

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
LANDULFO DE OLIVEIRA FERREIRA JÚNIOR**

**INDENIZAÇÃO PUNITIVA E SEGURO DE
RESPONSABILIDADE CIVIL**

Nova Lima
2013

LANDULFO DE OLIVEIRA FERREIRA JÚNIOR

**INDENIZAÇÃO PUNITIVA E SEGURO DE
RESPONSABILIDADE CIVIL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior.

Nova Lima
2013

FERREIRA JÚNIOR, Landulfo de Oliveira

F384 i Indenização punitiva e seguro de responsabilidade civil./ Landulfo de Oliveira Ferreira Júnior. – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2013.

67 f. enc.

Orientador: Doutor Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Referências: f. 62-65

1. Seguro. 2. Responsabilidade civil. 3. Dano moral. 4. Danos extrapatrimoniais. 5. *Punitive damages*. 6. Indenização punitiva. Sampaio Júnior, Rodolpho Barreto. II. Faculdade de Direito Milton Campos. III. Título.

CDU 347.53(043)
347.426



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “*Indenização punitiva e Seguro de Responsabilidade Civil*”, de autoria do mestrando **Landulfo de Oliveira Ferreira Júnior**, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Doutor Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
Orientador

Profa. Doutora Maria Emília Naves Nunes

Profa. Doutora Nanci de Melo e Silva

Prof. Doutor Ricardo Adriano Massara Brasileiro

Nova Lima, 10 de dezembro de 2013.

Alameda da Serra, 61, Bairro Vila da Serra – Nova Lima – Cep 34000-000 – Brasil. Tel/fax (31) 3289-1900.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais pelas lições de vida e amor incondicional que desde sempre me dedicaram.

À Nájila, Bernardo e Júlia, fonte inesgotável de meu amor, razão para que tudo seja realizado, agradeço pelo apoio e pela compreensão nos tantos momentos de minha ausência.

Dedico a vocês este trabalho.

RESUMO

A crescente tendência de adoção e aplicação de *punitive damages* no direito brasileiro, remete-nos a indagar se tais sanções estariam cobertas pelas condições contratuais e garantias dos Seguros de Responsabilidade Civil. Sabidamente um instituto de origem e aplicabilidade em países de tradição jurídica fundada no *common law*, os *punitive damages*, ou indenizações punitivas por danos extrapatrimoniais, vêm sendo objeto de estudo, debates e, já com frequência, adoção e aplicação na solução judicial de conflitos em que se pretende indenização por danos morais. Sendo o Seguro de Responsabilidade Civil uma garantia contratualmente estabelecida para proteção do patrimônio do segurado, nos limites contratuais, de modo que eventuais condenações por ato seu, involuntário e culposos, não sejam capazes de desfalcá-lo as reservas ou levá-lo à ruína, indaga-se se também estariam contempladas no bojo de tal garantia as indenizações a título punitivo ou exemplar. Na busca de resposta para esta indagação, o autor analisa inicialmente o contrato de seguro, em especial o contrato de seguro de responsabilidade civil, seguindo pela análise da responsabilidade civil no direito brasileiro. Por imperativo, adentra-se ao estudo do dano moral e, na sequência, dos *punitive damages*, para já encaminhando para a conclusão, cotejar a natureza e aplicação deste até então instituto alienígena ao contrato de seguro de responsabilidade civil.

Palavras-chave: Seguro. Responsabilidade Civil. Dano moral. Danos extrapatrimoniais. *Punitive damages*. Indenização punitiva. Indenização exemplar

ABSTRACT

The increasing trend of adoption and implementation of punitive damages in Brazilian law leads us to question whether such sanctions would be covered by contractual conditions and guarantees of Liability Insurance.

Known to be an institute of origin and applicability in countries with legal tradition founded in the common law, punitive damages for non-property damages have been the subject of study and debate and have frequently been adopted and applied in the judicial resolution of conflicts with punitive damages intentions.

Being the Liability Insurance guaranteed by contract and established for heritage protection of the insured under contractual limits, so that any convictions for his act, culpable or involuntary, are not able to mine financial reserves or take him to bankruptcy, it is questioned whether such compensations are also covered under the helm of punitive damages.

In seeking to answer this question, the author first examines the insurance contract , in particular the contract of liability insurance , followed by analysis of civil liability under Brazilian law. It becomes mandatory the study of moral damages and, in sequence, the study of punitive damages. Heading towards the conclusion, it is executed the analyze of the nature and application of foreign law in relation to the liability insurance contract under Brazilian civilian laws.

