ SILVA, Wilson Melo da. *op. cit.* 156.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, v. 28, p. 15-32, 2005. p. 19.

julgados. A justificativa é a de que o sistema do *common law* prestigia a repetição dos precedentes ou julgados já existentes. Contudo, isso não é uma verdade absoluta.

Tem-se verificado uma modificação paulatina, mas crescente, no que tange a alteração dos precedentes do sistema do *common law*.

Com efeito, considerando-se a natural evolução das questões sociais, com novos reclamos da sociedade, o sistema do *common law* tem evoluído bastante. Essa evolução é observada principalmente nos Estados Unidos da América, sendo certo que o ordenamento jurídico americano tem acompanhado essas transformações sociais, notadamente no campo do direito do consumidor e tem, à medida dessas transformações, adaptado seus precedentes, em conformidade com a realidade social vivida.

Outro campo que destaca quanto às alterações jurídicas no sistema do *common law* é o da responsabilidade civil, objeto do presente estudo. Tal mudança se deve a uma conscientização ética-social, que vem sendo amplamente difundida pelos sistemas de comunicação e absorvida, portanto, pela sociedade americana. A tendência mundial é a de que, cada vez mais, as pessoas conheçam seus direitos e, a partir desse conhecimento, conscientizem-se deles, adotando condutas responsáveis no trato com o meio ambiente e com os seus semelhantes.

É prudente observar que os precedentes estabelecidos pelas Cortes americanas são flexíveis, podendo um precedente não ser aplicado por um Tribunal. TONI M. FINE explica as situações que esse fenômeno se dá. Veja-se:

Em suma, os Tribunais podem-se recusar a aplicar uma decisão anterior se: 1) o caso anteriormente decidido envolver uma questão de direito distinta; 2) o escopo do caso anteriormente decidido for tão limitado que não se aplica ao caso em pauta; 3) os fatos do caso anteriormente decidido forem distintos daqueles a que se refere o caso atual; ou 4) rejeitem a decisão anterior porque o princípio nele inserido: a) deve ser revogado; ou b) tal decisão reflete *dicta*, isto é, pronunciamentos e opiniões do Juiz encontrados no bojo da motivação da decisão judicial (sentença ou acórdão) e que, pois, não se constituem no seu dispositivo. Frequentemente, Tribunais deixam de aplicar princípios de casos anteriormente decididos pela conjugação desses fatores.

Obviamente, quando não existe precedente direto abrangendo o caso *sub judice*, o Tribunal está livre para decidir a questão com base em princípio de razoabilidade/equidade e justiça.⁴⁵

⁴⁵ FINE, Toni M. *Op. cit.*, p. 92, 93.

Percebe-se então que, embora a regra do *stare decisis* encontre solidez no ordenamento jurídico norte-americano, visto que o sistema do *common law* prestigia a previsibilidade e a segurança das decisões com a aplicação dos precedentes, não há empecilho para que a regra seja flexibilizada, desde que os fatores arrolados pela doutrina acima transcrita, permitam essa modificação.

No que tange a questão do dano moral no direito norte-americano, CLAYTON REIS fez os seguintes apontamentos:

O direito americano recepcionou de forma clara e precisa a compensação dos danos morais, sob o fundamento de que todo o dano deve ser objeto de reparação. Aliás, essa postura deve-se ao espírito pragmático dos povos anglo-americanos, e decorre, igualmente, do estilo de vida eminentemente patrimonialista da sociedade americana, no caso específico dos Estados Unidos da América do Norte. Assim, ao recepcionar a reparação dos danos de natureza extrapatrimonial, as penas pecuniárias assumiram proporções vultosas, típicas de uma sociedade altamente industrializada e economicamente rica. É o smart-money, ou seja, o pagamento da dor.⁴⁶

WILSON MELO DA SILVA lançou os seguintes registros:

E na jurisprudência dos tribunais anglo-americanos, segundo o já citado SARFATTI, parece se observar uma constante, qual seja a de que a reparação pelos danos morais sempre se verifica naqueles casos nos quais existe, da parte do agente, a intenção do ultraje. Isto, contudo, adverte MINOZZI, não é decisivo para que aí se veja, como característica dessas reparações, a simples pena, uma vez que, para alguns Estados da América do Norte, essa separação só é reconhecida e aceita nas hipóteses de ofensas não reconhecidas pela lei criminal.⁴⁷

À vista das doutrinas acima, conclui-se que, a admissão da reparabilidade do dano moral na Inglaterra e nos Estados Unidos da América é possível e cabível nas hipóteses em que o agente age com dolo ou culpa grave.

Por fim cabe salientar que a força de um precedente somente pode ser reconhecida em duas circunstâncias: quando o mesmo for emanado por um tribunal superior em relação ao órgão judicial de primeira instância e no caso de o precedente ser emanado de um tribunal hierarquicamente superior ao outro. Nesses casos, diz-se que o **precedente é obrigatório**, devendo, portanto, ser seguido. Afora essas hipóteses, nenhuma força vinculativa exerce um

⁴⁶ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p. 43.

⁴⁷ SILVA, Wilson Melo da. *op. cit.*, 162.

precedente sobre o outro, como no caso de, por exemplo, o precedente de um estado-membro determinar ou influir no precedente de outro estado-membro.

Feitas as considerações iniciais, avançar-se-à no estudo proposto.

3.2 Origem da teoria dos *punitive* ou *exemplary damages*

Dois precedentes datados do século XVIII serviram de ponto de partida para o firmamento da doutrina dos *punitive* ou *exemplary damages* (indenização punitiva ou indenização exemplar). Ambos ocorreram na Inglaterra e em ambos, a busca pessoal e a devassa à intimidade se deu através de mandados genéricos, por ato de autoridade contra profissionais de um jornal britânico.

Os precedentes datam precisamente do ano de 1.763 e referem-se aos julgamentos dos casos *Wilkes X Wood* e *Huckle X Money*.

No primeiro caso emblemático, o jornal *The North Briton* publicara artigo anônimo manifestando-se contrariamente ao governo do rei George III. Insatisfeito, o então Secretário Geral do rei George III determinara que os oficiais do reino realizassem “busca” no jornal no sentido de se descobrir a autoria do aludido artigo. Ocorre que além de a busca por provas não ter sido específica, posto que fora expedido mandado genérico, todos os funcionários do jornal ficaram detidos por horas a fio até que surgira uma pista de quem teria sido o autor do artigo. Descoberto o autor - *Mr. John Wilkes* - este, além de sofrer constrangimento ilegal por ter sido privado de sua liberdade de locomoção (detenção), teve sua intimidade completamente devassada e violada, pois os oficiais do reino invadiram sua residência e reviraram todos os seus pertences, valendo-se, inclusive, do uso da força para arrombar as gavetas. Irresignado com tal conduta, *Mr. John Wilkes* processara e submetera as violações sofridas ao júri popular, sendo certo que, para as condutas de constrangimento ilegal e violação da intimidade, o júri estabelecera a quantia de 1.000 (mil) libras em favor do jornalista, com o detalhe de a verba ter sido fixada como indenização civil punitiva, considerada a gravidade da conduta.

No segundo caso, o tipógrafo *Huckle* sofrera as mesmas violações descritas no parágrafo acima, mas a punição contida no veredicto foi menor do que no primeiro caso. Com efeito, o júri estabelecera a quantia de 300 (trezentas) libras a título de indenização civil punitiva em favor do *Mr. Huckle*, fundamentando que, a despeito de a vítima ocupar uma posição econômica bem modesta e ter recebido tratamento adequado durante o curto período em que ficara detido, a ofensa ao bem jurídico tutelado (liberdade) fora aviltante e despropositado. Em razão dessa conduta autoritária, seria necessário se fixar uma quantia que desestimulasse a prática reiterada desta conduta pelos oficiais do rei, a título de punição.

Convém salientar que, no caso em comento, a despeito de o tempo de detenção não ser exarcebado e não ter sido dispensado tratamento desumano ao tipógrafo, a verba punitiva fora aplicada pelo simples fato de os oficiais do reino terem prendido-no ilicitamente, sem mandado específico, apenas para fins averiguatórios. Fora comprovado então que, a única intenção dos oficiais era encontrar evidências que incriminassem práticas dele contra o rei George III, mas o júri entendera que, mesmo nada encontrando, os motivos eram muito irrelevantes, pequenos para tamanha violação à intimidade. Não existindo nada que o incriminasse, aliado ao fato de que as condutas adotadas atentavam contra a liberdade individual do requerente, o júri fixara indenização não como compensação pelo mal sofrido, mas como indenização civil punitiva. Percebe-se, portanto, que desde essa época, já se pensava em reprimir condutas aviltantes, punindo exemplarmente a violação de direitos inerentes à pessoa humana.

Esses, os primeiros casos reconhecidos pela doutrina alienígena, como sendo os precursores da teoria da indenização civil punitiva. A partir deles, a tese passou a ser construída, considerando diversos modos e aspectos (dissuasão do ofensor, correções de distorções da justiça penal, vingança, etc.). A partir desses registros, a teoria vem ganhando novos contornos e tem-se percebido que ela exerce, sobretudo, função protetora de direitos absolutos contra atitudes irresponsáveis, principalmente quando há violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3 Objetivos e importância da teoria: “*tort does not pay*”

A teoria dos *punitive damages* ou *exemplary damages* tem importância para o Direito, na medida em que ela se reveste de força protetiva ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, devendo ser entendida como uma teoria que se preocupa em alcançar da sociedade como um todo, a prática de condutas éticas, lícitas e voltada para bens jurídicos indisponíveis.

A influência de uma teoria moral como a que ora se estuda, é sempre decisiva e considerável para lastrear o princípio da dignidade da pessoa humana, pois se observada fielmente, certamente haverá menos descaso com a saúde, com a vida, com a honra, enfim, com os direitos da personalidade da pessoa natural. Ademais, devidamente observados os deveres de diligência e prevenção que a todos é imposto, certamente o volume de processos que aguardam julgamentos reduzirá e se perceberá uma redução na formação dos litígios, ocupando-se, portanto, cada vez menos, o Poder Judiciário.

Não se pode perder de vista que o paradigma da responsabilidade civil é a reparação de danos para restabelecimento de equilíbrio que foi rompido em razão do ato ilícito. É ponto pacífico que, a dignidade da pessoa humana, quando ofendida, deve ser juridicamente compensável, não se aceitando que “o ilícito compense” e que não haja reparação na medida do dano. Nesse sentido, deve se ter em mente que a pessoa lesionada merece ser protegida e imediatamente cessada toda e qualquer prática de ato que atente contra a dignidade da pessoa humana.

O dano moral surge quando alguém é ofendido em seus direitos fundamentais.

Na verdade, o dano moral não é objeto de ressarcimento ou indenização porque não se pode quantificar em valores matemáticos o valor da dignidade da pessoa humana. O que pode e deve haver é uma reparação, uma satisfação porque é impossível tornar indene (sem dano) algo que foi lesionado na esfera íntima da vítima. Vale lembrar que os atributos existenciais da pessoa humana não podem ser quantificados, como se dá no dano patrimonial ou material. O que se pode pleitear tão somente, é uma compensação ou uma satisfação pecuniária pelo dano moral suportado, como ensina a melhor doutrina de Wilson Melo da Silva.

Após inúmeras discussões acerca da possibilidade de se fixar dinheiro para pagamento dos danos morais, é fato incontroverso hoje que os danos morais são passíveis de arbitramento em dinheiro, sendo a moeda a resposta viável de se compensar a lesão causada à dignidade da pessoa humana. Essa foi melhor forma encontrada pelo legislador para reparar o mal causado.

Nos dizeres de SÍLVIO RODRIGUES:

A idéia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito. Todavia, em numerosíssimos casos é impossível obter-se tal resultado, porque do acidente resultou consequência irremovível. Nessa hipótese há que se recorrer a uma situação postiça, representada pelo pagamento de uma indenização em dinheiro. É um remédio nem sempre ideal, mas o único de que se pode lançar mão.⁴⁸

Força convir à existência de uma massificação ou proliferação de danos nos tempos atuais. Observa-se que os danos não se restringem à conflitos unicamente individuais. Hoje, os grandes problemas envolvem graves questões sociais, ambientais, e empresariais, relacionadas com violação aos direitos da personalidade. As lesões podem inclusive atingir direitos difusos e coletivos (direitos metaindividuais), em alguns casos. E os alcançando, o ordenamento jurídico vigente deve oferecer ao cidadão os meios para se evitar qualquer lesão à pessoa humana na ordem de sua intimidade, coletivamente.

RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JÚNIOR, ao afirmar sobre os riscos que a sociedade apresenta na atualidade, informa que a crença depositada é dirigida ao Estado. Diz ele:

Consequentemente, as pessoas tornam a voltar-se para o Estado, a fim de que este lhes proporcione a segurança necessária. E essa proteção é, novamente, fornecida pelo conjunto normativo, que irá assegurar os meios para se afastar tal risco ou, ao menos, para reparar os seus danos.⁴⁹

Nessa ordem de raciocínio, apresenta-se a teoria dos danos morais punitivos como uma boa opção legislativa. Pelo fato de a mesma prever a fixação de indenizações elevadas, para dissuadir ou desestimular a prática reiterada de atos ilícitos contra a pessoa humana ou

⁴⁸ RODRIGUES, Sílvio. *op. cit.*, 186.

⁴⁹ SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da Liberdade ao Controle**: os riscos do Novo Direito Civil Brasileiro. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009. p. 23.

contra uma coletividade, o instituto da responsabilidade civil moderno deve tê-la como um norte.

CLAYTON REIS sabiamente pondera:

O caráter preventivo-punitivo no nosso estatuto civil posiciona-se no sentido de atribuir a indenização mais ampla possível ao lesionado, conforme se depreende do contido no art. 948 do Código Civil. Ora, a abrangência almejada pelo legislador consiste na fixação de um valor punitivo que possa desencorajar o ofensor às novas investidas.⁵⁰

O efeito preventivo, o caráter pedagógico da medida e a certeza de que o ato ilícito será exemplarmente punido, trará ao ofensor, o receio de repetir a conduta, pois, se os juízes fixarem indenizações pesadas sempre que houver grave violação contra os direitos da personalidade, observar-se-à efetivamente redução das práticas lesivas e, conseqüentemente, haverá um aprendizado por parte do ofensor de que “o ilícito não compensa”.

Com efeito, não se arbitrando quantia excessivamente elevada, qual será o resultado prático de uma indenização que se restringe apenas a reparar o dano? A resposta é simples: nenhum. É preciso reforçar a idéia de que é melhor prevenir do que remediar, mas, se for necessário reparar, que se repare da forma mais total possível.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES atribui às baixas reparações por danos morais fixadas pelos juízes a dois fatores: baixa renda do povo brasileiro e pela “falta de costume” em se indenizar os danos morais. É bom transcrever o entendimento do doutrinador para melhor explicitar seu raciocínio:

Nos Estados Unidos, as indenizações por dano moral são, em geral, de valor bastante elevado, objetivando desestimular novas agressões. A atribuição de valor elevado constitui advertência não só ao ofensor como à própria sociedade, de que não são admitidos comportamentos dessa espécie. No Brasil, entretanto, com exceção das ações referentes a direitos do autor e a direito à imagem, os valores arbitrados, como vimos, somente ultrapassam o limite de cem salários mínimos em casos de homicídio. Essa moderação se explica pela baixa renda do povo brasileiro e também pelo fato de, durante muitos anos, não se indenizar o dano moral. Quando se trata de títulos protestados indevidamente, a indenização costuma ser fixada, dependendo do valor do título, em vinte, cinquenta e até cem vezes o seu valor.⁵¹

⁵⁰ REIS, Clayton. *op. cit.*, p. 85.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 415.

A justificativa apresentada, com a devida licença, é simplista, pois como se sabe, a teoria do valor do desestímulo não é nova para o ordenamento brasileiro e a razão de os juízes não arbitrarem danos morais punitivos, está ligado ao aspecto patrimonial importante que é dado à cultura brasileira.

Os danos morais punitivos, como se verá, devem ser aplicados quando o ofensor reúne condições financeiras confortáveis para suportar a reparação pecuniária a ser arbitrada. Se se estabelece que uma pessoa comprovadamente pobre ressarça outrem a título de danos morais punitivos, a efetividade da sentença não ocorrerá, por óbvio, uma vez que não será realizado o pagamento. Por isso, é importante que pessoas físicas mais abastadas ou que empresas de grande porte que, diuturnamente lesam direitos da personalidade ou fundamentais da pessoa humana, possam vir a sofrer a aplicação da teoria dos *punitive damages* quando a análise do caso concreto assim recomendar.

Convém lembrar que a prática forense informa que, quando o juiz estabelece até mesmo de ofício, no início de um processo, uma verba extra de cunho inibitório (*astreintes* ou multa cominatória em caso de descumprimento de sentença – art. 461, do CPC), deve ser observado que, essa verba representa nada mais, nada menos que uma pena civil.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê tais sanções, dando inclusive poder de o magistrado aplicá-la de ofício. Contudo, percebe-se que os juízes somente as aplicam, quando a parte expressamente requer a sua aplicação. Neste sentido, pode-se concluir que, tais penas civis normalmente são respeitadas exatamente porque as partes estão pré-avisadas de que, praticando o ato ou continuando a atuação, uma pena civil será aplicada. Logo, informadas previamente sobre eventual diminuição patrimonial futura que pode lhes alcançar, o objetivo final pretendido pela parte, é alcançado, ainda que de forma provisória, já mesmo na fase inicial do processo.

De igual modo deve ser feito o raciocínio acerca do dano moral punitivo. Sabendo-se que a verba destinada ao dano moral punitivo tem exatamente esse contorno de alertar, prevenir, avisar o ofensor e terceiros de que a conduta praticada reveste-se de dolo ou culpa grave, a parte saberá que, se reincidente na conduta, a sanção será aplicada. Tem-se, portanto, o efeito preventivo que a teoria oferece na repúdio ao mal.

Um dos efeitos positivos que a teoria dos *punitive damages* oferece é o de ser desestimulante para o ofensor, pois, ao admoestar práticas atentatórias aos direitos fundamentais da pessoa humana, alerta-o e também terceiros de que, a conduta praticada vai a sentido contrário ao ordenamento, não sendo esse o desejo da sociedade e muito menos do legislador.