Keywords: Insurance. Civil law liability. Moral damages. Non-material damage. non-property damages. Punitive damages. Exemplary Damages.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07
2	O CONTRATO DE SEGURO	08
2.1	Origem do Seguro	08
2.2	Conceito do Contrato de Seguro.....	11
2.3	Boa-Fé e o Contrato de Seguro	12
3	O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	15
3.1	A natureza jurídica do Seguro de Responsabilidade Civil.....	15
4	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	18
4.1	Introdução	18
4.2	Aspectos Históricos da Responsabilidade Civil.....	18
4.3	Evolução Legislativa Brasileira	20
4.3.1	<i>A Responsabilidade Civil - Do Código Civil de 1916 à Constituição Federal....</i>	20
4.4	A Responsabilidade Civil no Código Civil de 2002.....	22
5	DANO MORAL	25
5.1	Dano Estético como Espécie do Gênero Dano Moral	29
5.2	Dano à Honra	29
5.3	Dano à Imagem	31
5.4	Da Indenização por Danos Morais e sua Quantificação.....	35
5.5	Danos Morais Coletivos	42
6	INDENIZAÇÃO PUNITIVA – PUNITIVE DAMAGES	51
6.1	Conceito	51
6.2	A Teoria do <i>Punitive DAMAGES</i>	52
6.3	<i>Punitive Damages</i> e Seguro de Responsabilidade Civil	58
7	CONCLUSÃO.....	60
	REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar se é aplicável ou há incidência de cobertura para a indenização punitiva por danos extrapatrimoniais nas garantias do seguro de responsabilidade civil. A crescente tendência de adoção e aplicação de *punitive damages* no direito brasileiro, remete-nos a saber se tais sanções estariam cobertas pelas condições contratuais dos seguros de Responsabilidade Civil. Mediante a análise dos conceitos, origem ou motivação para criação dos de cada um dos institutos, ou seja, do seguro de responsabilidade civil e da indenização punitiva ou exemplar, o autor explicita a inconsistência das decisões que atribuem responsabilidade ao segurador pelo pagamento de indenizações punitivas. Por corolário, as decisões judiciais que à guisa de impõem sanções de caráter eminentemente punitivo e exemplar ao causador de dano, entendem ser passível de cobertura securitária as indenizações punitivas poderão impactar negativamente nas reservas e provisões, o que pode ofender e onerar as regras próprias e a técnica do contrato de seguro, a par de onerar toda coletividade, já que será esta quem irá arcará com o aumento dos custos da operação de seguros.

2 O CONTRATO DE SEGURO

2.1 Origem do Seguro

O seguro foi surgindo aos poucos, na conjunção de seus elementos fundamentais que se encontravam esparsos em diversas práticas e sistemas de proteção, idealizados pelos povos antigos. É de extrema dificuldade precisar a época exata de seu surgimento, da celebração do primeiro contrato. É o que nos ensina com maestria Pedro Alvim¹:

Não foi produto da imaginação de alguém. Não se elaborou nos gabinetes dos sábios, mas foi, sem dúvida, lapidado, como um brilhante, pela paciência dos homens do comércio, que precisavam de instrumentos de defesa para proteger sua atividade contra a solécia dos riscos que a ameaçavam.

Como aponta Melissa Cunha Pimenta: “Antes mesmo de Cristo, o ser humano havia encontrado uma forma de atenuar as consequências danos de eventos imprevisíveis, tendo criado meios de repartição dos prejuízos, para a redução das incertezas.”²

A imprecisão quanto ao marco histórico do surgimento do contrato de seguro não pode resultar na confusão quanto à formulação deste instituto. Assim é que os registros históricos comumente relatados com a origem do seguro podem passar a falsa impressão de que o contrato de seguro teria surgido nas remotas épocas, quando os camelheiros da Babilônia, 23 séculos antes do nascimento de Cristo, empreendiam a travessia do deserto em caravanas para comercializar seus animais em cidades vizinhas. Diante das dificuldades e os riscos destas jornadas, tais como a perda de um animal pela morte ou desaparecimento, os camelheiros ajustavam entre si um pacto no sentido de que cada um deles, membros da caravana, que perdesse um animal teria a garantia de reposição deste por parte dos demais camelheiro.

¹ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 18.

² PIMENTA, Melissa Cunha. **Seguro de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 24.