Como muito bem posto por RICARDO LUIS LORENZETTI:

La responsabilidad civil pretende, desde sus orígenes, sancionar al culpable de un acto moralmente censurable. Esta finalidad que tuvo un protagonismo menor en los últimos años, retoma un lugar en varios ámbitos en los que la noción de “pena civil” sirve para censurar conductas represensibles, como en los daños ambientales, los causados por productos elaborados, y en general, en los daños masivos.⁵²

Desse modo, é possível concluir que, se os juízes fossem mais corajosos ou mais atentos à necessidade de se coibir atitudes aviltantes voltadas contra a dignidade da pessoa humana, aplicando com mais frequência o instituto da indenização civil punitiva, o efeito prático da sentença certamente seria alcançado e o julgado teria eficácia.

Ademais, o magistrado ao estabelecer danos morais punitivos, agiria não somente em favor da vítima, dando a ela o conforto psicológico de saber que o ofensor estaria sendo repreendido exemplarmente, mas também em favor da sociedade, dado que o juiz como pacificador de conflitos, favorece, ativamente, a redução dos litígios, inserindo ainda sentimento de solidariedade social à vítima.

Já fora estabelecido, anteriormente, o ponto controvertido da presente pesquisa: averiguar se o dano moral possui caráter meramente compensatório ou se nele também está compreendido o caráter punitivo.

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade civil visa outros fins que não somente a função compensatória (compensar os prejuízos sofridos), possuindo também a função pedagógico-sancionadora, no sentido de se impedir que a prática delitativa se repita, dissuadindo comportamentos semelhantes por parte de terceiros, é que surgiu a teoria dos *punitive damages* ou *exemplary damages*.

⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op.cit.*, p. 75.

Os *punitive damages* definem-se como indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo. São também usualmente denominados *exemplary damages*. Constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, 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.⁵³

A teoria dos *punitive damages* visa atingir dois objetivos: o primeiro, **punir** o ofensor, estabelecendo uma **sanção** altamente pesada a fim de que não se repita o ato lesivo; o segundo, **pedagógico**, no sentido de desestimular terceiros a adotarem o mesmo procedimento. Pode-se dizer que nela está embutido o binômio **punição X prevenção**.

JUDITH MARTINS-COSTA e MARIANA SOUZA PARGENDLER, sintetizaram conceito e aplicação da teoria dos *punitive damages* na seguinte idéia:

Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.⁵⁴

Em verdade, a teoria objetiva um comportamento justo, íntegro, ético, não englobando condutas decorrentes de culpa simples ou engano porque desprovidas de ilicitude ou ainda de intenção de lesionar. Punem-se apenas aquelas condutas em que o ofensor age deliberadamente de forma dolosa, com a intenção certa do dano, ou no mínimo, com dolo eventual, no sentido de admitir a produção do resultado pela sua conduta.

A expressão “*tort does not pay*” (o ilícito não compensa) deve ser compreendida no sentido mais amplo da expressão. O ofensor deverá ser responsabilizado civilmente pelo dano cometido, arcando integralmente com as conseqüências de seu ato, suportando a indenização devida em razão da lesão provocada na vítima. Além disso, o direito deve prevenir futuras perdas e danos, razão pela qual, deve-se imputar o custo dessa prevenção aos respectivos

⁵³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 195.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. cit.*, p. 16.

responsáveis com a finalidade de servirem de exemplo a terceiros, evitando-se que se propague a idéia de impunidade ou descaso.

AMÉRICO LUÍS MARTINS DA SILVA escreve que:

Quanto à medida para garantir que a indenização signifique verdadeira punição para o ofensor, lembramos que, segundo a melhor doutrina, a reparação do dano moral não tem como objetivo apenas compensar o ofendido, mas também punir o ofensor. Portanto, a reparação atende, ao mesmo tempo, de um lado, a vítima que aplaca o seu sentimento de vingança com a compensação obtida, e, do outro, o ofensor que paga pelos seus atos uma pena pecuniária, não para o Estado mas para a própria vítima. Aliás, é justamente aí que reside a diferença entre multa pecuniária e reparação do dano moral baseada em multa pecuniária. A multa pecuniária propriamente dita é devida ao Estado, enquanto a reparação do dano moral baseada em multa pecuniária é devida à vítima da ofensa.

De forma que, “se a parte mais sensível do corpo humano é o bolso”, a pena pecuniária pode vir a ser verdadeiramente um exemplo marcante para o agente causador do ato ilícito. Como escreve Georges Ripert, o dano moral tem mais caráter exemplar do que indenizatório. Assim, o ofensor deve encarar a pena pecuniária como exemplo marcante, como uma diminuição importante do seu patrimônio material em decorrência do ilícito.⁵⁵

Quando o juiz estabelece danos morais punitivos em favor do autor, como pretende Américo Luís Martins da Silva, esbarra-se numa das objeções à aplicação da teoria dos *punitive damages*: **enriquecimento sem causa do ofendido**. Essa objeção será tratada mais adiante, porém, uma observação antecipadamente é necessária. O art. 13, da lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/85) admite que o juiz estabeleça uma indenização pecuniária a ser revertida para um “Fundo Público”. Em assim sendo, seria melhor e mais eficaz que a verba punitiva dos danos morais fosse revertida a esse Fundo e não para o lesado individualmente, pois, dessa maneira, um número indeterminado de pessoas seria beneficiado e não somente uma única pessoa. Em adição, beneficiando-se a coletividade através desse Fundo, o princípio da prevenção estaria resguardado.

Saliente-se que a teoria dos *punitive damages* é rechaçada pela douta JUDITH MARTINS COSTA, veementemente. O entendimento da jurista é o de que a reparação de danos extrapatrimoniais decorre de ponderação axiológica, traduzida em valores monetários e não da invocação da teoria do valor do desestímulo, por isso, o seu descabimento. Contudo, em um ponto, a jurista entende “salutar” a indenização exemplar contida na teoria, a saber: na fixação da multa do art. 13, da Lei 7.347/85.

⁵⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 387-388.

Nesse sentido, afirma:

Há exemplo, no ordenamento, de um saudável meio termo entre o intento de tornar exemplar a indenização e a necessidade de serem observados parâmetros mínimos de segurança jurídica, bem se diferenciando entre a “justiça do caso” e a “justiça do Khadi”: trata-se da multa prevista na Lei n. 7.347/85 para o caso de danos cuja dimensão é transindividual, como os danos ambientais e ao consumidor. Essa multa deve ser recolhida a um fundo público, servindo para efetivar o princípio da prevenção, que hoje polariza o Direito Ambiental e é, também, diretriz a ser seguida nas relações de consumo. Nesses casos, o valor, a ser pago punitivamente, não vai para o autor da ação, antes beneficiando o universo dos lesados e, fundamentalmente, o bem jurídico coletivo que foi prejudicado pela ação do autor do dano. Porém, há similitudes com que a doutrina anglo-saxã tem de positivo, sancionando pecuniariamente aqueles danos provocados por um apego tão excessivo à pecúnia que faz esquecer os interesses da sociedade. Um fundo, criado por lei – a gestão pública do fundo e a destinação de seus recursos a uma finalidade coletiva, isto é, transindividual (e não individual, servindo a “indenização” para beneficiar exclusivamente vítima do dano), parece ser o mais adequado caminho – se utilizado de forma complementar às demais vias sancionatórias do ilícito civil – para reger os danos típicos da sociedade industrial sem que recaiamos – por vezes, por ingenuidade – nas armadilhas da desumanizante “lógica do mercado”.⁵⁶

Entende-se, de forma particular que, a possibilidade de se aplicar danos punitivos em favor da coletividade traria benefícios mais amplos para a sociedade tendo em vista que, se o objetivo da teoria é o de advertir o ofensor e terceiros sobre o ato ilícito. É prudente, portanto, que se reiterado o ato, a coletividade seja a maior beneficiária dessa verba. Entretanto, dependendo do caso concreto, não seria errado se estipular a verba punitiva em favor do ofendido, nas hipóteses em que as conseqüências do ato ilícito foram tão profundas para a vítima que, a aplicação da teoria dos *punitive damages* exclusivamente em seu favor, seria não só necessária mas até mesmo, questão de justiça.

Tais questões, como se pode ver, não são de solução fácil. Dependem do bom-senso e da perspicácia do magistrado para corretamente aplicar a teoria do valor do desestímulo ao caso concreto, distribuindo a justiça corretamente.

Situando a teoria dos *punitive damages* ou *exemplary damages* no mundo, tem-se que a mesma é bastante difundida nos Estados Unidos da América, Inglaterra e Canadá, sendo certo que a quase totalidade dos estados americanos a admite. Contudo, o instituto enfrenta grande resistência na aplicação em alguns países da Europa e nos países da América do Sul, porquanto serem em sua grande maioria, países filiados ao sistema do *civil law*.

⁵⁶ Martins-Costa, Judith. Pargendler, Mariana Souza. *Op. cit.*, p. 24-25.

A despeito de a maioria dos países europeus sofrerem influência da família romano-germânica e também em razão de o Código Civil Francês muito ter influenciado tais países, observa-se que uma boa parte dos países pertencentes à comunidade europeia adotou o sistema do *civil law* como seu ordenamento jurídico. Há que se notar, contudo, que embora exista regra expressa dispondo que a União Europeia não teria recepcionado a teoria dos *punitive damages* ao seu ordenamento, não sendo, portanto, aplicável à comunidade europeia, o levantamento doutrinário realizado na Faculdade de Direito de Barcelona, sinaliza contrariamente ao disposto. Notaram-se também questões controversas nos países europeus quanto à possibilidade de aplicação da teoria dos *punitive damages* nos casos em que a mesma se faz necessária (culpa grave e dolo), de forma semelhante a que se passa no Brasil.

Analisando-se o artigo 17 da Regulação da Comunidade Europeia, afere-se:

Art. 17 – Esta provisión no constituye danos punitivos: ya que, tiene en cuenta la compensación sobre la base de un criterio objetivo.

O jurista MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO entende que o Direito Continental ao analisar a teoria dos *punitive damages*, não a contemplou. Razão pela qual afirma:

Incluso dentro del Common Law existen grandes diferencias en este tema. Lo que motiva el otorgamiento de los *punitive damages* o los *exemplary damages* en los Tort del ordenamiento inglés es compensar a la víctima del daño. En este contexto lo que rige como principio es que no tienen por objeto enriquecer a la víctima del daño, independientemente de la gravedad del perjuicio o el grado negligencia del causante del daño. Esta es precisamente la causa de las grandes diferencias en los montos indemnizatorios entre EE.UU. e Inglaterra, país este último donde los montos son considerablemente más bajos.⁵⁷

Contudo, a corrente contrária ao posicionamento acima transcrito, assevera que não é somente a função compensatória a admitida nesses países, cabendo também a função punitiva.

Pode-se dizer que para o direito espanhol em específico, dentre as várias funções atribuídas ao “*derecho de danos*”, está presente a função preventiva e protetora dos direitos individuais, que muito se aproxima dos objetivos da indenização civil punitiva, neste estudo

⁵⁷ ZAMORANO, Marcelo Barrientos. **El Resarcimiento por daño moral en España Y Europa**. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2007. p. 50-51.

abordado. Defendendo esse ponto de vista, está PABLO SALVADOR CODERCH Y MARIA TERESA CASTIÑEIRA PALOU:

Por lo demás, y como há hemos señalado en el capítulo 2, en el Derecho civil español vigente, la «reparación» del dano no se limita al resarcimiento de la víctima por la pérdida de bienes económicos, es decir, aquellos que tienen un valor de mercado – porque están en el comercio de los hombres – así, como por el lucro cesante; incluye, además y por ejemplo, la reparación del daño moral (que, por definición, no se refiere a daños causados a bienes y servicios que son objeto de tráfico en ningún mercado y) que, por lo tanto, no son, al menos directamente, objeto de valoración económica: desde este punto de vista, la resolución del Juez, que tiene una clara vertiente valorativa, puede incluir perfectamente una dimensión satisfactiva y, en este sentido, ejemplar o, si se prefiere, sancionadora. Ello es así incluso literalmente, pues, en pura y simple exégesis del art. 1.902 del CC, el argumento gramatical ofrece apoyo suficiente a la tesis que aquí se defiende: en español, «reparar» significa «arreglar» (1ª acepción), «enmendar, corregir o remediar» (2ª), pero también, «desagraviar o satisfacer al ofendido» (3ª) y «remediar o precaver un daño» (6ª) y no se ve la razón que fuerza a la doctrina dominante a llevar a cabo una interpretación restrictiva del tenor literal de la ley en perjuicio de las víctimas potenciales de daños – en particular: en perjuicio de sus derechos fundamentales – y en beneficio de quienes los causan. ¿ Por qué hay que subvencionar la lesión dolosa de la vida, la salud, el honor, la propiedad o la capacidad de trabajar? Por otra parte, ya hemos señalado repetidamente que el art. 9.3 de la LO 1/1982 establece – en un marco teórico discutible desde el punto de vista de la prevención – que, más allá –o, lo que es más preocupante, más aza – por el demandado. Pero, sobre todo, ¿es realmente cierto que el sistema del *Civil Law* es absolutamente refractario a toda función preventiva del Derecho de daños?, ¿se limita exclusivamente a la función compensatoria o se consideran otras, al mismo nivel o, al menos, subsidiariamente?, ¿cuáles son realmente las funciones del derecho de la responsabilidad civil?⁵⁸

Vê-se, portanto, que a responsabilidade civil na Espanha discute a função preventiva da responsabilidade civil, não se podendo olvidar que esse é um dos pontos abarcados pela teoria dos *punitive damages*. Para a teoria do valor do desestímulo, nome que se dá para a teoria dos *punitive damages* no Brasil, a velha máxima de que “antes prevenir do que remediar” serve como um alerta ou aviso para terceiros não praticarem condutas antijurídicas graves.

Defendendo a aplicação da teoria dos *punitive damages* ou *exemplary damages* no Direito Espanhol, ao argumento de que a responsabilidade civil possui um critério preventivo-punitivo, cita-se o jurista L. FERNANDO REGLERO CAMPOS:

La función primaria de todo sistema de responsabilidad civil es de naturaleza reparatória o compensatória: proporcionar a quien sufre un daño injusto los medios

⁵⁸ CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, Maria Teresa Castiñeira; LIGÜERRE, Carlos Gómez (Coords.). **Prevenir Y Castigar**: Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1997. p. 102-103.

jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación. En principio, la responsabilidad civil no está llamada a cumplir una función preventiva ni punitiva, sin perjuicio de que una y otra desempeñen un papel secundario o complementario. Así sucede, con carácter general, en el Derecho español y en los Derechos europeos continentales. Pero, naturalmente, esto no quiere decir que la responsabilidad civil no pueda cumplir esa función preventivo-punitiva de forma primaria. O, para ser más exactos, una función preventiva, puesto que la manifestación punitiva debe desempeñar un papel fundamentalmente instrumental, dirigido a la prevención.⁵⁹

Conclui-se, portanto, ser a responsabilidade civil um instituto importante para a prevenção dos danos também na Espanha. E mais, a despeito de existir norma no sentido de se estabelecer que não se admitem danos punitivos na Comunidade Européia, como estabelecido pelo art. 17 da Regulação Comunidade Européia, percebe-se que a melhor doutrina espanhola mitiga tal regramento, no instante em que recepciona o caráter punitivo dos danos morais, fomentando ainda mais a polêmica acerca deles, da mesma maneira que a questão se apresenta no Brasil.

JUDITH MARTINS-COSTA ao traçar paralelo entre o projeto do Código Civil de 2002 e o projeto argentino no que tange a previsão legislativa do dano moral, assentou que essa vem expressa em normas semanticamente vagas, notadamente mediante a técnica das cláusulas gerais.⁶⁰ Ao cotejar o parágrafo único do artigo 946 do Código Civil Brasileiro com o artigo 1.641 do Código Civil Argentino, a doutrinadora expõe:

Parece assim evidente que a tendência, nos diversos ordenamentos, é agregar às funções compensatória – ou simbolicamente compensatória – e punitiva, a função pedagógica, ou de exemplaridade, de crescente importância nos danos provocados massivamente, seja no âmbito das relações de consumo seja no dano ambiental ou nos produzidos pelos instrumentos de *mass media*. Este caráter de exemplaridade guarda, incontestavelmente, nítido elemento penal, ao menos se tivermos, da pena, a lata e até intuitiva definição que lhe foi atribuída por Grotius: “*Malum passionis quod inflingitur propter malum actiones*”, ou seja, “pena é o padecimento de um mal pelo cometimento de outro”.⁶¹

Percebe-se, portanto, que as regras argentinas guardam paralelismo com as regras brasileiras, no que se refere às regras gerais de reparação por danos morais.

⁵⁹ CAMPOS, L. Fernando Reglero (Coord.). **Tratado de Responsabilidad Civil**: tomo I: Parte General. 4. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008. p. 64.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da reparação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 789, p. 21-47, 2001. p. 38.

⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 47.

No que tange a importância da teoria da indenização punitiva no Brasil, diversos autores a defendem não somente como uma medida eficiente de prevenção para a responsabilidade civil, mas também como um instrumento potente no desestímulo de condutas danosas e potencialmente danosas. Ademais, por meio dela, opera-se a efetividade do direito contra atos ilícitos, evitando-se que o ofensor se sinta vitorioso quando uma condenação lhe é arbitrada de forma moderada pelo magistrado. Se corretamente aplicada, poupa a sociedade de eventuais atos ilícitos.

Dentre os autores que a defendem, está RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JÚNIOR. Para o professor, a compreensão do instituto tem, sobretudo, caráter ético. Veja-se:

A responsabilidade civil perderia a sua feição individualista, no sentido de ser compreendida como instituto destinado, primordialmente, à satisfação da vítima pela via da condenação pecuniária do agressor, para assumir uma função social, porquanto hábil a promover valores supostamente desejados pela sociedade. De simples instrumento ressarcitório passaria a baluarte de uma conduta ética. Essa seria a grande evolução da teoria da responsabilidade civil no século que se inicia.
62

Esse o novo paradigma da responsabilidade civil.

Há que se romper com uma estrutura jurídica arcaica voltada apenas para a reparação do dano que não olha para a vítima, mas que se preocupa apenas com o **patrimônio do ofensor**. Há que eclorar o binômio punição X prevenção como paradigma da responsabilidade civil, sem atentar em primeiro plano para o caráter patrimonialista que envolve a questão. A eticidade como princípio informativo da moral, exige que se atue preventivamente, porque sempre, será melhor prevenir do que reparar.