Outro achado histórico, nos lembra Pedro Alvim³, refere-se ao impulso de solidariedade fez surgir a criação de organizações em torno do tráfego e comércio marítimo.

Mas não existia entre os mercadores uma sociedade estável, como acontecia nas comunidades terrestres. A convivência entre eles durava o tempo da viagem. Não havia, pois condições psicológicas para formação de uma sociedade ligada por laços mais afetivos, de onde brotasse a generosidade do auxílio mútuo. Dominava o interesse egoísta do lucro, como elemento fundamental da atividade comercial.

Sabemos que a prática da mutualidade – um dos fundamentos da atividade seguradora – é a base para a sustentabilidade de um concreto sistema de seguro. Mas não é só. Muitas são as formas de associação mútua, beneficentes e de natureza especulativa das quais os povos antigos lançaram mão para lhes propiciar alguma segurança e previdência ante os riscos de que se viam expostos.

Contudo, mesmo com o progressivo ritmo de sua evolução, sendo acompanhado da agregação de novos mecanismos e técnicas, não se havia chegado a um sistema de proteção e amparo fundado em bases científicas e fundamentais em que se pudesse mesmo afirmar ser um contrato de seguro.

No que diz respeito ao *foenus nauticum*, que tantos mencionam com embrião do contrato de seguro, Manuel Soares Póvoas⁴ pondera,

A verdade que nele se podia ver implícito um elemento do contrato de seguro, o *praetium periculi*, o prêmio, constituindo na diferença entre o juro pactuado (em geral 33 e 1/3%), e o máximo leal estabelecido para os empréstimos ordinários (6%, 10% e às vezes 13% anuais), diferença que representa a compensação do mutuante por ter assumido o risco da operação em lugar do mutuário, como deveria normalmente suceder. Porém, não se pode falar em verdadeiro seguro – com todo respeito por Jhering que lhe chamou o seguro da antiguidade – sobretudo, porque num seguro devem aparecer as contribuições de todos os participantes na *communio periculi*, enquanto que no contrato de avaria grossa, em caso de sinistro, o mutuário – que seria o presumido segurado – não paga nada, e depois, porque falta nesta instituição a finalidade específica do seguro: a estabilidade econômica do grupo de interesses associados, que se alcança mediante pequenos sacrifícios comuns. O *foenus nauticum* nada mais é do que uma mera especulação, é um empréstimo aleatório no qual o capitalista arrisca seu dinheiro com o objetivo de obter um lucro incomparavelmente maior do que obteria mediante aplicações ordinárias com o juro normal e legal.

³ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 6.

⁴ PÓVOAS, Manuel Soares. **Na rota das instituições do bem-estar**: seguro e previdência. São Paulo: Green Forest do Brasil, 2000. p. 50.

E, após discorrer sobre as embrionárias manifestações dos antigos povos, arremata o doutrinador antes citado:

Enfim, por mais que se procure, em todas estas associações, anda que apareçam certas notas que remotamente fazem vislumbrar a idéia do seguro, não se pode encontrar a característica essencial deste: o cálculo ou pelo menos estimativas equivalentes, para a obtenção exata da compensação das prestações com as contraprestações. Faltando-lhes o princípio técnico, estas instituições não foram mais que simples associações de socorros mútuos.⁵

Contudo, este contrato acabou por ser proibido pela Igreja Católica por vê-lo como uma forma de se praticar a usura, como destaca Nelson Borges⁶,

Chegando (a Igreja Católica) ao ponto extremo de considera-lo como sacrilégio, uma vez que, pelos cânones da doutrina cristã, apenas a vontade divina poderia minorar os infortúnios e as desgraças do homem, classificando – como corolário desse raciocínio – o chamado seguro marítimo de garantia náutica como abusivo, conseqüente ao que considerou prática usurária.

Ainda na doutrina de Pedro Alvim, temos que o desenvolvimento dos negócios sobre seguros verificou-se de forma mais acentuada e concentrada nas cidades italianas de Pisa, Florença, Gênova e outras, irradiando-se, posteriormente, sua prática para a Espanha, Portugal, Países Baixos e Inglaterra. “As primeiras apólices de seguro que se conhecem, são: uma, de Pisa, datada de 11.07.1384, e outra, de Florença, de 10.07.1397. Suas cláusulas já revelavam uma disciplina jurídica pelos usos e costumes das diferentes praças comerciais”.⁷

Já Póvoas⁸ afirma, “O primeiro contrato de seguro, devidamente documentado, cobrindo o risco marítimo, de que se tem conhecimento e está arquivado na cidade de Gênova, foi feito no ano de 1347.”

Importante menção para a compreensão da dimensão história deste valoroso instituto é trazida por Pedro Alvim e diz respeito à:

⁵ PÓVOAS, Manuel Soares. **Na rota das instituições do bem-estar: seguro e previdência**. São Paulo: Green Forest do Brasil. 2000.p 51.

⁶ BORGES, Nelson. **Os contratos de seguro e sua função social**. A revisão securitária no novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25.

⁷ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 28.

⁸ PÓVOAS, Manuel Soares. **Na rota das instituições do bem-estar: seguro e previdência**. São Paulo: Green Forest do Brasil. 2000.

Primeira obra importante de cunho doutrinário foi publicada por um português, Pedro Santerna ou Pedro de Santerna, intitulada *Tractatus de Assecurationibus et Sponsionibus*. A edição original é de 1552. Existe uma recente, de 1961, em quatro idiomas: latim (original), português, inglês e francês. Está dividida em cinco partes. Cada uma é precedida de um sumário, em que são formuladas questões de natureza jurídica, salientando os traços mais importantes da instituição, com o propósito de evitar confusão com o jogo ou a usura, como ainda acontecia naquela época.⁹

2.2 Conceito do Contrato de Seguro

A definição do contrato de seguro é colhida dos exatos termos do artigo 757 do Código Civil, que modificando a estrutura do artigo 1.432 do Código de 1916, deu ao contrato de seguro feição diferente e contemporânea, na medida em que retirou da definição o caráter obrigacional do segurador quanto ao pagamento de indenização mediante o pagamento do prêmio que cabia ao segurado.

Orlando Gomes¹⁰ definia o contrato de seguro do modo seguinte: “pelo contrato de seguro, uma empresa especializada obriga-se para com a uma pessoa, mediante contribuição pro esta prometida, a lhe pagar quantia, se ocorrer o risco previsto”.

Já Pedro Alvim¹¹ “Seguro é o contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagamento de uma prestação, se ocorrer o risco a que está exposto.”

Para José Augusto Delgado¹², em obra de substancial conteúdo, ao comentar o artigo 757 do Código Civil, assim ministra:

O dispositivo, em seu *caput*, conceitua o contrato de seguro. Afirma que, por ele, alguém denominado segurador, assume a obrigação, desde que lhe seja feito o pagamento de determinada quantia, a garantir interesse legítimo de outrem, identificado como segurado, que seja relativo a pessoa ou coisa, se ocorrer predeterminados riscos.

⁹ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 34.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 240.

¹¹ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 113.

¹² DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo Código Civil, volume XI**: das várias espécies de contrato, do seguro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 71.

As acertadas alterações advindas da redação do artigo 757 do Código Civil, que inovou ao trazer em seu bojo o conceito mais amplo de prestação de garantia por parte do segurador e, ainda, a inserção do interesse legítimo do segurado como objeto e condição de validade da proposição do risco ao segurador, permitem que fiquemos circunspectos à própria nova redação do artigo em questão, como definição e conceituação do contrato de seguro.

2.3 Boa-Fé e o Contrato de Seguro

O princípio da boa-fé, nos contratos de seguro, pode ser conhecido pelo o que está destacado no respectivo verbete constante do Dicionário de Seguros¹³:

É um dos princípios básicos do seguro. Este princípio obriga as partes a atuar com a máxima honestidade na interpretação dos termos do contrato e na determinação dos significados dos compromissos assumidos. O segurado se obriga a descrever com clareza e precisão a natureza do risco que deseja cobrir assim como ser verdadeiro em todas as declarações posteriores, relativas a possíveis alterações do risco ou a ocorrência de sinistro. O segurador, por seu lado, é obrigado a dar informações exatas sobre o contrato e redigir o seu conteúdo de forma clara para que o segurado possa compreender os compromissos assumidos por ambas as partes. Este princípio obriga, igualmente o segurador a evitar o uso de fórmulas ou interpretações que limitem sua responsabilidade perante o segurado.

O Código Civil de 2002 dispõe no art. 765 que "o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes".