Com efeito, atuando-se de forma preventiva, recursos e vidas serão poupados, processos diminuirão nos Tribunais e a sociedade de forma geral, ganhará com a repressão à condutas que atentam contra a dignidade da pessoa humana porque se arbitradas multas, revertidas para vítima ou para um Fundo Público, dependendo da situação que o caso se apresentar, os valores ou recursos serão utilizados pela coletividade, se for o caso, com a

⁶² SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. O princípio do pleno ressarcimento e a indenização punitiva. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Orgs.). **Direito Civil: Princípios Jurídicos de Direito Privado: Atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 230.

fiscalização do Ministério Público mas também poderá ser utilizado pela vítima, na hipótese de ser ela a única pessoa espoliada gravemente pela conduta do ofensor.

3.4 Opositores à teoria

Os opositores à aplicação da teoria dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, rejeitam-na por diversas razões. Alguns entendem que a teoria equivaleria à dupla penalização (*bis in idem*), valendo a punição como castigo, havendo, portanto, invasão da esfera penal na órbita civil; outros entendem que a teoria traduz em enriquecimento sem causa por parte do ofendido, em razão das indenizações excessivas decorrentes da teoria.

De toda forma, há que se ter em mente que os propósitos defendidos pela teoria dos *punitive damages*: **punir** (caráter retributivo da pena) e **prevenir** (caráter desestimulante da conduta). Ela representa uma medida de repressão a danos futuros, com punição excessiva. É preciso abordar cada uma dessas objeções.

3.4.1 Punição-castigo

A diferença existente entre a indenização compensatória e a punitiva é a de que, nesta última, pune-se em razão de condutas graves ou dolosas, na esfera cível. Na primeira modalidade, o magistrado arbitra o valor dos danos morais tendo em conta a gravidade do comportamento do ofensor; já na segunda, arbitra-se segundo a gravidade decorrente do comportamento aviltante do ofensor, conforme um juízo de reprovabilidade. A diferença, como se pode observar, é bastante sutil.

ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE afirma que:

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 conseqüência sofrida pela vítima, distingue um comportamento mais reprovável de um menos reprovável. Introduce, desse modo, um critério de justiça no âmbito da responsabilidade civil.⁶³

Em conformidade com essa vertente, o magistrado deverá, por ocasião do arbitramento da indenização, valer-se de bom senso e prudência, aplicando ao caso concreto, montante indenizatório em conformidade com a gravidade da ação do autor do dano.

Convém exemplificar: imagine-se que uma pessoa, em um curso de tiros, ao manusear a arma de fogo, termine por causar lesões em outrem, sem a intenção de lesioná-lo. O ofensor, mesmo não tendo a intenção de atingir a vítima, responderá, culposamente, pelos danos decorrentes deste tiro acidental. De maneira diversa, suponha-se que esse mesmo atirador, tenha a intenção de ferir seu inimigo e aproveitando-se que o mesmo trabalha nesse clube de tiros, descarrega a arma no seu desafeto intencionalmente e deixa-o seriamente ferido.

Confrontando-se as duas situações narradas, tem-se que a dosimetria da indenização a título de danos morais fixada pelo magistrado por ocasião da sentença, deverá necessariamente, ser distinta para as duas situações. Isso porque, em uma situação, não se verificava a intenção de causar dano na pessoa, os tiros foram uma fatalidade, um acidente. Já na outra situação, havia o dolo direto de lesionar o desafeto e a conduta praticada foi excessiva. Ainda que o resultado seja o mesmo para a vítima em ambos os casos, a intenção do agente era distinta num caso e noutro.

Como se vê, o reflexo que se dá ao estabelecimento da reparação dependerá, sobretudo da intenção do autor do dano: se dolosa, a fixação da reparação por danos morais punitivos deverá ser estabelecido, exatamente para se evitar que o erro não se repita, estabelecendo-se verdadeira retribuição ao ofensor. A indenização no caso, funcionaria como uma punição-castigo, na repreensão do ato ilícito.

De outro modo, no caso de o agente agir de forma culposa, o estabelecimento da indenização será feita de forma moderada, na forma compensatória pois, ausente o elemento intencional na ocorrência do dano.

⁶³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *op. cit.*, p. 254.

3.4.2 Enriquecimento sem causa

Uma das objeções que são levantadas contra a reparação do dano moral diz respeito ao enriquecimento sem causa. É sem dúvida a mais mencionada e, portanto, a que gera mais polémica.

O Código Civil de 2002 tratou nos artigos 884 a 886, do enriquecimento sem causa. Neste aspecto, inovou o legislador infraconstitucional porquanto no Código Civil anterior não o previa, ficando a cargo dos juristas a interpretação da matéria.

Diz o artigo 884, do Código Civil de 2002:

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

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

Assim, traduzindo em miúdos - só haverá enriquecimento sem causa quando alguém obtém vantagem indevida em detrimento de outrem, patrimonialmente e sem justa causa para o enriquecimento.

AMÉRICO LUÍS MARTINS DA SILVA, ao discorrer sobre as bases da estimação por arbitramento da reparação do dano moral, reporta-se a ANTONIO JEOVÁ SANTOS, tecendo os seguintes apontamentos:

2. *Evitar o enriquecimento injusto*: A reparação de um dano moral – seja qual for a sua espécie – não deve significar uma mudança de vida para a vítima ou para a sua família. Uma fonte de enriquecimento surgida da indenização. O dano moral não pode servir a que vítimas ou pseudovítimas vejam sempre a possibilidade de ganhar um dinheiro a mais, enriquecendo-se diante de qualquer abespinhamento. É certo que o dinheiro tem um valor compensatório e que permite à vítima algumas satisfações que trazem apazimento, que sirvam como sucedâneo do dano moral padecido. Esse direito da vítima não pode se tornar em benefício excessivo ou que não guarde correlação com o ressarcimento de outros danos e com as circunstâncias gerais de uma comunidade.⁶⁴

⁶⁴ SILVA, Américo Luís Martins da. *op. cit.*, p. 425, 426.

De igual maneira, RUI STOCO entende que a compensação a título de danos morais, não tem dimensão matemática e é concedida apenas para servir de alento; não pode ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem ameaça de ruína para quem dá.⁶⁵

Contrário a esse entendimento, situa-se WILSON MELO DA SILVA que, salvo melhor juízo, responde essa objeção de forma mais apropriada:

Na hipótese de um dano moral, o lesado antes preferiria a reparação em espécie (a devolução do objeto dado em depósito ou o restabelecimento da honra feminina postergada) que qualquer pretendido enriquecimento. Ao demais, soaria falso aí esse enriquecimento ilícito ou sem causa, noção apenas justificada quando se tem em vista valores patrimoniais, e nunca extrapatrimoniais.⁶⁶

Da leitura acima, entende-se que haverá enriquecimento sem causa quando alguém experimenta um acréscimo patrimonial em seu patrimônio sem causa respectiva justificável. Entretanto, no caso da reparação dos danos morais, a fixação dos danos morais não se trata de enriquecimento **sem causa**, ao contrário, é **enriquecimento com causa**, porque proveniente de uma ordem judicial.

Tal alegação ganha maior relevo quando se recorda que, pelo fato de a condenação decorrer de sentença, o devido processo legal e a ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988) é assegurado às partes, nenhuma procedência merecendo, portanto, tal argumento.

ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE, também rejeita essa objeção doutrinário-jurisprudencial, aduzindo que:

A dignidade humana e os atributos da personalidade não são redutíveis à pecúnia. Relembre-se a distinção entre preço e dignidade. Somente tem preço aquilo que pode ser substituído por um equivalente; o que não tem equivalência e está acima de todo preço compreende uma dignidade. Não há, pois, como afirmar que alguma quantia possa ser considerada excessiva como indenização pela morte de um ente querido, ou por uma lesão deformante ou incapacitante. É no mínimo embaraçoso sustentar que alguma soma em dinheiro possa ser desmedida ou exagerada em comparação com os atributos da personalidade, mormente quando trazidos para esse confronto aqueles atributos de maior relevância, como a vida, a integridade física e a honra.

Além disso, mesmo em relação aos bens personalíssimos de menor hierarquia, há que considerar o valor que eles apresentam para o seu titular. Daí por que, como observa Júlio Manuel Vieira Gomes, os *punitive damages* não representariam,

⁶⁵ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1730.

⁶⁶ SILVA, Wilson Melo da. *Op. cit.*, p. 289.

sempre e necessariamente, um enriquecimento do lesado, pois configurariam, ao menos em parte, “um meio de ter na devida conta o dano subjectivo deste”.⁶⁷

Importante registrar que, atualmente se observa o enriquecimento sem causa de empresas que, inescrupulosamente e à custa de ofensa a direitos fundamentais de pessoas naturais, auferem lucros com a usurpação dos aludidos direitos da personalidade daquelas. Um exemplo comum são as revistas e jornais sensacionalistas, que a todo instante, se ocupam de divulgar notícias fantasiosas notadamente sobre pessoas famosas, muitas vezes atribuindo-lhes qualidades negativas. Muitas vezes, tais notícias acarretam conseqüências graves para a vida dessas pessoas. Certamente, várias dessas notícias causaram-nas constrangimentos e transtornos pessoais no âmbito familiar e social.

ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE, leciona que a utilização da teoria dos *punitive damages* seria interessante para eliminar o lucro ilícito dessas empresas. Afirma ele:

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

Dessa forma, entende-se que, se alguém tiver que ser beneficiado pela aplicação da teoria dos *punitive damages*, que essa pessoa seja a vítima, pois, a violação dos direitos da personalidade foi praticada contra ela e por isso, nada mais justo que todo o lucro auferido pelo ofensor com o ato ilícito, seja revertido em seu favor. Assim, ainda que a sentença propicie enriquecimento sem causa por parte da vítima, é melhor que esse “enriquecimento” seja revertido em favor da vítima, pois, o mesmo representa tão somente a conseqüência da lesão perpetrada pelo ofensor e que deve ser reparada.

⁶⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 293.

3.4.3 *Bis in idem*

A segunda objeção à aplicação da teoria dos *punitive damages* reside na alegação de que o Direito Civil e o Direito Penal estariam aplicando penas para o mesmo fato, punindo-se duplamente o ofensor, o que configuraria *bis in idem*.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR aduz que um dos princípios fundamentais da repressão pública aos delitos é justamente o que repele o *bis in idem*, isto é, a imposição de duas condenações, em processos diferentes, pela mesma conduta ilícita.⁶⁸

Impende dizer que inexistente diferença ontológica para a ilicitude civil e para a ilicitude penal. Essencialmente, ambas são regras contrárias ao ordenamento jurídico, diferenciando-se apenas quanto a órbita de incidência.

SÉRGIO CAVALIEIRI FILHO traz bem essa distinção:

A punição de certos ilícitos na esfera do Direito Civil, portanto, ao invés de o serem na órbita do Direito Penal, obedece a razões puramente de conveniência política. Para o Direito Penal é transportado apenas o ilícito de maior gravidade objetiva, ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito civil, de menor gravidade, não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *stripitus judiciae*.⁶⁹

Ensina o jurista que a separação entre uma e outra ilicitude deriva de critérios de conveniência ou oportunidade, havendo mitigação dessa dicotomia.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS já esboçava essa distinção, partindo da premissa de que todo ilícito supõe uma voluntária rebelião contra a lei, distinguindo o ilícito penal do civil pelo regime político de não-intervenção adotado pelo Estado. São dele os seguintes dizeres:

Reafirmamos, pois, que é quase o mesmo o fundamento da responsabilidade civil e da responsabilidade penal. As condições em que surgem é que são diferentes, porque uma é mais exigente que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar. E não pode deixar de ser assim. Tratando-se de pena, atende-se ao princípio *nulla poena sine lege*, diante do qual só exsurge a responsabilidade penal em sendo violada a norma compendiada na lei; enquanto que a responsabilidade civil emerge do simples fato do prejuízo, que viola também

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 39.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, p. 37.

o equilíbrio social, mas que não exige as mesmas medidas no sentido de restabelecê-lo, mesmo porque outra é a forma de consegui-lo.⁷⁰

Atualmente, o Direito Penal caminha para o que se chama de “Direito Penal Mínimo”, ou seja, o Direito Penal atua como a *ultima ratio*, punindo os crimes de grande repercussão, deixando para o Direito Civil questões menores, corriqueiras no dia-a-dia.

Assim, a visão tradicional da doutrina de “punição” como instituto exclusivo de Direito Penal, não comportando espaço no campo da responsabilidade civil não merece acolhida, pois, se fossemos separar institutos por grandes áreas do Direito, a transação penal ou ainda a composição civil dos danos, institutos largamente adotados na Lei dos Juizados Especiais Criminais Estaduais e Federais e amplamente aplicados nos recintos forenses, não poderia ser admitida na legislação penal por serem institutos notadamente de Direito Civil.

De igual forma, se impedíssemos a aplicação de teorias previstas no Direito Penal para o Direito Civil, tais como as penas civis (arras, deserção, multa ao condômino nocivo, *astreintes*, dentre outros), estar-se-ia inviabilizando a prática reiterada de institutos que disciplinam civilmente questões importantes do Direito Civil.

Ademais, a doutrina estrangeira tem reconhecido à interligação dos institutos e tem sido difundida essa idéia. Confira-se:

La introducción reciente que há hecho el legislador alemán de la relación autor-víctima-reparación en el sistema de sanciones penales, sea a través del esfuerzo serio del autor en la reparación (Wiedergutmachung) o por lograr una conciliación con la víctima (Tater-Opfer-Ausgleich), há llevado a parte de la doctrina a sostener que nos enfrentamos a un sistema de três vías en el que la reparación cumple una tercera función de la pena, conjuntamente con la retribución y la prevención. Claus Roxin entiende que el ingreso de la reparación y los intentos de conciliación (o reconciliación) se han convertido en elementos esenciales del sistema de sanciones, a tal punto que conformarían una *dritte Spur* o *tercera vía* punitiva. Sin embargo la reparación no es una pena ni una medida de seguridad, sino una medida penal independiente que contiene elementos del derecho civil y cumple con los ya conocidos fines de la pena.⁷¹

Vê-se, portanto, que a reparacão nada mais é do que uma medida penal independente, que contém elementos do Direito Civil e cumpre com os já conhecidos fins da pena. Ela não

⁷⁰ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 15.

⁷¹ PALERMO, Pablo Galain. La reparación del daño como “tercera vía” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 55, p. 162-230, jul./ago. 2005. p. 187-188.

importa em *bis in idem* porque não tem a característica de penalizar duplamente o ofensor pelo mesmo fato. Ao contrário, ela tem caráter pedagógico, no sentido de desestimulá-lo a praticar a conduta, servindo de alerta à sociedade quanto a rejeição de sua prática.

3.4.4 Excesso das indenizações

Uma das objeções à aplicação da teoria dos *punitive damages* vem da falsa impressão que as pessoas têm acerca das informações equivocadas difundidas pelos veículos de comunicação.

Nos Estados Unidos da América, o caso que subsidiou a Suprema Corte a estabelecer critérios para a aplicação da teoria dos *punitive damages* foi o caso *BMW of North America X Ira Gore*, processado no estado do Alabama.

Ira Gore adquirira um veículo BMW zero km e ao levá-lo para polimento, descobrira que o carro já havia sido repintado. Em juízo comprovou-se que a empresa *BMW of North America* adotara uma política de recuperação de sua frota, quando danos surgiam durante o processo de fabricação ou transporte dos veículos. Assim, descoberto que o veículo fora repintado e tal fato omitido ao consumidor, este ajuizou uma ação contra a empresa, sendo vitorioso em todas as instâncias. Assim, a *BMW of North America* foi condenada a pagar o consumidor a quantia de quatro mil dólares americanos a título de danos patrimoniais pelo conserto do carro e a pagar mais dois milhões de dólares americanos, a título de danos punitivos, como desestímulo e punição pela ilusão provocada no consumidor. Ocorre que o valor final da condenação foi reduzido para cinquenta mil dólares porque a quantia arbitrada feria o princípio da proporcionalidade. Afirma ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE;

A partir dessa decisão da Suprema Corte, ficaram estabelecidos três critérios (*guideposts* ou *guidelines*) para aferir a excessividade da indenização: a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu; b) a proporção entre o dano efetivo ou potencial e a indenização punitiva; e c) a diferença entre a indenização e penalidades civis ou criminais previstas para casos similares.⁷²

⁷² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op.cit.*, 211, 212.

No Brasil, essa alegada indenização milionária ou excessiva, ganha relevo dos opositores à aplicação da teoria dos *punitive damages* porque se diz existir uma “indústria do dano moral”.

Contudo, há muitas inverdades nessa alegação que é propagada por alguns meios de comunicação inidôneos. Essas empresas exatamente por conhecerem a curiosidade das pessoas e terem ciência de que uma “notícia bomba” rende a venda de milhares de exemplares, plantam notícias ou ainda exageram nas matérias divulgadas pela imprensa, em troca do lucro advindo dessa publicidade.

Nesse sentido, convém transcrever as conclusões de ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE, quando da análise dos valores estabelecidos a título de *punitive damages* nos Estados Unidos da América:

Segundo, os *punitive damages*, em média, são estabelecidos em valores muito abaixo das cifras exorbitantes que são divulgadas na mídia. Um estudo intitulado *Tort Trials and Verdicts in Large Counties*, 1996, realizado por especialistas do U.S. Department of Justice’s Bureau of Justice Statistics (BJS) e do National Center for State Courts (NCSC), concluiu que a média dos *punitive damages* era de US\$ 38,000, cifra bem inferior às que aparecem em manchetes de jornais.

Conclui o autor ainda que as decisões não podem ser tomadas como exemplo de como funcionariam os *punitive damages* em países em que as causas civis são julgadas por um juiz togado.⁷³

Todavia, conferindo a realidade dos fatos com os dados oferecidos por esses meios de comunicação, é possível perceber que as aplicações de indenizações desproporcionais, pelo menos no Brasil, são mínimas. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça, como já dito antes, faz o controle dos valores dos danos morais, arbitrando-os segundo os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Só por esse fato, observa-se que a alegação de que existe uma “loteria” nas ações de indenização por danos morais, não é verdadeira.

Nesse aspecto, uma crítica merece ser feita.

⁷³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 230.

A Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Se para a fixação dos danos morais, o magistrado examina os autos e decide em conformidade com a prova produzida, fixando um valor a título de danos morais em favor da vítima, entende-se que a reforma da sentença ou do acórdão pelo Superior Tribunal de Justiça, importa em violação à Súmula 7, no instante em que se estaria enfrentando a matéria fática carreada aos autos. Impende dizer que, na grande maioria das vezes, o Superior Tribunal de Justiça age com bastante moderação nas condenações a este título e reduz, sensivelmente, as condenações fixadas pelas instâncias inferiores.