Sobre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, as lições de Judith Martins-Costa¹⁴, são de extrema valia. Assim é que quanto a definição da primeira, boa-fé subjetiva "é aquela que para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou sua íntima convicção". Quanto a boa-fé objetiva, afirma a doutrinadora que:

¹³ DICIONÁRIO DE SEGUROS. **Fundação Nacional de Seguros**. Rio de Janeiro, 1996. p. 10.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 214.

É a que obriga cada pessoa a ajustar a própria conduta a um comportamento baseado na honestidade, lealdade e probidade, pelo que se deve levar em consideração os fatos concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.

Dos mandamentos contidos no artigo 762 do atual Código Civil, temos que os limites convencionados estão, portanto subordinados ao princípio da boa-fé, como, aliás, já estava contido no art. 1.436 do Código Civil de 1916: "Nulo será este contrato, quando o risco de que se ocupa, se filiar a atos ilícitos do segurado, do beneficiário pelo seguro, e dos representantes e prepostos, quer de um, quer de outro."

A redação do artigo 762, permite a clara compreensão de quão valorosa é a boa-fé para o contrato de seguro: "Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro".

A ausência de boa-fé é uma das formas mais graves de ilicitude. Ela não pode ser definida ou caracterizada apenas como "ausência de dolo", mas, evidentemente, a presença do dolo sempre indicará a ausência de boa-fé.

Discorrendo sobre as funções do princípio da boa-fé, Judith Martins-Costa¹⁵, com o brilhantismo habitual, leciona que,

A primeira função do princípio da boa-fé indica que, na negociação, conclusão e execução dos contratos, os contraentes estão sujeitos à incidência de deveres destinados a implementar um a conduta proba, correta, leal, atenta aos legítimos interesses do *alter*, tendo em vista a natureza, a causa, a ambiência e a função do contrato.

Estes são exatamente os mandamentos contidos no artigo 422 do Código Civil, "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Em arremate ao antes destacado, Judith Martins-Costa¹⁶ conclui:

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O contrato de resseguro e o princípio da partilha da álea. **Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil**, v. 1, nº 2. MP Editora. São Paulo, 2009. p. 168.

¹⁶ MARTINS-COSTA, *op. cit.* p. 168.

Nesta função a boa-fé o papel de “governo da discricionariedade” dos contraentes, ou “regra operacional *in executivis*”, para garantir a coerência entre o plano delineado no contrato e o efetivo cumprimento, pelas partes, da operação econômica planejada. Essa coerência liga-se intimamente o risco assumido no contrato, servindo o princípio para assegurar “as possibilidades de *confiança* dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco, assim possibilitando o regular fluxo das ações no mercado.

Se a boa-fé é regente de todos os contratos que dirá do contrato de seguro. Não por outro motivo o legislador de 2002 emprestou ao contrato de seguro, no artigo 765, a expressão mais estrita boa-fé.

Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Melissa Cunha Pimenta¹⁷, citando Reale, expõe de modo apurado que “A boa-fé objetiva trata-se de um padrão de comportamento exigido das partes contratantes, uma conduta leal, escoreita, caracterizando um *standart* jurídico.”

¹⁷ PIMENTA, Melissa Cunha. **Seguro de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 111.

3 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 A natureza jurídica do Seguro de Responsabilidade Civil

Valendo-se da preciosa lição de Ricardo Bechara Santos¹⁸, podemos afirmar ser difícil “falar sobre Responsabilidade Civil abstraindo-se de seus aspectos jurídicos, posto que é figura jurídica cujo conceito é construído a partir do Código Civil.”

O mesmo ocorre quando adentramos ao conceito ou particularização do Seguro de Responsabilidade Civil. Aliás, buscar conceito é algo que sempre se mostra desafiador senão “atividade de risco”, posto ser terreno em constante evolução e de acordo com fatos e condições temporais mutantes.

Não obstante, já há entre nós conceituação de juristas do mais alto gabarito que nos assegura um percorrer calmo e extenuante de dúvidas.

Tendo por sua expressão de assimilação mais fácil, a operação de seguro consubstancia a transferência dos efeitos patrimoniais do risco do segurado ao segurador. No Seguro de Responsabilidade Civil temos, então, “o escopo de garantir ao segurado aquilo que ele for obrigado a pagar a terceiro uma vez caracterizada a sua responsabilidade civil.”¹⁹

Outro não é o entendimento de Ricardo Bechara dos Santos²⁰, que assim nos apresenta o Seguro de Responsabilidade Civil versado no artigo 787 do Código Civil, “O presente art. 787 – e também o 788 -, que não encontra correspondência no Código Civil revogado, reafirma princípios que regem os seguros de responsabilidade civil, dentre eles o que lhe dá o caráter de reembolso, típico aliás desse seguro.” E arremata logo em seguida,

E dentre os modelos desenháveis para o seguro de responsabilidade civil, o nosso Código adotou, para o facultativo, o modelo de reembolso, pelo qual o interesse primordialmente amparado seria a reposição do patrimônio do

¹⁸ SANTOS, Ricardo Bechara dos. **Direito do seguro no cotidiano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 479.

¹⁹ SANTOS, *op. cit.* p. 481.

²⁰ SANTOS, *op. cit.* p. 294.

segurado, diminuído pelo cumprimento de obrigação, fruto de responsabilidade por evento traçado contratualmente.

Não menos esclarecedora é a lição colhida de Sérgio Barroso de Mello:²¹

O seguro de responsabilidade civil é um contrato em virtude do qual o segurador se obriga, por conta do pagamento do prêmio, a evitar que o segurado sofra um dano patrimonial em consequência do exercício, por parte de terceiros, de reclamações cobertas no contrato de seguro de responsabilidade civil.

É o mesmo jurista que nos traz a conceituação esposada pelo Min. José Augusto Delgado, no sentido de que o “*seguro de responsabilidade civil faz parte dos seguros contra danos, abrindo ao segurado possibilidade para proteger os seus bens contra os riscos que os ameaçam.*”²²

Esta é, sem sombra de dúvidas, a natureza e a essência do contrato de seguro de responsabilidade civil: proteger o patrimônio do segurado contra eventuais agressões que possa vir a sofrer para garantia e satisfação da obrigação de indenizar terceiros em razão de atos ilícitos praticados pelo próprio segurado, por fato de pessoas que estão sob sua responsabilidade e, por fato de coisa de sua propriedade, nos termos contratualmente pactuados e até o limite da garantia securitária contratada.

Aguiar Dias²³, distinguindo o seguro de responsabilidade civil de outros seguros de danos, evidencia que quanto ao primeiro há a garantia de uma obrigação, e quanto aos demais garantem-se direitos, ou seja, a referida obrigação a ser garantida nascerá em decorrência do pagamento de uma dívida (indenização) de responsabilidade e a cargo do segurado. Já os outros seguros de danos têm por objeto cobrir uma perda direta no patrimônio do próprio segurado e que é atingido pelo sinistro.

Demais disto e das conceituações consagradas, já não é recente o debate em torno da possibilidade de o terceiro, que sofrera as consequências dos atos danos

²¹ MELLO, Sérgio Barroso de. **Cadernos de Seguro** – Pesquisa. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2006. p. 26.

²² DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo código civil**. Vol. XI, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 548.

²³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1995. V. II, p. 214.

sob responsabilidade do segurado, poder acionar diretamente o segurador na busca da satisfação de seus créditos.

Tal se dá em razão da evolutiva visão prática da operação deste seguro e, também, pela socialização dos efeitos dos contratos, de modo que estes não mais se restrinjam às partes que o celebram, mas possam ser, diretamente, úteis e legitimados a terceiros estranhos a esta relação.

Os princípios básicos norteadores do Código Civil nos auxiliam no transpor dos conceitos anteriores aos atuais, mesmo que estes ainda estejam em formação. O abandono de um ambiente individualista e a adoção de um modelo comprometido com a função social do contrato, moldado pelo princípio da socialidade, juntamente com o princípio da operacionalidade ou da efetividade, reforçam a necessidade de avançarmos na construção de um novo formato identificador dos seguros de responsabilidade civil, para que este seja ao mesmo tempo um mecanismo de proteção ao patrimônio do segurado, mas sem deixar de ser útil à satisfação do interesse de terceiros vitimados por aquele. Por óbvio que tal busca não pode resultar, sequer resvalar, na segurança jurídica advinda do pacto celebrado entre segurado e segurador. Pacto este que tem suas raízes bem calcadas na técnica atuarial e legal, pelas quais são inicialmente ajustados seus limites, contornos e contraprestações.