Sabe-se que no Brasil, o legislador atribuiu ao Estado-juiz o arbitramento dos danos morais segundo seu prudente arbítrio. Se irrisório ou exagerado o valor fixado, o Superior Tribunal de Justiça é chamado a realizar o controle de proporcionalidade, ajustando-o a parâmetros razoáveis, conforme o livre convencimento motivado do juiz, sem se entender violada a Súmula 7, do mesmo sodalício.

Há que se informar, ainda que de forma sucinta que, as pesquisas realizadas pela internet e que serão estudadas em tópico próprio, dão conta de que o Superior Tribunal de Justiça resiste à aplicação da teoria dos *punitive damages* no Brasil, no instante em que os acórdãos de forma expressa, fundamentam que o artigo 884, do Código Civil de 2002, rejeita a aplicação da mesma.

Ressalte-se que, apesar de algumas indenizações ultrapassarem a ordem de milhões de reais, notadamente quando se pesquisa acórdãos proferidos pelos tribunais trabalhistas, é possível se observar que tais condenações não são despropositadas.

Com efeito, tais condenações se dão normalmente porque, de um lado houve uma atitude aviltante e degradante por parte da empregadora em relação aos direitos fundamentais dos trabalhadores, ofendendo-lhes a dignidade humana e, de outro, a necessidade de se repreender tais condutas com veemência. Assim, vale-se do caráter punitivo da indenização diante o poderio econômico das empresas, no sentido de coibi-las na prática lesiva, suportando indenizações pesadas.

Pesquisando-se o *site* do Tribunal Superior do Trabalho, observa-se que fixou-se danos morais em R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais), porque se comprovou no caso, a ocorrência de dano moral coletivo, a ilicitude da conduta da empregadora e a gravidade de suas conseqüências.

O aresto informa que diversas fiscalizações foram realizadas pela Delegacia Regional do Trabalho no âmbito da empresa requerida, sendo constatada a redução dos trabalhadores à condição análoga a de escravo, aviltando a dignidade dos mesmos, face às inúmeras infrações cometidas contra os mesmos. O acórdão tem a seguinte ementa:

RECURSO DE REVISTA – DANO MORAL COLETIVO – REDUÇÃO DE TRABALHADOR A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO – REINCIDÊNCIA DAS EMPRESAS - VALOR DA REPARAÇÃO. O Tribunal local, com base nos fatos e nas provas da causa, concluiu que as empresas reclamadas mantinham em suas dependências trabalhadores em condições análogas à de escravo e já haviam sido condenadas pelo mesmo motivo em ação coletiva anterior. Com efeito, a reprovável conduta perpetrada pelos recorrentes culmina por atingir e afrontar diretamente a dignidade da pessoa humana e a honra objetiva e subjetiva dos empregados sujeitos a tais condições degradantes de trabalho, bem como, reflexamente, afeta todo o sistema protetivo trabalhista e os valores sociais e morais do trabalho, protegidos pelo art. 1º da Constituição Federal. O valor da reparação moral coletiva deve ser fixado em compatibilidade com a violência moral sofrida pelos empregados, as condições pessoais e econômicas dos envolvidos e a gravidade da lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana, da honra e da integridade psicológica e íntima, sempre observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Na hipótese, ante as peculiaridades do caso, a capacidade econômica e a reincidência dos recorrentes, deve ser mantido o quantum indenizatório fixado pela instância ordinária. Intactas as normas legais apontadas. Recurso de revista não conhecido.⁷⁴

Esse *decisum* não é isolado, outros já existem e, muitos outros, julgando situações análogas, ainda serão proferidos, lamentavelmente. Aliás, violação grave aos direitos fundamentais da pessoa humana não tem sido fato novo ou extraordinário para os dias atuais. Ao contrário. Na busca do maior lucro, tem-se mitigado direitos fundamentais, princípios fundantes do Estado. E exatamente por isso, percebe-se a necessidade de se combater com a arma mais aterrorizadora que as empresas e concessionárias de serviços públicos conhecem: multas elevadas, sanções, indenizações punitivas, penas civis, etc.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Especial n. 178000-13.2003.5.08.0117. Recorrente: Construtora Lima Araújo Ltda. e Outros. Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 8ª Região. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Brasília, 27 ago. 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 26 ago. 2010. Disponível em: <<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20178000-13.2003.5.08.0117&base=acordao&numProcInt=225646&anoProcInt=2006&dataPublicacao=27/08/2010%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 08 out. 2010.

No aresto acima, restou amplamente demonstrada a conduta lesiva da empresa pela prática de atos que atingiram a integridade psíquica e física dos empregados, com violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, havendo total desrespeito e descaso com seus empregados. Outra forma não há melhor que fazê-la interromper sua atividade lesiva senão com o arbitramento de danos morais punitivos, em valores bastante elevados, com objetivo sancionatório, mas também de cunho pedagógico-preventivo.

Tem-se observado que o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho não deixam de aplicar a teoria do valor do desestímulo toda vez que deparam com questões dessa natureza. Há que se concluir, portanto, ser mínimo o risco de um juiz arbitrar danos morais punitivos em favor de alguém de forma desarrazoada, pois, se assim agir, não se estará fazendo injustiça. Ao contrário, estará se reparando um mal que fora premeditado e admitido conscientemente.

Por derradeiro, há que se ter em foco os princípios constitucionais, buscando a plena e integral reparação dos danos causados à pessoa humana, para prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como bem lembra ENEAS DE OLIVEIRA MATOS:

O que se quer dizer é que na medida em que a Responsabilidade Civil se preocupa com os destinatários finais de suas normas, as vítimas e os ofensores, deve-se sopesar que do lado das vítimas estão pessoas humanas que foram ofendidas no bem jurídico de maior relevância – integridade da pessoa humana, e que do outro lado estão ofensores que devem reparar o dano da forma mais condizente com a gravidade do bem ofendido. Assim, se não podem ser utilizadas as normas de Responsabilidade Civil na busca de redução das desigualdades sociais e econômicas – a reparação não pode servir para enriquecimento da vítima, o cumprimento desse fim pode ser ao menos analisado na busca de soluções mais dignas, pela atenção que merece essa parcela maior da população brasileira, e assim da reparação mais ampla possível.⁷⁵

RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JÚNIOR alerta que os consumidores têm suportado o repasse dos custos das indenizações aplicadas contra os ofensores. Afirma o autor:

Antevendo o risco, procura-se a cobertura securitária e o prêmio acaba sendo incorporado como custo de produção. E, nessa condição, é repassado aos

⁷⁵ MATOS, Enéas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

consumidores, acarretando um aumento no preço dos produtos e serviços disponibilizados. Em última análise, são os próprios destinatários desses produtos e serviços, potenciais beneficiários de uma considerável indenização pecuniária, quem arcam com essa mesma indenização.⁷⁶

Conclui-se, assim, uma atenção maior para as questões que envolvem a responsabilidade civil, reconhecendo-se a necessidade de resultados eficazes e eficientes no reparo da lesão causada.

3.5 Os Tribunais Superiores e a dosimetria dos danos morais

Pesquisando os julgados proferidos pelos tribunais superiores, é possível notar que não há uniformidade de entendimento entre eles. Quando se consulta os tribunais de segunda instância, mais tormentosa se torna a questão. Há divergência de opiniões entre os membros julgadores de um mesmo tribunal, acerca da aplicabilidade da teoria dos *punitive damages* no Brasil. Há, ainda, por parte dos julgadores, interpretações diferenciadas acerca das características dos danos morais. Tal situação gera desconforto e incerteza no jurisdicionado, porquanto tal procedimento não prestigia a segurança jurídica.

Em assim sendo, a despeito de a doutrina afirmar que a tendência moderna é a aplicação do binômio punição e compensação, como prevê Sérgio Cavalieri Filho, Carlos Alberto Bittar e Antônio Jeová Santos, percebe-se que as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça não gozam da mesma estabilidade dos precedentes dos países do *common law*, apresentando o sistema, falhas graves de uniformização, e, conseqüentemente, gerando instabilidade no jurisdicionado. Tal fato culmina em descrédito nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Esse raciocínio é lógico e está bem posto por TONI M. FINE:

Se as regras de direito são constantemente reformuladas e aplicadas de maneira inconsistente, o sistema como um todo dá a impressão de instabilidade. A aplicação de princípios bem fundamentados inspira confiança nas regras de direito e nas instituições que as promovem.

⁷⁶ SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Op. cit.*, p. 103,104.

Ao se pesquisar a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se perceber que a Corte Suprema do país não possui muitas decisões acerca dos “danos morais punitivos”. Ao contrário. A pesquisa realizada pela internet conseguiu localizar apenas um julgado versando o assunto em debate. Convém mencioná-la.

Nos autos do recurso de Agravo de Instrumento nº 455846 interposto em Recurso Extraordinário, proveniente do Estado do Rio de Janeiro, aforado pela União Federal em face do menor Daniel Felipe de Oliveira Neto, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o acórdão foi assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES”) E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.⁷⁷

A questão posta nos autos referia-se a um dano provocado no menor Daniel Felipe de Oliveira Neto que, ao nascer em um hospital público pertencente à União Federal, sofrera “afundamento frontal do crânio, edema cerebral e área de contusão hemorrágica”, males esses ocasionados por ter sido retirado do ventre de sua genitora à base de fórceps.

No recurso interposto, a União Federal buscou sustentar a partir do exame de fatos e da análise de laudo pericial, situação configuradora de força maior, apta a descaracterizar o nexo de causalidade material entre a conduta do agente público e o dano causado ao menor. Todavia, a pretensão esposada no recurso extraordinário e também no recurso de agravo, com o fito de obter nova análise da matéria fática, foi barrada pela incidência da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal, sendo feito no caso, juízo de admissibilidade negativo do recurso.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 455846. Recorrente: Daniel Felipe de Oliveira Netto . Recorrido: União. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 11 out. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, 21 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24.SCLA.+E+455846.NUME.%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 28 set. 2010.

Contudo, a despeito de o Supremo Tribunal Federal não ter conhecido o agravo de instrumento para “destrancar” o recurso extraordinário, observa-se que o Pretório Excelso acabou por enfrentar as razões do recurso de agravo, negando provimento ao mesmo, ao fundamento de que o valor fixado a título de danos morais em favor da vítima pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região não merecia reforma. Ao contrário, reafirmou-se a condenação da verba destinada a título de danos morais, reconhecendo na espécie, a dupla função dos danos morais: caráter punitivo da obrigação de indenizar e de outro lado, o dever de proceder à reparação patrimonial.

Nesse sentido, à míngua de maiores elementos, pode-se presumir que a Corte Maior do país, desde então, apresenta posicionamento favorável à aplicação da teoria dos *punitive damages*, no instante em que a reconhece de forma expressa a dupla função dos danos morais.

Tal postura já era mesmo esperada por parte do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que, na qualidade de guardião da Constituição e estando obrigado a cumprir e assegurar a aplicação dos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988), o Supremo Tribunal Federal não poderia virar as costas para tal situação e deixar lesados sem a devida reparação. Vigora, ainda lá, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, *data venia*.

De outra sorte, tem-se que a jurisprudência atual emanada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça é mais tendente a rejeitar a aplicação da teoria dos *punitive damages*. Entretanto, foi possível localizar julgados, reconhecendo a necessidade de se aplicar a teoria dos *punitive damages* considerado a gravidade da conduta do agente, ainda que no voto não a mencione de forma explícita.

É prudente salientar que o Superior Tribunal de Justiça, vulgarmente conhecido como o “tribunal da cidadania”, apesar de receber essa referência, não tem sido “cidadão” com seus jurisdicionados quando o tema é responsabilidade civil ou ainda responsabilidade civil punitiva. Tem se negado peremptoriamente a aplicação da teoria mesmo quando se depara com situações altamente gravosas, lesivas e repugnantes.

Para mudar esse panorama, seria necessário uma visão mais humanitária por parte dos julgadores, mais preocupada com o lesado, do que com a cultura patrimonialista que circunda

a questão. Habitualmente, no pólo passivo das ações de indenização figuram grandes empresas de telefonia, instituições bancárias e correlatas, concessionárias de serviços públicos que insistem em não oferecer serviços de qualidade e que diuturnamente, desrespeitam direitos dos consumidores e usuários dos serviços públicos e que, segundo reiterados julgados, são condenados em quantias “razoáveis e com moderação”.

As condenações por danos morais determinadas pelo Superior Tribunal de Justiça deveriam seguir o exemplo dos julgados proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho, que repudiam atitudes lesivas contra a dignidade do trabalhador. Se o Superior Tribunal de Justiça, a partir de agora, ajustar suas decisões à letra da Constituição, certamente a pessoa humana seria valorizada como sujeito de direitos. Assim, entende-se que cabe ao Superior Tribunal de Justiça rever seus precedentes, para que seus julgados reflitam mais os anseios da sociedade e denotem o compromisso dos magistrados com a distribuição da verdadeira justiça, e não com o patrimônio do devedor/lesante.

Colhem-se da jurisprudência as seguintes ementas que repudiam a aplicação da teoria do “valor do desestímulo”:

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

1. A ressalva trazida pelo inciso II do artigo 254, sabidamente, alcança os incidentes processuais que são processados em apenso aos autos principais, como, in casu, a exceção de incompetência. 2. No tocante ao dissídio jurisprudencial, verifica-se que não foi realizado o necessário cotejo analítico afim de identificar a presença da similitude fática. 3. "Já decidiu a Corte, sem discrepância, que se o autor 'pediu que o juiz arbitrasse a indenização, era lícito ao autor, inconformado com o arbitramento, pedir ao Tribunal que revisse o valor arbitrado pelo juiz. Em tal caso, não faltava, como não falta, interesse para recorrer (Cód. de Pr. Civil, art. 3º e 499)' (REsp nº 123.523-SP, Relator o Senhor Ministro Nilson Naves, DJ de 28/6/99) [...]".(REsp 330256 / MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 30/09/2002 p. 255). 4. O magistrado não está obrigado a julgar a questão submetida a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes e, sim, com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicáveis ao caso (REsp 677.520/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.2.2005).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

17. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido. Recurso adesivo não provido. (REsp 401.358/PB, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 16/03/2009).⁷⁸

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 401.358. Recorrente: Editora Abril e Vicente Vanderlei Nogueira de Brito. Recorrido: os mesmos. Relator: Ministro Carlos Fernando Matias, Brasília, 05 mar. 2009. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, 16 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101691660&dt_publicacao=16/03/2009>. Acesso em: 28 set. 2010.

No caso em testilha, o recurso especial interposto pela Editora Abril S/A em face de Lourival José dos Santos e Outro, também foi objeto de recurso especial adesivo. O então Ministro Carlos Fernando Mathias, juiz convocado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao relatar o processo, teceu maiores considerações acerca da teoria dos *punitive damages*:

A rigor, a indenização por dano moral trata-se mais de uma compensação do que propriamente de ressarcimento (como no dano material), até porque o bem moral não é suscetível de ser avaliado, em sua precisa extensão, em termos pecuniários. O fato é que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e mais do que isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer - e aí com revelação de certa perplexidade - no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

Como fixar a reparação? Quais os indicadores?

Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos "*punitive damages*". "*Punitive damages*" (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam.

Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as "*punitive damages*" como a "teoria do valor do desestímulo" posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção.

No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo.

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

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

Percebe-se, assim, que o fundamento da negativa de aplicação da teoria, seria o enriquecimento sem causa que, como visto, tem sido considerado como um dos obstáculos para a maior propagação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Reiterando o mesmo entendimento, apresenta-se outro julgado, também proferido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE FOTO EM PERIÓDICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CONHECIMENTO. SUMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DO CPC. SÚMULA 211/STJ. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. No tocante ao dissídio jurisprudencial, verifica-se que não foi realizado o necessário cotejo analítico afim de identificar a presença da similitude fática.
2. Quanto à ilegitimidade passiva da recorrente, para se chegar a conclusão diversa da convicção firmada pela Corte a quo seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ.
3. Não deve ser conhecido o recurso no pertinente à violação ao art. 267 do CPC ante a ausência do necessário prequestionamento (Súmula 211/STJ).
4. Tratando-se de feito ajuizado pelo espólio conjuntamente com os herdeiros, sendo evidente que o dano moral pleiteado pela família da falecida constitui direito pessoal deles, não por herança mas por direito próprio, carece de legitimidade, conseqüentemente, o espólio, para pleitear a indenização em nome próprio.
5. Cingindo-se, a hipótese em análise, a dano à imagem da falecida, remanesce aos herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide.
6. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.
7. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.
8. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "*punitive damages*" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.
9. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.
10. In casu, o Tribunal a quo condenou às rés em R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), tendo dividido o valor entre as rés, arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento de R\$480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente excessivo.
11. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinqüenta reais), devendo ser ele rateado igualmente entre as rés, o que equivale a R\$ 72.625,00 (setenta e dois mil, seiscientos e vinte e cinco reais) por litisconsorte passiva.
12. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido. (REsp 913.131/BA, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 06/10/2008)⁷⁹

Após a publicação deste julgado, houve interposição de agravo regimental, sendo proferido o seguinte acórdão:

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 913.131. Recorrente: Igreja Universal do Reino de Deus e outro. Recorrido: Gildásia dos Santos e Santos. Relator: Ministro Carlos Fernando Matias, Brasília, 16 set. 2008. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, 06 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=913131&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 28 set. 2010.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM VALOR EXORBITANTE. NECESSIDADE DA REDUÇÃO. RESPEITO AOS PARÂMETROS E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES.

1. Cingindo-se, a hipótese em análise, a dano à imagem da falecida, remanesce aos herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide.

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

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

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

5. In casu, o Tribunal a quo condenou às rés em R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), tendo dividido o valor entre as rés, arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente excessivo.

6. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais), devendo ser ele rateado igualmente entre as rés, o que equivale a R\$ 72.625,00 (setenta e dois mil, seiscentos e vinte e cinco reais) por litisconsorte passiva.

7. Evidencia-se que a parte agravante não apresentou qualquer argumento capaz de infirmar a decisão monocrática que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida íntegra por seus próprios fundamentos.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010)⁸⁰

Convém esclarecer os dados apontados acima.