Diante de um sistema efetivamente de cláusulas abertas, inescandível a necessidade de ajustes de conceitos moldados em sistemas pretéritos, visado efetivar a justiça, porém, jamais sem perder de vista a segurança jurídica e a liberdade de contratar asseguradas constitucionalmente.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Introdução

O instituto da responsabilidade civil, de há muito vigente na legislação nacional, ganhou novos aspectos com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, notadamente com a adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva. Do mesmo modo, com inovadoras disposições foi tratado o Seguro de Responsabilidade Civil. O crescente consumo de seguros de responsabilidade civil, decorrente do desenvolvimento econômico e da também crescente demanda e aquisições de veículo automotores, traz como consequência uma maior exposição a riscos à toda a sociedade. Não raro são verificados acidentes envolvendo veículos automotores, com a resultante discussão quanto à culpabilidade dos envolvidos e a responsabilidade pela reparação dos danos. O seguro de responsabilidade civil confere aos segurados uma proteção contra o desembolso de valores se à eles, segurados, for imputada culpa e a responsabilidade pela reparação de eventuais danos.

Tem sido comum, em sede de ações judiciais indenizatórias haver condenação do causador dos danos e, em sendo ele titular de uma apólice de seguro de responsabilidade civil, ser condenada também a sociedade seguradora com quem tal apólice foi contratada, de forma solidária ao autor dos danos. Há ainda, situações em que o terceiro prejudicado aciona diretamente o segurador, sem que seja chamado a lide o segurado e causador do dano.

4.2 Aspectos Históricos da Responsabilidade Civil

Remontando aos primórdios do antigo Direito romano, encontra-se a idéia predominante da “vingança privada”, marcada, todavia pela intervenção do poder público, tendo por escopo disciplinar a reparação do dano causado pelo agente. Assim poderíamos determinar um momento de relevo para a situação histórica da Responsabilidade Civil.

Não que este seja o único e mais relevante achado histórico mencionado em doutrina, mas apenas para cingirmo-nos ao conceito decorrente da civilização helênica, especialmente pelo reconhecimento do fato de que o estudo da responsabilidade civil não se esgota neste ou naquele sistema, havendo diversas indicações e conceitos de sua origem ou surgimento.

Seguiu-se àquela fase a da composição voluntária não sendo encontrada, entretanto, nenhuma diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, e como bem destacada no brilhantismo de Caio Mário da Silva Pereira²⁴, a “equivalência (talio) da punição do mal com o mal (lei de Talião) esboça a perspectiva de uma composição entre a vítima e o ofensor, uma vez que ao membro quebrado se faça o mesmo no causador do dano (talio esto) na falta de um acordo (ni cume o pacit)”.

Não se cogitava de uma reparação ao ofendido, mas sim de uma pena, em pecúnia, destinada àquele.

Também de remota era, segundo Orlando Soares²⁵ nos lembra, exemplificando, que o Código de Hamurabi, estabeleceu várias disposições, reparatorias do dano ou prejuízo causado pelo agente do fato.

Até a queda do Império Romano do Ocidente, verificou-se uma “pluralidade legislativa”, quanto aos conceitos e forma de conviver dos povos – conquistadores e dominados, em que prevaleceram os princípios do Direito Romano.

Do Renascimento até a Revolução Francesa, em 1789, pouco houve de evolução em matéria de responsabilização pelos prejuízos causados a terceiros.

Com o advento do Código Napoleão, tem-se o marco histórico do reconhecimento da responsabilidade civil fundada na culpa do agente. Como de amplo conhecimento o Código Civil Francês influenciou a legislação de boa parte dos países ocidentais, inclusive no Brasil, tanto assim que ao ser promulgada a Constituição Política do Império do Brasil (1824), determinou-se fossem organizados “quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade.” (art. 179, XVIII)

²⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 06.

²⁵ SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 02.

4.3 Evolução Legislativa Brasileira

4.3.1 A Responsabilidade Civil - Do Código Civil de 1916 à Constituição Federal

Avançando no tempo e encontrando o Código Civil de 1916, tínhamos as diretrizes da responsabilidade civil estampadas, essencialmente, nos artigos 159, 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553, donde provinha a ideia para a realização da aplicação dos preceitos de uma justiça social.

Sérgio Cavalieri Filho²⁶ ressalta que o Código Civil revogado, em seu artigo 159, “filiou-se à teoria subjetiva ao exigir a culpa como fundamento para a obrigação de reparar o dano. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, lato sensu, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo.”

Neste mesmo sentido, Rui Stoco²⁷, ministrou:

Deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou contrato).

E era assim, de modo que a vítima do dano só obtinha a reparação de seus direitos se provasse a culpa do agente delituoso, o que lhe impunha uma série de entraves em obter tal intento, dadas as múltiplas dificuldades em promover tal prova.