No último aresto transcrito, ficou comprovado que a Igreja Universal do Reino de Deus ofendeu a honra da falecida, no instante em que vinculou a imagem desta, sem a devida autorização dos herdeiros, à matéria de cunho vexatório, publicada em jornal periódico. O Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer o dano praticado, reformou o acórdão de origem,

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 850.273. Recorrente: Editora Gráfica Universal Ltda. Recorrido: Gildásia dos Santos e Santos. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, Brasília, 03 ago. 2010. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, 24 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602623771&dt_publicacao=24/08/2010>. Acesso em: 28 set. 2010.

para ajustar a indenização devida a cada herdeiro da falecida, estabelecendo o valor correspondente a 50 (cinquenta) salários mínimos para cada herdeiro. O acórdão de origem tinha fixado os danos morais em quantia bem superior. Entretanto, o fundamento esposado no voto pelo Ministro Relator e que fora acompanhado pelos demais julgadores, era o de que os precedentes exarados pelo Superior Tribunal de Justiça ficavam em torno da quantia fixada e era necessário mantê-la por coerência, evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito dos herdeiros.

Tem-se que o fundamento oferecido pelo Superior Tribunal de Justiça não convence.

A Constituição Federal de 1988 erigiu, expressamente, o direito à própria imagem à condição de direito individual, integrando o conjunto dos “direitos à privacidade”. Desse modo, não aquiescendo os herdeiros da falecida com a divulgação da imagem da “*de cuius*”, conclui-se que houve violação da imagem da mesma, com violação do direito à privacidade pelo uso não autorizado de imagem.

No caso, a situação ainda é pior, pois, a imagem da falecida fora agregada à notícia de cunho vexatório. Competiria ao Superior Tribunal de Justiça, ao invés de reduzir a condenação que pouco significa patrimonialmente para a Editora Abril S/A, repudiar de forma veemente tal conduta, estabelecendo danos morais punitivos contra a empresa. Tal condenação serviria de aviso à sociedade, de que a conduta adotada pela empresa, foi repugnante e atentatória à privacidade da pessoa humana.

No caso acima, o estabelecimento dos danos morais punitivos contra a empresa lesante seria uma boa oportunidade para o Superior Tribunal de Justiça responder e se posicionar perante a sociedade, de forma enérgica e firme, demonstrando que, sempre que um direito for violado e de forma gravosa, indenizações elevadas responderão à altura. O julgado proferido nessa linha de raciocínio, serviria também como um aviso para que terceiros não se sentissem estimulados a também praticar o ato; seria como um alerta para um “*non facere*”.

Sabe-se ainda que, a circulação em periódicos ou qualquer outro meio escrito, dá ampla e irrestrita publicidade daquilo que foi divulgado. Logo, não é certo afirmar que somente aquelas pessoas que receberam ou que, eventualmente pagaram pelo periódico, é que teriam acesso à notícia publicada. Outras pessoas poderiam vir a tomar conhecimento da

matéria e teriam acesso à imagem não autorizada, pelo simples fato de o jornal estar à disposição da população. Por conseguinte, afere-se que a associação da imagem de alguém, sem seu consentimento, à matéria de cunho vexatório, é motivo mais que suficiente para fixação de danos morais punitivos. Em assim se procedendo, assegura-se o respeito aos cidadãos e a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se pode verificar, os precedentes atuais acima reproduzidos, além de negar vigência à teoria do valor do desestímulo, reduzem a condição humana a um valor que não colabora para a formação da qualidade de vida das pessoas. Essa concepção merece ser modificada para se respeitar, também, o binômio implícito em toda indenização, a saber: **reparação e pena**. Na primeira hipótese, há a tentativa de restituir tudo aquilo que foi perdido pelo lesado; é a mais completa indenização. A segunda, tal qual na pena criminal, a intenção é inibir ulteriores práticas indesejáveis. Se esta última for irrisória, o causador vai se sentir confortável em praticar novamente o dano e novamente reincidirá.

Para se concluir o subtópico, colaciona-se memorável aresto do Superior Tribunal de Justiça, favorável à aplicação da teoria dos *punitive damages* ao ordenamento jurídico brasileiro.

O acórdão de lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira foi proferido no Recurso Especial nº 183.508 – RJ. Nele, nota-se que apesar de o aresto nada mencionar acerca da teoria dos *punitive damages*, houve nítida aplicação implícita da mesma ao julgado, porque, quando da majoração dos danos morais em favor da vítima Carlos Gustavo Santos Pinto Moreira, as razões lançadas na parte da fundamentação do acórdão, denotam um aguçado juízo de reprovação por parte do relator. Os fundamentos contidos no voto, clarividenciam que o evento danoso só ocorreria, porque o ofensor agira como um bárbaro, ultrapassando as barreiras do tolerável e de forma manifestamente desproporcional.

De forma reduzida, tem-se que o voto extraído do site do Superior Tribunal de Justiça informa que o jovem Gustavo Santos Pinto Moreira encontrava-se jantando com amigos em uma cantina tradicional no bairro do Leme/RJ, no mesmo local que o “banqueiro do jogo do bicho”, popularmente conhecido por “Maninho”. Este, encontrava-se acompanhado de uma bela mulher, cujos atributos físicos eram impossíveis de não serem notados. Ocorre que Maninho equivocadamente entendera que a vítima Gustavo, teria o desrespeitado no instante

em que este teria “colocado vista” em sua acompanhante. Ao deixarem o restaurante, o jovem Gustavo e seus amigos foram agredidos verbalmente por Maninho e foram perseguidos de carro prolongadamente. A perseguição só veio a se encerrar quando os comparsas de Maninho fizeram um entroncamento de três carros em forma de “V”, impedindo a fuga do veículo em que se encontrava Gustavo. Três disparos de arma de fogo atingiram a vítima Gustavo, sendo os tiros causa e sede eficiente das lesões corporais gravíssimas e irreversíveis que o mesmo veio a sofrer.

No julgamento de primeiro grau, foi fixada a quantia de 600 (seiscentos) salários mínimos a título de danos morais, além de outras verbas relacionadas à lucro cessantes e prejuízos materiais em favor da vítima. Ofertado recurso de apelação pelo ofensor, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao recurso, excluindo da condenação, o valor dos honorários advocatícios pagos aos advogados criminalistas contratados pelo autor. Interposto recurso de embargos infringentes, o Tribunal de Justiça majorou o valor dos danos morais em favor da vítima Gustavo para 1.000 (mil) salários mínimos. Já em sede de Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça revendo o valor dos danos morais, elevou-o para 1.500 (mil e quinhentos) salários mínimos, considerando alguns fatores, a saber: elevado grau da agressão; a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, merecia ter.

Trecho importante do voto merece ser copiado:

Nestes termos, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo 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, como insuficiente, data vênia, o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais. Do próprio voto-condutor do aresto, a propósito, colho as seguintes considerações, que vêm demonstrar o drama sofrido pelo autor:

“Com efeito, o sofrimento, a angústia, a dor e a aflição, para não se falar do desespero do mesmo, o qual, no limiar de sua mocidade, se viu paraplégico, impossibilidade de constituir família e de ter filhos, bem como impedido de estudar e viver normalmente, em tudo dependente de terceiro, além do constrangimento de se ver compelido ao uso permanentemente de fraldas e de sondas, tudo isso constitui uma agressão inominável à sua personalidade, à sua honra, à sua dignidade, em suma, ao seu patrimônio moral. Ademais, ainda que se admita que o autor tenha desrespeitado a honra do réu, o certo é que a reação deste foi manifestamente desproporcional, passando longe, e muito, do tolerável”.⁸¹

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 183508. Recorrente: Carlos Gustavo Santos Pinto Moreira e Waldemir Paes Garcia. Recorrido: os mesmos. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 05 fev. 2002. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, 14 out. 2002. Disponível em:

Desse julgado, é possível extrair a certeza de que, dada às circunstâncias do caso, a teoria dos *punitive damages* foi considerada no caso em exame e ainda que não tenha sido feita de forma expressa, pode-se deduzir que o Superior Tribunal de Justiça a admitiu. O caso ora analisado, ainda que lastimável a sua ocorrência, traduz fielmente a hipótese de incidência de aplicação da teoria do *exemplary damages*, com a repulsa de condutas inidôneas, reprováveis e antiéticas.

Pontofinalizando, sabe-se que o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça, ao fundamento de que se evitaria manifestos e freqüentes abusos na fixação do *quantum* indenizatório, no campo da responsabilidade civil. É dele, portanto, a última palavra acerca da matéria, ainda que reiteradamente, o Superior Tribunal de Justiça enfrente a matéria fática deduzida nos processos que lhe são submetidos, a despeito de haver súmula impeditiva no que tange a análise da matéria fática.

Nesse sentido, importa mencionar o Recurso Especial nº 487749, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, de lavra da Ministra Eliana Calmon, atual Corregedora do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - TORTURA COMETIDA POR POLICIAIS CIVIS.

1. Não incidência da Súmula 7/STJ a hipótese em comento, por não se tratar de reexame do contexto fático-probatório e sim de sua valoração.
2. 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 dúlice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.
3. Quantia de 200 (duzentos) salários-mínimos, fixada pela sentença e confirmada pelo Tribunal Estadual, que se apresenta razoável, diante da grave situação fática descrita nos autos, consubstanciada na tortura praticada por policiais civis.
4. Recurso especial improvido.⁸²

Tem-se observado que os juízes de 1º grau e até mesmo alguns tribunais de segunda instância têm aplicado danos morais punitivos. Como já afirmado, normalmente, tais

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199800556141&dt_publicacao=14/10/2002>. Acesso em: 14 nov. 2010.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 487.749. Recorrente: Ordalino Ribeiro De Campos. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministra Eliana Calmon, Brasília, 03 abr. 2003.

Revista Eletrônica de Jurisprudência, Brasília, 12 maio 2003. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200201653902&dt_publicacao=12/05/2003>. Acesso em: 20 out. 2010.

condenações são dirigidas a empresas de telefonia, instituições bancárias e correlatas, seguradoras, companhia aéreas, concessionárias de serviços públicos, dentre outros.

Ocorre que, quando o processo esbarra nas portas do Superior Tribunal de Justiça e se admite o processamento do recurso, é possível se observar que na grande maioria dos casos, o valor dos danos morais é revisto sempre para menor. Assim, tem se chegado a seguinte situação: o lesado raramente é devidamente indenizado e para o ofensor, a argumentação é a de que o valor fixado é sempre demasiado.

Talvez esse seja um dos motivos para que os juízos hierarquicamente inferiores não apliquem a teoria. Sabedores do “poder-dever” de o Superior Tribunal de Justiça em adequar os valores fixados a título de danos morais, à vista do princípio da razoabilidade e moderação, deixam de aplicar exemplarmente uma condenação inibitória contra essas empresas e/ou concessionárias de serviços públicos. Todavia, há juízes que exercem com maior largueza sua independência funcional e fixam danos morais punitivos. Sob esse prisma, não é difícil concluir que a controvérsia e a divergência acerca do tema persistirão.

A conclusão obtida por PAULO MAXIMILIAN WILHELM SCHONBLUM acerca dos problemas enfrentados pelos jurisdicionados é lúcida e merece ser transcrita:

O direito brasileiro, com suas indenizações mínimas, vem compensando algumas vítimas (outras não se sentem compensadas devido ao baixo valor das indenizações), mas em nada vem contribuindo para a melhora da qualidade de vida, pois os grandes contraventores não estão intimidados pelas indenizações pagas, absorvendo o pequeno impacto causado e mantendo a mesma conduta infratora. Para confirmação do afirmado, basta observar-se a estatística do volume de ações que envolvem os grandes prestadores de serviços e que está sempre aumentando.⁸³

Sob este aspecto, vale registrar que algumas empresas figuram como líderes de reclamações junto aos PROCON's, estando também na pauta de reclamações das agências reguladoras. Merece destacar ainda que, raramente, as questões postas pelos usuários e/ou consumidores são solucionadas administrativamente. A grande maioria dos casos termina por desaguar no Poder Judiciário que representa a *ultima ratio*.

⁸³ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Dano moral**: questões controvertidas. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 138.

Por sua vez e generalizadamente, observa-se que o Poder Judiciário, como já exposto, não tem inibido o comportamento inescrupuloso de algumas dessas empresas, preferindo arbitrar indenizações módicas ou acanhadas, valendo-se do princípio da proporcionalidade e razoabilidade como fundamento de decisão.

É certo que um direito efetivo decorre de uma atuação eficiente da Justiça. Se se mantém o atual sistema legal no que tange à fixação dos danos morais, com apenas a aplicação da função compensatória, os reclamos sociais não serão atendidos, porque indenizações irrisórias ou insignificantes não inibem atitudes aviltantes contra a dignidade da pessoa humana. Isto só induz descrédito da população quanto à confiabilidade depositada no Poder Judiciário na distribuição da justiça. Com efeito, indenizações que não revelem o caráter punitivo, quando a conduta do ofensor avilta fortemente direitos da personalidade, não promove o desestímulo da prática da conduta reprimida, porque o lesante não recebe o caráter pedagógico-pecuniário pela lesão cometida.

Com o presente estudo, pretende-se, sobretudo, fomentar a aplicação da teoria dos *punitive damages*, quando a conduta do lesante ofender de forma grave os direitos da personalidade da pessoa humana. A justificativa que se apresenta é a de que, na teoria do valor do desestímulo, vislumbram-se efetividade e eficácia na reparação do dano moral.

É preciso prestigiar o caráter dúplice do instituto: prevenir que condutas lesivas não se repitam e, punir exemplarmente a conduta vil adotada pelo ofensor. Só assim é possível se construir uma sociedade solidária, ética e pautada em princípios ligados à moral e aos bons costumes.

3.6 Síntese do capítulo

Sintetizando o capítulo, tem-se que a teoria da indenização punitiva ou indenização exemplar, é a teoria que pretende o ressarcimento total, se possível, de um bem jurídico lesionado, de forma exemplar, com cunho punitivo a fim de desestimular a prática reiterada da conduta lesiva. É uma teoria que visa a compensação do ofendido e a punição do ofensor,

segundo uma idéia pedagógica-inibitória. É oriunda do sistema do *common law*, assentado na regra do *stare decisis* ou dos precedentes.

Seu objetivo é permitir que não só a pessoa humana, mas toda a coletividade se veja protegida contra prática de condutas antiéticas, ilícitas e agressoras aos bens jurídicos indisponíveis, orientados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Sabe-se que o dano moral surge quando alguém é ofendido em seus direitos fundamentais, sendo cabível tão somente uma satisfação ao lesado, á vista de que é impossível tornar indene (sem dano) algo que foi lesionado na esfera íntima da vítima.

Considerando que as lesões produzidas pela sociedade atual podem, em alguns casos, atingir direitos metaindividuais, deve o Estado oferecer ao cidadão os meios necessários para evitá-las. Nesse contexto, surge a teoria dos danos morais punitivos como uma boa opção legislativa, porque, prevendo indenizações elevadas, o ofensor fica desestimulado a praticar atos ilícitos contra a pessoa humana ou contra uma coletividade, evitando-se ainda, a repetição dos mesmos.

A teoria dos *punitive damages* visa atingir dois objetivos: o primeiro, **punir** o ofensor, estabelecendo uma **sanção** altamente pesada a fim de que não se repita o ato lesivo; o segundo, **pedagógico**, no sentido de desestimular terceiros a adotarem o mesmo procedimento. Pode-se dizer que nela está embutido o binômio **punição X prevenção**.

A despeito de a teoria encontrar bastante resistência por parte da doutrina civilista, uma de suas opositoras (Judith Martins-Costa), enxerga a sua aplicação salutar apenas em uma circunstância: quando da aplicação da multa prevista na Lei n. 7.347/85, para o caso de danos cuja dimensão é transindividual, como os danos ambientais e ao consumidor, sendo o mesmo revertido em favor de um Fundo Público. Particularmente, defende-se a aplicação de danos punitivos em favor da coletividade, porque esta seria o beneficiário-direto dessa verba, não se olvidando também que, na hipótese de se aplicar em favor da vítima individualmente, estará se compensando o mal perpetrado contra ela.

Como visto, a teoria dos *punitive damages* é bastante difundida nos Estados Unidos da América, Inglaterra e Canadá, mas enfrenta grande resistência de aplicação em alguns países da Europa e nos países da América do Sul, porquanto serem em sua grande maioria, países

filiados ao sistema do *civil law*. Embora o art. 17 da Regulamentação da Comunidade Européia não recepcione a teoria dos *punitive damages* ao seu ordenamento, observa-se que a teoria é aplicada nos casos em que a mesma se faz necessária (culpa grave e dolo), de forma semelhante e acompanhada de bastante controvérsia, a que se passa no Brasil.

No que tange a importância da teoria da indenização punitiva no Brasil, percebe-se que além de a mesma ser uma medida eficiente de prevenção para a responsabilidade civil, serve também como um instrumento potente no desestímulo de condutas danosas e potencialmente danosas.

Através dela, dá-se efetividade do direito contra atos ilícitos, sendo que a sentença é eficaz quando evita que o ofensor saia condenado moderadamente no aspecto financeiro, sem que o mesmo tenha sensação de reprovação. Se corretamente aplicada, a teoria poupa a sociedade de eventuais atos ilícitos.

Em contrapartida, a oposição à aplicação da teoria dos *punitive damages* baseia-se em questões que, apesar de importantes, não tem o condão de impedir que a mesma evolua eticamente. As objeções apontadas pela doutrina são: a dupla penalização (*bis in idem*); a punição como castigo; invasão da esfera penal na órbita civil; enriquecimento sem causa por parte do ofendido e em indenizações excessivas decorrentes da teoria. Tem-se que, nenhuma dessas objeções impede a aplicação da teoria dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro.

Ao contrário, entende-se que se prescinde de um novo paradigma para a responsabilidade civil na modernidade. Há que se enaltecer o binômio punição X prevenção como forma de rompimento com uma estrutura jurídica arcaica, voltada apenas para a reparação do dano que, ao revés de olhar para a vítima como lesado realmente, mais se preocupa com os efeitos financeiros que envolve o patrimônio do ofensor.

Entende-se que a eticidade deve ser o princípio informativo da moral, lembrando que é melhor se atuar preventivamente, porque prevenir sempre é melhor que reparar.

4 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

No capítulo que se inicia, pretende-se demonstrar que a teoria dos *punitive damages* pode se manifestar, valendo-se da roupagem de ação civil pública, não estando, portanto, apenas autorizado o seu uso somente através de ações ordinárias, individualmente ajuizadas. Ao contrário, o espectro e o alcance da teoria na ação civil pública são muito maiores e por isso, mais eficazes.

Neste ponto, não restam dúvidas de que, comparando-se os efeitos das ações, tem-se que os efeitos obtidos pela ação civil pública são infinitamente maiores que os efeitos irradiados, quando a ação é promovida pela pessoa individualmente identificada. Com efeito, como instrumento hábil de tutela jurisdicional de interesses difusos e coletivos, a ação civil pública combate, potencialmente, o dano que o ato possa trazer aos bens e valores culturais pertencentes à sociedade.

Considerando-se que ação civil pública é relativamente uma ação nova, mas que tem força no ordenamento jurídico brasileiro, pensou-se em difundir nela, a teoria dos *punitive damages*, tendo em vista que o artigo 13, da Lei 7.347/85 prevê a aplicação de indenização quando um dano é verificado e não se pode identificar precisamente todos os lesados. Tal argumento se justifica, porque a tendência do direito moderno é o de se ressarcir o maior número de vítimas possível e da maneira mais completa, sendo o instituto da responsabilidade civil um segmento de extrema relevância, notadamente na esfera cidadã.

Convém salientar que, mesmo a Lei nº 7.347/85 sendo anterior à promulgação da Constituição da República de 1988, os objetivos nela perseguidos, condizem com as linhas de condutas desejáveis pelo legislador ordinário, razão pela qual, sua força nos palcos judiciais é enorme.

4.1 Introdução ao tema

Antes de se adentrar no estudo da possibilidade de se aplicar a teoria do valor do desestímulo na ação civil pública, convém tecer algumas considerações acerca da referida ação, abordando seu surgimento e natureza; os bens por ela tutelados e seu objeto; os legitimados para a ação; a sentença e execução dos seus julgados, e por fim, a possibilidade de se aplicar a responsabilidade civil punitiva sobre o agente causador do dano, à vista do disposto no art. 13, da Lei nº 7.347/85.

4.2 Surgimento da ação civil pública:

Antes da edição da Lei nº 7.347/85, a proteção dos direitos difusos resumia-se à Ação Popular (Lei 4.717/65) e à Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81). Esta última já estabelecia o dever do agente-poluidor indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua atividade, conferindo legitimidade ao Ministério Público para a propositura da ação judicial.

Historicamente, tem-se que antes da edição da Lei nº 7.347/85, a proteção dos direitos difusos girava em torno somente daquilo que exprimia valor econômico, pertencente ao Poder Público, sendo este o conceito de “patrimônio público”. A referência brasileira para a tutela jurisdicional de interesses difusos eram os doutrinadores italianos, dentre eles: Mauro Cappelletti, Andréa Proto Pisani, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoritti que tendiam a entregar a associações civis uma maior função na tutela do interesse da coletividade.

Segundo RONALDO CUNHA CAMPOS:

Nota-se um direcionamento no sentido de conceder a legitimação (“*legitimatío ad causam*”) a tais entidades para que em Juízo persigam a tutela de interesses de grupos sociais. Tais associações seriam dotadas de organização suficiente e uma certa fiscalização por parte do Estado ⁸⁴

⁸⁴ CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 57.

Em 1974 e 1975, a doutrina italiana inspirou os processualistas brasileiros da época a enxergar o processo civil não mais como solução de conflitos individuais, mas como uma possibilidade de se prestar uma tutela jurisdicional coletiva. As idéias centrais dos principais doutrinadores italianos eram:

MAURO CAPPELETTI entendia que:

(...) esta tutela deveria provir do esforço combinado de instituições governamentais (inclusive o Ministério Público), do cidadão, ou de grupos de particulares, como os titulares das “class actions”, ou de associações formadas para tal esforço. É o que denomina pluralismo quando assevera:

“What lesson is to be learned from the comparative effort of a worldwide team of rational reporters and other experts who have provided the basis for this article? I believe that the lesson is one of pluralism.”

Prossegue o jurista:

“The needs of our time are so complex and demanding that it will be foolish to rely upon any single governmental institution to solve them”

E ainda:

“Exclusive reliance on the private initiative of individuals, however, would also be foolish”.

Daí sua conclusão de que a iniciativa pública e a privada, o Estado e os indivíduos, devem associar-se para atender à necessidade de tutela destes interesses difusos, hoje emergentes como característicos de sociedade de massa.⁸⁵

Por sua vez, VICENZO VIGORITTI entendia que o problema central residia no interesse coletivo e não no difuso. Para ele, o interesse difuso antecedia ao coletivo, sendo este último caracterizado como uma resultante de interesses coordenados a visar posições de vantagens.

VITTORIO DENTI, achava que a ação pública seria adequada quando se buscasse a tutela de interesses públicos individuados nas normas constitucionais de tipo programático (saúde, segurança, etc), atendendo a certo e específico interesse coletivo.

Para EDUARDO GRASSO, o interesse coletivo obtém da lei uma garantia que assume a forma objetiva, enquanto o interesse de um grupo é sempre uma situação subjetivamente protegida. Em razão disso, o processualista não admitia a legitimidade de grupos representativos de coletividades maiores, razão pela qual, defendendo a idéia de que o interesse da sociedade é “interesse sem sujeito”, deveria a tutela de esses direitos ser entregue a um órgão que exerceria esta atividade em juízo.

⁸⁵ CAMPOS. Ronaldo Cunha. *Op. Cit.*, p.61e 62.

Com essas influências, os processualistas Ada Pellegrini Grinover, Waldemar Mariz de Oliveira Jr., Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco elaboraram o primeiro anteprojeto da lei da ação civil pública, sendo este apresentado pelo Deputado Flávio Bierrenbach em 1984 à Câmara dos Deputados. Deste primeiro texto, observa-se que o anteprojeto preocupava-se mais em assegurar a legitimidade das associações para a tutela do meio ambiente, do que assegurar uma efetiva tutela jurisdicional dos direitos difusos como gênero.

Diante disso, o Ministério Público do Estado de São Paulo aperfeiçoou o então anteprojeto apresentado, afirmando que a ação civil pública deveria ser aplicável na defesa dos consumidores e de qualquer interesse difuso, garantindo-se assim, a efetividade e a viabilidade da mesma, dando à realidade brasileira uma **“adequada tutela jurisdicional coletiva”**. Feitas tais alterações, o então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Akel apresentou o projeto ao então presidente João Figueiredo, que o submeteu ao Congresso Nacional. Em razão da preferência de tramitação que mereciam os projetos do Poder Executivo, tal projeto acabou sendo apreciado e aprovado antes mesmo do “Projeto Bierrenbach”, seguindo sem alterações significativas para a sanção presidencial.

Importa ressaltar que o então Presidente José Sarney vetou em parte o anteprojeto, restringindo a expressão **“qualquer outro interesse difuso”** do texto. Deste modo, restou aprovado no texto, apenas a referência feita à defesa ao **meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico**. Curiosamente, há que se observar que o movimento político brasileiro à época, era o de consolidar a ordem democrática, erradicando-se qualquer resquício de autoritarismo deixado pelos governos militares. Todavia, o veto da expressão “qualquer outro interesse difuso” fora feito pelo primeiro presidente civil, sendo que o projeto encaminhado pelo Presidente João Figueiredo, último presidente militar, abrangia a expressão **“qualquer outro interesse difuso”**.

A importância que se pode verificar com o veto presidencial foi que o mesmo subsidiou a elaboração legislativa, pois a falta de definição do alcance da expressão “interesses difusos” e a amplitude etimológica que a expressão comportava, precisava ser solucionada. Assim, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor em 1990, restou suplantada essa omissão legislativa, dando-lhe, portanto, a necessária definição legal.

4.3 Natureza jurídica da ação civil pública

A dicotomia entre norma de direito material e norma de direito processual já não é mais tão aguerrida como outrora, posto que ambas servem ao objetivo maior da ordem jurídica globalmente considerada, que é o de restabelecer a paz entre os membros da sociedade. É preciso, pois, relativizar a diferença existente entre normas materiais e adjetivas, porque, muitas leis contêm simultaneamente regras de direito material e processual. Deve-se, portanto, aceitar a predominância de uma norma sobre a outra.

No estudo em tela, a doutrina já pacificou que a Lei nº. 7.347/85 possui caráter **processual**.

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO aduz:

Também nos parece que a lei em questão é de índole predominantemente processual, visto que, basicamente, objetiva oferecer os instrumentos processuais hábeis à efetivação, em juízo, da tutela aos interesses difusos reconhecidos nos textos substantivos. Ainda que nos dois aspectos antes ressaltados (arts. 10 e 13) a Lei 7.347/85 apresente acoloração de direito material, estamos em que, no mais, trata-se de lei de natureza processual. Há interesse nessa qualificação, a mais de um título: os textos legais de natureza processual trazem certas peculiaridades no que concerne à sua eficácia no tempo e no espaço, à sua interpretação, à forma por que se faz sua integração em caso de lacuna ou defasagem, enfim, à sua integração com os demais textos do ordenamento positivo.⁸⁶

Comungando do mesmo entendimento, PEDRO DA SILVA DINAMARCO verbera:

A lei n. 7.347/85, de 24 de julho de 1985, não visa à criação de regras de comportamento para as pessoas, na vida em sociedade. Ela contém apenas regras procedimentais a serem seguidas pelo juiz e pelas partes sempre que surgir um conflito de interesses envolvendo direitos e interesses metaindividuais que tenham sido lá especificados. Trata do foro, rito, legitimidade, atuação do Ministério Público, sentença, coisa julgada, execução, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil etc. Ela depende essencialmente das normas de direito material para que possa ter vida. Da própria justificativa apresentada no Projeto Bierrenbach, redigida pela comissão que elaborou o anteprojeto, consta essa intenção de disciplinar a forma processual⁸⁷.

⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**: Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.28.

⁸⁷ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 112.

Referendando a idéia de que a lei da ação civil pública é de cunho processual e em complemento às doutrinas anteriores, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO arremata:

Diante da classificação de que as leis são materiais ou formais, pode-se afirmar que a Lei nº 7.347/85 é de natureza eminentemente formal, visto que se destina a regular a ação protetiva dos vários direitos subjetivos e deveres jurídicos relativos ao meio ambiente, ao consumidor e a outros interesses coletivos e difusos. Na verdade, só acidentalmente a lei exhibe normas de direito material.⁸⁸

CARLOS ROBERTO GONÇALVES afirma, quando discorre da ação civil pública na defesa do meio ambiente:

A Lei n. 7.347/85 é unicamente de caráter processual, devendo o pedido e a condenação basearem-se em disposição de alguma lei material da União, do Estado ou do Município que tipifique a infração ambiental a ser reconhecida e punida judicialmente, e independentemente de quaisquer penalidades administrativas ou de ação movida por particular para defesa de seu direito individual.⁸⁹

Assim, verifica-se que a Lei nº. 7.347/85 é predominantemente processual, na linha das doutrinas acima mencionadas, porque regula direitos metaindividuais fixados pelo legislador infraconstitucional.

4.4 Bens tutelados pela ação civil pública:

A ação civil pública foi editada em 24 de julho de 1985 e, como já asseverado, restringia-se a tutelar os seguintes bens: meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, deu-se o fenômeno da recepção das normas, sendo a Lei n. 7.347/85 recepcionada pela Carta Maior, por com ela não conflitar, e desta maneira, a Lei n. 7.347/85 encontrou novo fundamento de validade, perseverando a irradiação dos seus efeitos por força do fenômeno da recepção.

⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 2.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*, p.79.

Há que se mencionar que a Constituição Federal, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público no art. 129, estabeleceu no inciso III, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Deste modo, a defesa dos interesses difusos e coletivos ingressou no ordenamento jurídico com status de matéria constitucional, e a partir dela, o legislador infraconstitucional promoveu uma gama de legislações voltadas à defesa de interesses diversos daqueles tratados pela Lei nº 7.347/85.

Assim, nos termos do art. 1º da Lei nº 7.347/85, é a ação civil adequada para a proteção dos direitos ou interesses difusos ou coletivos referentes:

- I – ao meio ambiente;
- II – ao consumidor;
- III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico;
- IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- V – por infração da ordem econômica e da economia popular;
- VI – à ordem urbanística

O *caput* do referido artigo menciona que a ação civil pública **poderá** ser promovida, sem prejuízo da ação popular. Contudo, as referidas ações não se confundem. A diferença entre elas reside na legitimidade ativa e passiva, assim como a adequação. Na lição de JOÃO BATISTA DE ALMEIDA, colhe-se:

Confrontando-se a ação popular com a ação civil pública, verifica-se que possuem a principal afinidade de propiciar a tutela coletiva de bens protegidos. Distinguem-se, no entanto, em vários aspectos: a) legitimação ativa – na ação popular será sempre e unicamente o leitor; na ação civil pública, a lei enumera os legitimados concorrentes, dentre eles órgãos públicos, Ministério Público e entidades civis; b) legitimação passiva – na ação popular será sempre uma entidade pública, a autoridade que praticou o ato ilegal e lesivo e os beneficiários diretos desse ato, ao passo que na ação civil pública o legitimado passivo pode ser órgão público, entidade civil, pessoa jurídica de direito privado ou pessoa física; c) adequação – a ação popular tem campo de utilização mais restrito, já que os bens tutelados vêm descritos no próprio teto constitucional, enquanto a ação civil pública é adequada para a defesa de bens descritos na CF (art. 129, III), como na Lei 7.347/85, no CDC e em vários outros diplomas legais.⁹⁰

ROGÉRIO LAURIA TUCCI, entabula uma distinção mais acentuada ao afirmar:

⁹⁰ ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 36.

Ora, isso mostra, à saciedade, que, se ambas as ações, civil pública e popular, podem ser aforadas simultaneamente, cada uma delas, por certo, atende a uma diferente finalidade, não podendo a daquela coincidir com a desta, sob pena da incidência de um bis in idem, de todo repugnante ao direito. De qualquer modo, e para sua melhor caracterização, deve ter-se presente, sempre, que, havendo mero interesse patrimonial, na expressão autêntica dos vocábulos, sem repercussão no interesse público, inadmissível afigura-se a utilização da ação civil pública: “...como o patrimônio público, em sentido amplo, se compõe de bens disponíveis e indisponíveis, há que se perquirir caso por caso a existência ou não do interesse público, de modo a justificar o ajuizamento da ação civil pública. Por certo, estando em jogo mero interesse disponível de uma entidade estatal, como na cobrança de um imposto, não se há de lobrigar, de logo, a presença, aí, não do interesse público, ou seja, daquele interesse geral ligado a valores de maior relevância, vinculado a fins sociais e às exigências do bem comum. Não. Na espécie há simples interesse patrimonial, sem repercussão no interesse público, a ser curado pela própria Fazenda Pública, que, para tanto, dispõe de corpo profissional próprio, sendo, ademais, protegida pelo duplo grau de jurisdição. Assim não fosse, razão inexistiria para a regra do art. 129, IX, da atual Constituição, que veda ao Ministério Público-tutor nato de interesse público – a representação judicial e a consultoria de entidades públicas.”⁹¹

Estabelecida a diferenciação, verifica-se, portanto, que os bens tutelados por meio da ação civil pública têm alto teor de importância para a coletividade. Com efeito, os bens jurídicos elencados no art. 1º, da Lei nº 7.347/85 são considerados como valores relevantes para a sociedade, sendo nítida a intenção do legislador em se evitar a degradação do meio ambiente, estabelecer a proteção do consumidor, do patrimônio público e social, a ordem econômica e urbanística, além de outros interesses difusos e coletivos.

Quanto a este último, nota-se ainda que o legislador constitucional, ao inserir a expressão “interesse difuso ou coletivo”, visou a proteção de *todo e qualquer* outro interesse difuso ou coletivo, ou ainda, “*dos direitos difusos ou coletivos*”,⁹² dando assim, maior extensão da tutela. Podem-se classificar os interesses metaindividuais como intermediários entre o interesse público e o privado. Referem-se a um grupo de pessoas, excedendo o âmbito estritamente individual, mas não chegando a constituir interesse público (corpos intermediários). Tais interesses subdividem-se em:

- a) **interesse individual homogêneo** → aqueles que têm origem comum, compreendendo os integrantes determinados ou determináveis do grupo, categoria ou

⁹¹ WALD, Arnold (Coord.). **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 371-372.

⁹² José dos Santos Carvalho Filho, dá interpretação diversa ao texto da lei ao afirmar: “Desse modo, em que pese a divulgação da expressão *interesses* difusos e coletivos não só na doutrina, como até mesmo no texto constitucional, a idéia que encerra há de ser a de *interesses juridicamente protegidos*, vale dizer, interesses necessariamente integrantes do círculo relativo aos direitos subjetivos. Quando se fala, pois, em interesses difusos ou coletivos, dever-se-à conceber a noção de que se tratam de *direitos difusos ou coletivos*.”

classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos da mesma circunstância de fato;

b) interesse coletivo → interesses indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunido por uma relação jurídica básica comum;

c) interesse difuso → são transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, compreendendo grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso.

Ao traçar a distinção entre interesses individuais e transindividuais coletivos, o jurista argentino RICARDO LUIS LORENZETTI enfatizou que “cuando la lesión afecta un bien individual, existe un interés individual, que da lugar a un derecho em cabeza de su titular”⁹³ e, fazendo o contraponto, quando a lesão afeta o coletivo, o titular do interesse é o grupo afetado e não o indivíduo em particular, concluindo:

La legitimación es difusa en cabeza uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), o de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo), o del Estado (interés público). En el interés individual y pluriindividual hay una relación directa del titular con el bien. Este vínculo se asemeja a la misma noción difundida en el derecho privado patrimonial: disfrute sobre un bien o una cosa, calcada sobre el modelo del dominio; hay una relación de inmediatez. En cambio, en los intereses colectivos no hay un vínculo directo. Semejante al vínculo dominial ni a su inmediatez.⁹⁴

Por fim, analisando-se a Lei nº 7.347/85, constata-se que o Ministério Público só está legitimado para zelar por interesses sociais (difusos e coletivos) ou individuais homogêneos indisponíveis, tutelando apenas os interesses dimensionados coletivamente, transcendentais do indivíduo e os direitos individuais homogêneos socialmente relevantes. Contudo, há que ser dito que o Superior Tribunal de Justiça, em alguns casos, tem admitido a intervenção do Ministério Público para defender direito individual, como no caso de idosos, menores e pessoas comprovadamente pobres. Quanto a legitimidade, tem-se verificado que tal alteração, se dá diante da importância da referida ação e em razão de que há enorme carência de defensores públicos em algumas localidades do país.

⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op.cit.*, p. 51.

⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op.cit.*, p. 52.

4.5 Os legitimados para a ação civil pública

Convém estabelecer que o legislador ordinário limitou o universo de pessoas com legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, fazendo-o “*numerus clausus*”, deixando, todavia, de fazê-lo quanto aos legitimados passivos. E o fez corretamente, pois na ação civil pública, qualquer pessoa privada ou da Administração Pública pode figurar no pólo passivo da relação processual.

Com efeito, praticada conduta omissiva ou comissiva contra qualquer dos bens tutelados pela ação civil pública, os legitimados para a ação podem promovê-la para remover (se possível) o dano, ou, requerer a aplicação de uma indenização, caso o dano já tenha ocorrido.

Depreende-se do disposto no art. 5º, da Lei 7.347/85 que o rol de pessoas aptas à propositura da ação civil pública, não está estabelecido em razão de hierarquia. Não há entre os legitimados relação hierárquica. A interpretação que se deve fazer acerca dos legitimados é de que os mesmos possuem **competência concorrente** para a propositura de ação civil pública.

O que a doutrina destaca é que, o art. 129, III, da Constituição da República de 1988, ao estabelecer a promoção do inquérito civil e a propositura da ação civil pública como uma das funções institucionais do Ministério Público, entendeu que seria ele o órgão que mais reuniria **compatibilidade** com os objetivos buscados pela ação civil pública. E tal entendimento é realmente verdadeiro, posto que o Ministério Público atua como *longa manus* da sociedade, agindo sempre em defesa dela, não importa se do outro lado da ação figure um particular ou o próprio Estado.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO *apud* HELY LOPES MEIRELLES
indica:

A prioridade do Ministério Público para a propositura da ação e das medidas cautelares convenientes está implícita na própria lei, quando estabelece que “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do

Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6º).⁹⁵

Cabe salientar que o Brasil vem acompanhando a revolução promovida pelo mundo ocidental, abandonando a visão individualista e alargando a legitimidade ativa para as ações coletivas, notadamente quanto aos bens tutelados pela ação civil pública elencados no art. 1º. Assim, conclui-se que, somente as pessoas taxativamente enumeradas no art. 5º, (Ministério Público, União, Estados, Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Fundação e Associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei (inciso I), e que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre iniciativa, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso II)) é que poderão ajuizar a ação civil pública, independentemente da relevância do interesse em discussão.

4.6 A sentença na ação civil pública

Um ponto extremamente importante para o presente estudo e também para a vida prática, refere-se à sentença proferida na ação civil pública. Para classificá-la, deve-se conjugar os artigos 3º, 11 e 13 da Lei nº.7.437/85:

Art. 3º - A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 11 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Art. 13 - Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Inicialmente, é de se notar que a ação que tiver por objeto a condenação em dinheiro, pressupõe necessariamente que o dano já ocorrera e que por isso, não seria possível o restabelecimento do *statu quo ante*. Deste modo, o pedido deduzido na ação é de cunho **condenatório**, pois nela o requerente buscará que a sentença declare a existência da relação

⁹⁵ Carvalho Filho, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 129.

jurídica (declaratória), mas com regra sancionadora contra o requerido (condenatória). Assim, a sentença aplica uma condenação, fixando o pagamento como forma de cumprimento da sentença.

De outro lado, quando o autor da ação civil pública busca alcançar o provimento jurisdicional fundado numa obrigação de fazer ou não fazer, o objeto do pedido é de cunho **cominatório, mandamental**, visando, portanto, a uma tutela específica de um interesse metaindividual, requerendo, sobretudo, a remoção do dano ou o seu impedimento. Não há neste aspecto, em regra, condenação pecuniária, pois pode o magistrado fixar *astreintes* apenas assegurar a efetividade de sua decisão, se for o caso.

A doutrina pátria apresenta diversos posicionamentos acerca desta classificação:

Como o objeto dessa ação é sempre a reconstituição de um interesse difuso ou coletivo lesado, torna-se mais atraente o aspecto cominatório, pois do cumprimento da obrigação de fazer ou da cessação de atividade resultará a preservação do bem tutelado ou a sua reposição ao statu quo ante. A condenação em dinheiro nem sempre conduzirá a esse desiderato, nem será a alternativa que mais interessa à coletividade. Por isso, é preferível a reconstituição do bem lesado ao pagamento de um valor em dinheiro, a ser recolhido ao fundo, que só reflexamente poderá beneficiar a coletividade.⁹⁶

Convém ainda trazer à lume, a doutrina abaixo:

Registre-se, entretanto, que, apesar de ser condenatória, a ação pode ter dois desfechos diversos:

- a) indenização em dinheiro;
- b) obrigação de fazer ou não fazer.

No primeiro caso, pode-se considerar que a ação tenha a natureza condenatória pecuniária: o objetivo do autor é o de obter do réu o pagamento de determinado quantum fixado na sentença. No segundo, a ação pode classificar-se como condenatória mandamental, visto que a pretensão do autor é a de obter determinação judicial para que o réu se conduza na forma decidida na sentença, fazendo relação ao mandado de segurança, o caráter mandamental dessa sentença traduz-se em que ela contém uma determinação inescusável à autoridade competente para a prática do ditame judicialmente posto.⁹⁷

Por fim, a conclusão a que se chega, conjugando-se os dispositivos legais acima e valendo-se da doutrina acima transcrita, é a de que a sentença na ação civil pública poderá ser de cunho **cominatório**, quando a hipótese tratar de um *facere* ou *non facere*, evitando-se a ocorrência do dano, estabelecendo à parte uma obrigação de fazer ou de não fazer, para se

⁹⁶ ALMEIDA, João Batista de. *Op. Cit.*, p. 149.

⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 70.

remover o risco alegado pelo autor e quando presentes no processo, motivos suficientes e autorizadores para a medida.

Pode-se afirmar que a sentença será sempre **declaratória**, pois, reconhecerá que um certo fato, ato ou situação existiu ou não (ex: a sentença de separação reconhece, ainda que implicitamente, que houve casamento) e **ainda condenatória**, pois, como afirma RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

em que se o crescente elastério no emprego da ação declaratória, não é comum o seu manejo para a defesa de interesses metaindividuais: primeiro, a Lei 7.347/85 não contemplou a tutela, pela ação civil pública, do interesse à mera declaração ou à só eliminação de incerteza acerca de um dado interesse difuso ou coletivo, mas acenou para uma tutela francamente condenatória – caso de danos produzidos – ou ao menos cautelar – caso de danos temidos; segundo, seria questionável a utilidade que um provimento só declaratório teria na espécie: no art. 11 dessa lei está dito que a sentença determinará ao réu o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva; nesse contexto, não parece sobrar espaço para um mero reconhecimento de que o fato ocorreu ou de que a lesão se verificou, ou que o autor tem direito a obter, em ação própria, a devida reparação. Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel: “Embora, em tese, seja admissível a sentença simplesmente declaratória, na prática dificilmente terá utilidade isoladamente, sendo imprescindível que venha associada a provimentos de natureza constitutiva ou desconstitutiva, cominatória ou condenatória.”⁹⁸

Como visto, o cunho condenatório da sentença nas ações civis públicas é patente no instante em que a doutrina agasalha a função coercitiva contida no *decisum*, para afastar o **dano produzido** ou ainda o **dano temido**.

Para o presente estudo, importará tão somente a parte dispositiva da sentença que condena o réu ao pagamento de uma indenização pelos danos causados pela violação do direito de um dos bens jurídicos tutelados pela ação civil pública, conforme disposto no art. 13, da Lei nº 7.347/85, analisando-se ainda a possibilidade de essa indenização se verificar não só no aspecto ressarcitório, recompondo o prejuízo sofrido, mas também punitivo, no sentido pedagógico-preventivo, de se desestimular a reincidência de condutas não recomendadas, inibindo, portanto, qualquer ato que importe violação aos direitos tutelados pela ação civil pública.

⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*, p. 256 e 257.

4.7 A possibilidade de se aplicar a responsabilidade punitiva na ação civil pública:

À vista do acima exposto, pode-se concluir que a aplicação da teoria da indenização civil punitiva se mostra perfeitamente cabível na ação civil pública porque, a sociedade se vê frequentemente vitimada ou ainda espoliada em diversas situações, devendo o ofensor, quando impossível restabelecer uma situação ao seu estado anterior, responder em pecúnia e de forma bastante severa pelo dano causado, evitando-se assim, a reincidência da prática delitiva.

É importante ressaltar que o estabelecimento de baixas condenações, a título de danos morais punitivos, serve como um prêmio para o ofensor, que não se sentirá intimidado a sobrestar a atividade lesiva. Ao contrário, sendo a condenação arbitrada em valores irrisórios, a condenação pecuniária possivelmente será adimplida pela parte, contudo, servirá, talvez, como um incentivo à permanência na atividade nociva, porém, que lhe traz lucros.

A configuração do dano moral coletivo⁹⁹ e sua quantificação exigirão que o magistrado se valha da sua experiência e de seu prudente arbítrio para estabelecer no caso concreto se o mesmo se verificou e qual o valor deverá ser fixado, observando-se ainda sob qual enfoque deverá ser fixado o dano. Assim a sentença a ser proferida em ação civil pública, poderá e, sobretudo, deverá abarcar uma indenização compensatória (recompondo os prejuízos sofridos) e punitivos (desestimulando a conduta do ofensor) simultaneamente. Deve, pois, o magistrado aferir a real extensão do dano causado à coletividade e distribuir a verdadeira justiça, combatendo assim, a perniciosidade social cometida.

Convém exemplificar. Suponha-se que um laboratório de produtos farmacêuticos desenvolva uma droga indicada para combater a acne. Com o desenrolar das pesquisas, descobre-se que as mulheres em idade fértil não poderiam fazer uso desse medicamento em razão de que um dos efeitos colaterais causados pela droga seria o de gerar nos bebês grave comprometimento neurológico. Se a indústria farmacêutica for silente quanto a este perigoso efeito colateral, há seguramente a violação ao dever de informação ao consumidor aliada à

⁹⁹ “O dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade”. (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 137.)

evidente malícia por parte da indústria que sabia que o produto apresentava riscos a uma categoria de consumidores (mulheres em idade fértil) e se omitiu.

Deste modo, qualquer um dos legitimados na ação civil pública poderia se valer desta, e poderia obter uma sentença condenatória, por meio da qual se aplicaria danos morais compensatórios e punitivos em face de responsabilidade objetiva pelo fato do produto a toda aquela coletividade que se valera do medicamento. Buscar-se-ia nesta hipótese, compensar individualmente cada mulher pelo dano sofrido, e mais, valer-se-ia desta teoria para se conferir caráter punitivo-pedagógico aos danos morais, no intuito de que a indústria não atue com má-fé em notório prejuízo de seus consumidores.

Assim, a indústria farmacêutica poderia ser condenada ao pagamento de danos morais **compensatórios e punitivos**, sendo estabelecida a condenação da seguinte forma: o valor fixado a título de dano moral compensatório corresponderia a tudo aquilo que o evento danoso importou na vida da vítima, analisando-se sobretudo como a pessoa vitimada era antes do evento e como a mesma ficou após o evento, fazendo-se verdadeiramente uma análise do caso concreto. No que tange à fixação dos danos morais punitivos, a fixação do valor a este título representaria uma soma de dinheiro que pudesse causar no lesante o sentimento de arrependimento pela conduta adotada, no sentido de desestimulá-lo a não mais repetir a conduta anteriormente praticada.

PEDRO DA SILVA DINAMARCO contesta tal argumento:

Assim, em não se tratando de interesses individuais homogêneos, quando cada vítima deverá ser individualmente indenizada, o autor da ação civil pública deve necessariamente pedir que o dinheiro objeto da condenação principal seja destinado ao mencionado fundo.¹⁰⁰

Entretanto, verifica-se que tal entendimento não é de todo seguro, pois, mais adiante, afirma:

Mas na ação civil pública ela reverterá ao fundo de que trata o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD). É que o decreto n. 1.306, de 9 de novembro de 1994, dispõe constituir recursos daquele fundo “as condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985” (art. 2º, inc. I). E o citado art. 11 versa exatamente sobre as tutelas específicas e a cominação de multa diária. Além de não haver qualquer menção, no

¹⁰⁰ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 295.

referido decreto, quanto ao tipo de interesse em discussão na ação em que foi aplicada a multa (se difuso, coletivo ou individual homogêneo), também não há qualquer outro dispositivo legal que lhe dê outra destinação específica, tal qual ocorre em relação à indenização pelos danos causados aos interesses individuais homogêneos (ou seja, condenação principal), que pertencerá, em princípio, aos próprios indivíduos substituídos (CDC, art. 95 e s.).¹⁰¹

Assim, se a indenização pelos danos causados aos interesses individuais homogêneos pertence aos próprios indivíduos, pode-se concluir que, ainda que a sentença da ação civil pública fixe valores a título de danos morais punitivos em favor de um Fundo de Pesquisa instituído pelo Poder Público, e danos morais compensatórios para os indivíduos substituídos, não há impropriedade no manejo da ação civil pública se, simultaneamente, lesou-se direitos individuais, mas precipuamente, lesou-se direitos difuso ou coletivo. No caso em tela, a indenização seria em prol de um “Fundo de Pesquisa da Indústria Farmacêutica”, a fim de que este segmento de pesquisa pudesse ser fomentado com a renda proveniente da indenização estabelecida na ação civil pública, em conformidade com o disposto no art. 13, da Lei nº 7.347/85.

A título de curiosidade, há que se ressaltar que dois filmes produzidos pelo cinema americano, abordaram questões relacionadas a danos morais punitivos em favor da sociedade. O primeiro deles, narrou uma história verídica e que envolveu os maiores valores já pagos a título de danos morais punitivos nos Estados Unidos da América – ***Erin Brockovich, uma mulher de talento***. *Julia Roberts* foi a atriz principal desse filme, produzido por *Steven Soderberg*.

O filme conta a história de uma mulher separada, desempregada, com três filhos pequenos para criar e que consegue um emprego em um escritório de advocacia como auxiliar administrativo. Ao arquivar documentos, *Erin* percebe que havia relatórios médicos anexados a documentos imobiliários e, instigada a conhecer melhor os fatos, inicia uma pesquisa de campo, entrevistando pessoas e analisando documentos em um Departamento de Água do Município de Hinckle/EUA.

Erin Brockovich convence o advogado *Ed Masry* que a empresa PG&E situada em Hinkle, ao usar o Cromo-6 na limpeza de seus compressores, não teria forrado os lagos, razão pela qual, a água, não só do Município, mas de toda a região, estaria completamente

¹⁰¹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 297 e 298.

contaminada. *Erin Brockovich* conseguiu angariar 634 (seiscentos e trinta e quatro) assinaturas, o que representava o número de famílias lesadas pela contaminação da água e, em razão disso, pleiteou danos morais punitivos ao Tribunal, sendo arbitrada a quantia de U\$333.000.000,00 (trezentos e trinta e três milhões de dólares) contra a PG&E. A condenação da empresa só foi possível porque foi apresentado um documento provando que a matriz da empresa PG&E, situada na Califórnia, não só conhecia os efeitos nefastos da contaminação havida em Hinckle, como determinou que se divulgasse a idéia de que o cromo encontrado na água fazia bem à saúde daquela população.

Ocorre que, a contaminação da água era capaz de produzir mutação genética nas células das pessoas, comprometendo as gerações nascidas no período em que houve a contaminação da água e também as futuras gerações, sendo certo que várias pessoas desenvolveram diversos tipos de câncer em função dessa contaminação ambiental. A toxicidade dos componentes era fato desconhecido pelos trabalhadores e pelos seus familiares, mas era de conhecimento da empresa e esta, ao invés de evitar o contato da água poluída com as pessoas, agia de forma diversa, estimulando-as.

Várias mortes foram provocadas por conta da omissão da empresa poluidora e várias pessoas padeciam e viriam a padecer dos males provocados pelo contato com a água contaminada. Em razão disso, *Erin Brockovich* motivada a punir a empresa, mesmo diante do poderio econômico dela, conseguiu que a mesma fosse condenada em danos morais punitivos, sendo que em favor de cada um dos lesados, outras elevadas quantias, também foram arbitradas.

O segundo filme – *The rain maker - O homem que fazia chover*, teve como ator principal *Matt Damon*, contando ainda com *Denny de Vito* como ator coadjuvante. O filme narra a história de um advogado recém formado, contratado pela família de um jovem rapaz que padece de leucemia. A empresa que figura no pólo passivo vende planos de saúde para pessoas carentes. Ocorre que essa empresa - *Great Benefits* tem por prática usual, negar todos os pedidos formulados pelos clientes quando solicitavam tratamento médico, como no caso do rapaz que sofria de leucemia. A justificativa da empresa era evasiva e na oitava solicitação do tratamento, a empresa responde de forma peremptória e agressiva, chamando por três vezes a mãe do requerente de estúpida por não ter compreendido que o tratamento não seria fornecido.

A atitude da empresa em negar os tratamentos se dava porque, de cada dez pedidos formulados, somente um deles terminaria em processo. Em juízo, a empresa fazia um acordo com o demandante de forma que não a onerava e deixava o cliente relativamente satisfeito. Como eram realizados poucos acordos e sempre em valores modestos, a empresa só enriquecia, enquanto as pessoas morriam pela ausência de tratamento médico. Provada essa condição, a empresa foi condenada a pagar danos morais aos autores na quantia de U\$150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares) e danos morais punitivos no valor de U\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de dólares), deixando-a requerer falência.

Em ambos os filmes têm-se um ponto comum: o descaso e o enriquecimento de grandes empresas às custas dos direitos da personalidade da pessoa humana. Em ambos os casos, o lucro prevaleceu sobre a vida e a saúde humana. Essa é a conduta que se repreende, que se tem por indesejada. E que é perfeitamente comum nos dias atuais. Diuturnamente, observa-se que mineradoras, exploradoras de serviços públicos, dentre outras, além de se locupletar às custas de mão de obra barata, locupleta-se do patrimônio imaterial da pessoa humana. É basicamente contra essa atitude nociva e repugnante que se vê o Ministério Público, da esfera trabalhista, federal e estadual ajuizar as ações civis públicas, na defesa de interesses difusos e coletivos.

Entende-se que esse procedimento deveria ser a regra, pois, em assim agindo, o Poder Judiciário concentraria em um único processo, a análise dos fatos e das conseqüências oriundas da atitude reprovável. Assim, deveria-se arbitrar valores elevados a título de danos morais punitivos em favor da coletividade, não sem antes estabelecer danos morais em favor de cada um dos autores.

Explica-se mais esmiuçadamente. A par da indenização material em favor da vítima, devidamente apurado, também se arbitraría uma verba extra a título de dano moral, avaliadas as circunstâncias do caso concreto. Assim, cada pessoa, individualmente considerada, seria compensada pela injustiça que sofreu. Ao lado dessa indenização, arbitrar-se-ia ainda outra parcela indenizatória, dessa vez de cunho punitivo e pedagógico, de forma exemplar, porém, ao invés de o destinatário ser o lesado, a verba seria destinada a um fundo específico para recomposição dos prejuízos suportados, em prol da comunidade.

Dessa forma, estaria punindo o ofensor pelo dano causado, com vistas a impedir que a conduta se repita no futuro. A projeção feita pelo magistrado no arbitramento da reparação dos danos punitivos, deve ser tomada para o futuro, no sentido de desencorajar a reincidência pelo ofensor e servindo de alerta para terceiros. Por isso, deve a quantia ser considerável.

Citando novamente RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JÚNIOR, colhem-se as seguintes lições:

Como se sabe, o instituto da responsabilidade civil passou por sensível transformação ao admitir a atribuição do dever de ressarcir com amparo no dano, independentemente da ilicitude da conduta. Entretanto, responsabilizar os que agem culposamente e promover uma equilibrada distribuição dos riscos de certas atividades pode não representar o estágio final da responsabilidade civil. A tão pretendida socialização da teoria da responsabilidade civil, antes focada na análise subjetiva da conduta do ofensor, teria horizontes mais amplos do que a mera atribuição do dever de ressarcir àqueles que, mesmo agindo licitamente, criaram riscos para os direitos e interesses alheios. De fato, a responsabilidade civil encontraria um novo fundamento ético, consistente na promoção de condutas socialmente desejáveis pela rigorosa punição aos que violassem tais padrões comportamentais.¹⁰²

Ademais, convém dizer que o instituto da indenização civil punitiva pode servir como um importante mecanismo de proteção **ético** da sociedade contra práticas fraudulentas ou ofensivas à boa-fé praticadas por qualquer legitimado passivo, tendo em vista que a hodierna concepção da responsabilidade civil busca a promoção de condutas socialmente desejáveis. Estaria assim, o instituto exercendo verdadeiro e evidente controle ético das condutas praticadas. Estaria desde já sinalizado que, se desrespeitados valores maiores, de interesse de toda a coletividade, os legitimados, atentos e previamente autorizados pela Carta Magna para agir na defesa dos interesses difusos ou coletivos, poderão se valer da ação civil pública para combater tais condutas.

4.8 Síntese do capítulo

A ação civil pública é regulada pela Lei nº 7.347/85, sendo influenciada pela doutrina italiana liderada por Mauro Cappelletti, Andréa Proto Pisani, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoritti

¹⁰² SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Op. Cit.*, p. 230 e 231.

que tendiam a entregar a associações civis uma maior função na tutela do interesse da coletividade.

A natureza jurídica da ação civil pública é predominantemente processual, visto que a mesma tutela vários direitos subjetivos e deveres jurídicos relativos aos direitos difusos e coletivos. Os bens por ela tutelados encontram-se arrolados em seu artigo 1º, a saber: meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, paisagístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular e à ordem urbanística.

O rol dos legitimados para a ação civil pública estão indicados no art. 5º, a saber: Ministério Público (I); União, Estados, Municípios e o Distrito Federal (II); autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista dos entes enumerados no inciso II; as associações civis que estejam legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que se inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, à economia popular e ao patrimônio cultural (artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).

A sentença na ação civil pública poderá ser de cunho cominatório, quando tratar de uma obrigação de fazer ou não fazer; declaratória quando reconhecer que um certo fato, ato ou situação existiu ou não; e condenatória, quando determinar o cumprimento da prestação da atividade devida ou cessação da atividade nociva.

Entende-se que o instituto da responsabilidade civil punitiva ao permitir a aplicação da teoria dos *punitive damages* no ordenamento jurídico pátrio, deve observá-la como de uma teoria de cunho ético, com função pedagógica-preventiva, quando ela busca dissuadir o ofensor de qualquer prática ofensiva ou de grande potencial lesivo que possam ser praticados contra a dignidade da pessoa humana, coletivamente.

Deste modo, entende-se ser possível a aplicação da teoria da indenização civil punitiva na ação civil pública, quando o legislador infra-constitucional estabeleceu que a indenização será revertida em favor do fundo previsto no art. 13, da Lei nº 7.347/85. É de se concluir ainda que, fixando-se uma indenização em valor substancialmente elevado, aquele que violar qualquer direito difuso coletivo, previsto na Lei nº 7.347/85 ficará desestimulado a praticar

qualquer ato ou conduta que importe em risco de dano ou cause dano efetivo para toda a coletividade, pois, sentirá em suas finanças o valor de sua irresponsabilidade.

5 CONCLUSÃO

O problema enfrentado nesse trabalho, qual seja o de entender se o dano moral abarca a função compensatória e punitiva ao mesmo tempo, mostrou-se bem mais complexo do que o imaginado no princípio. A controvérsia que circunda o tema está longe de terminar, quando se depara com as divergências jurisprudenciais apontadas ao longo da pesquisa.

Da pesquisa realizada, conclui-se que é necessário repensar o instituto da responsabilidade civil, suas funções e o papel desempenhado pelo instituto, segundo os reclamos sociais atuais e tendo em vista a crescente pulverização dos riscos sociais. Não se pode coadunar com pseudo-reparações, como algumas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e que foram apresentadas ao longo do trabalho, pois, em assim agindo, o tribunal da cidadania, como é popularmente conhecido, não cumpre o seu papel precípua que é o de uniformizar a lei federal em todo o país, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e a defesa do Estado de Direito.

Em estrito cumprimento aos fundamentos da República, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, merece receber a concretude que a teoria dos *punitive damages* oferece, partindo-se dos meios já disponibilizados pelo legislador constitucional e infraconstitucional, para se evitar qualquer lesão à pessoa humana na ordem de sua intimidade ou ainda na reprimenda dessa lesão. Essa é a condição que se busca e que o magistrado deve se pautar.

Ao iniciar o estudo da responsabilidade civil subjetiva, iniciou-se pelo conceito de responsabilidade, abordando os seus pressupostos. Os conceitos trazidos pela doutrina clássica denotam invariavelmente a presença de quatro elementos, explicitados no artigo 186, do Código Civil Brasileiro, a saber: ação ou omissão voluntária; culpa ou dolo do agente; nexa causal e dano. Ausente um deles, desaparece a obrigação de reparar.

A Constituição Federal, no artigo 5º, incisos V e X, garante ao ofendido o direito de resposta, proporcional ao agravo, sempre que houver violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Além disso, esses dispositivos são os fundamentos constitucionais que instituíram o dano moral ao nosso ordenamento jurídico e que asseguram

a sua aplicação. Em razão de ter se focado o estudo apenas na modalidade subjetiva da responsabilidade civil, tem-se que a regra contida nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, devidamente conjugadas, oferece como consequência jurídica lógica, o ressarcimento. Assim, violado um direito e causado dano, voluntariamente, há o ato ilícito, ficando o ofensor obrigado a repará-lo. Adotou-se, portanto, a teoria da culpa *strictu sensu*, também conhecida por teoria do dolo, competindo à vítima a prova da culpa no evento danoso, como corolário da responsabilidade civil subjetiva.

Hoje não pairam mais dúvidas sobre a possibilidade ou não sobre a ressarcibilidade do dano moral. A incontrovérsia do tema gira em torno da função da indenização civil, se compensatória apenas ou se compensatória e punitiva. Neste aspecto, enfatizou-se que a teoria dos *punitive damages*, proveniente do sistema do *common law*, é reconhecida no Brasil como teoria do “*valor do desestímulo*”, como um instrumento de combate a práticas lesivas atentatórias à dignidade da pessoa humana.

Demonstrou-se que o fundamento da teoria é o de *punir* a conduta lesiva e *prevenir* novos ilícitos. Por meio dela, tanto ofensor quanto terceiros ficam pré-avisados que, se praticado o ato ilícito, uma quantia considerável será atribuída pelo magistrado a título de condenação por danos morais punitivos, sempre que a conduta se revestir de culpa grave ou dolo. Considerando-se que só ao Estado é dado compor os litígios, face o princípio do monopólio da jurisdição, compete ao Poder Judiciário, ao restabelecer uma situação jurídica rompida pela prática de uma lesão à ordem moral, arbitrar uma condenação não só de caráter compensatório, mas também, punitivo-preventivo na recomposição desse abalo, para assim, dissuadir a prática reiterada de atos atentatórios contra a dignidade da pessoa humana.

A teoria dos *punitive damages* possui importância para o Direito na medida em que busca e fomenta a prática de condutas éticas, lícitas e dirigidas à valores supremos afirmados pela Constituição da República. O efeito preventivo, o caráter pedagógico da medida e a certeza de que o ilícito não compensa dissuadirá a intenção do ofensor em repetir a conduta, afastando qualquer tese que repudie a sua aplicação.

Como visto, se o ressarcimento do dano moral for apenas de cunho compensatório, no sentido de oferecer apenas um efeito anestesiador, lenitivo para a vítima, o ofensor não sentirá as consequências de seus atos, continuando na prática delitiva. Contudo, se o Poder Judiciário

aplicar corretamente a função punitiva no momento da fixação da verba indenizatória, a conduta imprimida pelo ofensor certamente será obstada. Para tanto, o magistrado deverá observar, dentre outras circunstâncias que o caso apresentar, o grau da culpa ou a intensidade do dolo do agente, a extensão ou a gravidade do dano perpetrado, a situação econômica confortável do agressor e quiçá, os lucros auferidos com a prática ilícita do agente. Entende-se que, se presentes tais condições, não há motivos para que o magistrado deixe de aplicar a teoria da indenização civil punitiva ao caso que lhe fora posto. Ao contrário. Assim agindo, os juízes distribuem a tão esperada justiça e renovam seu comprometimento com condutas morais e éticas.

Rebatendo-se as teses de aplicação da indenização civil punitiva, tem-se que a teoria dos *punitive damages* não gera enriquecimento sem causa por parte do lesado porque a indenização fixada decorre de uma sentença judicial, sendo só por esse fato, motivo suficiente para se afastar tal alegação. E mais, sendo o processo um instrumento assegurador de direitos, entende-se que durante todo o *iter* processual, terá o acusado assegurado a ampla defesa e o contraditório, com todos os recursos a ela inerentes. Deste modo, não há risco de a teoria gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido, pois, o Poder Judiciário é quem dirá se houve ou não justa causa para tanto.

De igual modo, demonstrou-se que a aplicação da teoria dos *punitive damages* não importa em *bis in idem*, pois não há punição dupla para o mesmo fato. Com efeito, a aplicação da teoria do valor do desestímulo não significa ingerência do Direito Penal no Direito Civil, mas tão somente migração de institutos de uma seara para outra, no sentido de dar efetividade a norma não prevista em lei penal, o que não é errado tendo em vista que o Direito Penal também utiliza muitos institutos do Direito Civil.

Demonstrou-se também que, a punição-castigo prevista pela teoria dos *punitive damages*, só se verificará nos casos em que a intenção do agressor recomendar: dolosa e com grave culpa. Apenas nessas hipóteses, entende-se cabível a aplicação da teoria dos *punitive damages* no intuito de dissuadir a conduta praticada, oferecendo-lhe uma retribuição ou punição ao ilícito perpetrado, na esfera civil, representada pela fixação de uma elevada soma de dinheiro em prol da vítima ou ainda de um Fundo Público.

Ao final, defendeu-se o uso mais alargado da teoria dos *punitive damages* nas ações civis públicas, tendo em vista que, nesse tipo de ação, os resultados da inibição da conduta poderão ser maiores, se considerarmos que a ação civil pública é um potente e hábil instrumento de tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos. Assim, sempre que direitos da personalidade fossem aviltados de forma coletiva ou indeterminados, os legitimados valer-se-iam de tal ação, agregando a ela a teoria dos *punitive damages*.

Demonstrou-se que a Lei nº 7.345/85 é eminentemente de cunho processual, porque apresenta regras procedimentais a serem seguidas pelo juiz e pelas partes, quando a lide versar direitos e interesses metaindividuais, sendo que os bens tutelados pela ação civil pública estão arrolados no artigo 1º, na Lei 7.347/85, segundo sua relevância para a coletividade. Seus legitimados, por sua vez, estão elencados no artigo 5º, e, dentre eles, está o Ministério Público.

O destaque que se deu no presente trabalho na atuação do Ministério Público se deveu pelo fato de, agindo o órgão como *longa manus* da sociedade e tendo recebido a missão constitucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, inciso III, da Constituição Federal), estaria o Ministério Público em melhores condições que os legitimados concorrentes, na promoção das ações civis. De fato, a pesquisa encetada notadamente no Tribunal Superior do Trabalho, revela a forte atuação ministerial na busca por melhores condições de trabalho da classe obreira e a obtenção de condenações por danos morais, sobretudo no aspecto punitivo.

Enfim, a aplicação da teoria dos *punitive damages* tanto nas ações civis públicas quanto nas demais ações, justifica-se pela necessidade de se dar proteção ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, como forma de combate a toda lesão grave, dolosa e dirigida a essa finalidade. Em assim se estabelecendo, tem-se assegurado o imperativo ético que deve nortear o ordenamento pátrio do “*neminem laedere*”.

Somente se estabelecendo indenizações exemplares ou elevadas, fixando-se danos morais compensatórios e punitivos toda vez que se observar uma conduta aviltante por parte do ofensor, é que a responsabilidade civil cumprirá verdadeiramente o seu papel no

ordenamento jurídico, norteador do terceiro e agressor para o caminho da retidão, da ética e do compromisso com os princípios gerais do Direito. Deste modo, imagina-se que a redução dos litígios será uma das primeiras consequências da aplicação da teoria dos *punitive damages*, não sem antes dizer que haverá um efeito desestimulador por parte das pessoas quando tentarem praticar atitudes que agridam a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**: os *punitive damages* na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930. v. 1.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Especial n. 178000-13.2003.5.08.0117. Recorrente: Construtora Lima Araújo Ltda. e Outros. Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 8ª Região. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Brasília, 27 ago. 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 26 ago. 2010. Disponível em:
<<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20178000-13.2003.5.08.0117&base=acordao&numProcInt=225646&anoProcInt=2006&dataPublicacao=27/08/2010%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 08 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 53.321. Recorrente: Eduardo Mayr. Recorrido: Jornal do Brasil. Relator: Ministro Nilson Naves, Brasília, 03 mar. 1998. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, 11 maio 1998. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400265239&dt_publicacao=11-05-1998&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 14 nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 160.051. Recorrente: Cláudia Cilene de Miranda Mosqueira. Recorrido: Companhia Fluminense De Trens Urbanos - Flumitrens. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, 05 dez. 2002. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, 17 fev. 2003. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=638195&sReg=199700923282&sData=20030217&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 183.508. Recorrente: Carlos Gustavo Santos Pinto Moreira e Waldemir Paes Garcia. Recorrido: os mesmos. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 05 fev. 2002. **Revista Eletrônica de**

Jurisprudência, Brasília, 14 out. 2002. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199800556141&dt_publicacao=14/10/2002>. Acesso em: 14 nov. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 299.690. Recorrente: Viação Oeste Ocidental Ltda. Recorrido: Adilson Simplicio Dorce. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 13 mar. 2001. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, 07 maio 2001. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199800556141&dt_publicacao=14/10/2002>. Acesso em: 14 nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 401.358. Recorrente: Editora Abril e Vicente Vanderlei Nogueira de Brito. Recorrido: os mesmos. Relator: Ministro Carlos Fernando Matias, Brasília, 05 mar. 2009. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, 16 mar. 2009. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101691660&dt_publicacao=16/03/2009>. Acesso em: 28 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 487.749. Recorrente: Ordalino Ribeiro De Campos. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministra Eliana Calmon, Brasília, 03 abr. 2003. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, 12 maio 2003. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201653902&dt_publicacao=12/05/2003>. Acesso em: 20 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 850.273. Recorrente: Editora Gráfica Universal Ltda. Recorrido: Gildásia dos Santos e Santos. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, Brasília, 03 ago. 2010. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, 24 ago. 2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602623771&dt_publicacao=24/08/2010>. Acesso em: 28 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 913.131. Recorrente: Igreja Universal do Reino de Deus e outro. Recorrido: Gildásia dos Santos e Santos. Relator: Ministro Carlos Fernando Matias, Brasília, 16 set. 2008. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, 06 out. 2008. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=913131&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 28 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 455846. Recorrente: Daniel Felipe de Oliveira Netto . Recorrido: União. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 11 out. 2004.

Diário da Justiça, Brasília, 21 out. 2004. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24.SCLA.+E+455846.NUME.%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 28 set. 2010.

CAMPOS, L. Fernando Reglero (Coord.). **Tratado de Responsabilidad Civil**: tomo I: Parte General. 4. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aumen. São Paulo: Malheiros, 2005.

CENCI, José Eduardo Callegari. Considerações sobre o dano moral e a sua reparação. **Revista dos Tribunais**, ano 81, v. 683, p. 45-48, set. 1992.

CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, Maria Teresa Castiñeira; LIGÜERRE, Carlos Gómez (Coords.). **Prevenir Y Castigar**: Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1997.

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil Questões Controvertidas**. São Paulo: Método 2003. v. 1. p. 258-268.

DE PLACIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. III e IV.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**: tomo I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**: tomo II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1973.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. A Responsabilidade Civil por Dano Moral. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, ano 2, n. 9, p. 9, jan./fev. 1996.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, p. 90-96, dez. 2000.

FIÚZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 10. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**: volume 11: parte especial: do direito das obrigações: artigos 927 a 965: responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva, responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La responsabilidad civil. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 12, n. 46, p. 41-76, abril-junho, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**: Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**: do Inadimplemento das Obrigações: vol. V, tomo II, Arts. 389 a 420. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da reparação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 789, p. 21-47, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, v. 28, p. 15-32, 2005.

MATOS, Enéas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil**: delictual y contractual. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

PALERMO, Pablo Galain. La reparación del daño como “tercera via” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 55, p. 162-230, jul./ago. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**: Lei 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da Liberdade ao Controle**: os riscos do Novo Direito Civil Brasileiro. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. O princípio do pleno ressarcimento e a indenização punitiva. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Orgs.). **Direito Civil**: Princípios Jurídicos de Direito Privado: Atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Dano moral**: questões controvertidas. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. aumen. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997. v. 1.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. **Reparação do dano moral: Controvérsias e perspectivas**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WALD, Arnold (Coord.). **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAMORANO, Marcelo Barrientos. **El Ressarcimiento por dño moral en Espña Y Europa**. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2007.