É ainda Cavalieri²⁸ que ressalta o nascimento de uma nova teoria, em trabalhos vindos à luz na Itália e Bélgica e, notadamente, na França “sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos.”

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 27.

²⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 127.

²⁸ CAVALIERI FILHO, *op. cit.* p. 27-28.

Imperioso lembrar que José Aguiar Dias²⁹ nos ensina quanto à Responsabilidade Objetiva que:

Situação desejável é do equilíbrio, onde impere a conciliação entre os direitos do homem e seus deveres para com os seus semelhantes. O conflito de interesses não é permanente, como quer fazer crer a doutrina extremista, mas ocasional. E quando ele ocorre, então, sem nenhuma dúvida, o que há de prevalecer é o interesse da coletividade.

Não se pode aceitar, continua o jurista, "que o direito de um pode prejudicar a outro, pode ultrapassar as raias da normalidade e fazer do seu titular um pequeno monarca absoluto".

Perdurando por quase um século, tais conceitos orientaram a sociedade na busca da pacificação dos conflitos e na recomposição das perdas decorrentes de atos ilícitos ou do inadimplemento contratual.

Inevitável passarmos por tudo que de inovador conteve e contém a Constituição Federal, embora tais hipóteses já fossem reconhecidas pela doutrina, por leis ordinárias esparsas e, ainda, por criação ou interpretação extensiva e analógica em sede jurisprudencial:

- a reparabilidade do dano material ou moral, por publicação ofensiva a terceiro ou à sua imagem (art. 5º, V);
- ocorrência de obrigação de indenização tanto no dano material ou moral decorrente de violação da intimidade à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X);
- responsabilidade do Estado, pela indenização dos danos decorrentes do erro judiciário e da prisão além do termo fixado na sentença (art. 5º LXXV);
- possibilidade de se transferir o dever de reparar o dano aos herdeiros do agente do delito, quando o limite da força da herança recebida assim o suportar (art. 5º XLV);
- imputação, também à pessoa jurídica, da responsabilidade civil por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a

²⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1995. V. II, p. 232.

economia popular, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes daquela (art. 173, § 5º);

➤ previsão da responsabilidade civil do causados de danos ao meio ambiente (art. 355, § 3º).

Façamos destaque à inovação quanto à matéria de acidente de trabalho, em que o legislador constituinte taxativamente garantiu o cúmulo das reparações de direito comum e de direito acidentário (art. 7º XXVIII).

Já com feição de garantia constitucional, a garantia da reparação do acidente do trabalho foi objeto de diversas alterações legislativas infraconstitucionais, sendo de se destacar o Decreto-lei 293/67, que transferiu às sociedades seguradoras privadas a oferta e garantia do seguro de acidente do trabalho. Tal situação, entretanto, teve curta vigência e duração, eis que naquele mesmo ano, pela Lei 5.326, revogou-se o Decreto-lei para dar:

Início à implantação da teoria do risco social em tema de infortúnica, no direito nacional, não só ampliando a configuração do acidente de modo a abranger eventos passados fora da empresa e longe da vigilância do empregador, como tornando obrigatória a contratação do seguro acidentário junto à Previdência Social.³⁰

Neste sentido, além de manter o regime do seguro previdenciário, a Carta Magna separou, total e definitivamente, o regime da infortúnica do regime da responsabilidade civil, passando a responsabilidade do empregador, qualquer que seja o grau de culpa, a suportar o dever indenizatório, segundo as regras do direito comum, sem qualquer compensação com a reparação efetivada no âmbito da Previdência Social.

4.4 A Responsabilidade Civil no Código Civil de 2002

O professor Gustavo Tepedino³¹, com a propriedade que sempre lhe peculiar, assim classificou o período que antecede a entrada em vigor do Código de 2002:

³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil (Doutrina e Jurisprudência)**. São Paulo: AIDE, 1989. p. 11.

³¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 78.

Pode-se registrar assim uma segunda fase no percurso interpretativo do Código Civil, em que se revela a perda de seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas. A disciplina codificada deixa de representar o direito exclusivo, tornando-se o direito comum, aplicável aos negócios jurídicos em geral. Ao seu lado situava-se a legislação extravagante que, por ser destinada a regular novos institutos, surgidos com a evolução econômica, apresentava características de especialização, formando por isso mesmo um direito especial paralelo ao do direito comum, estabelecido pelo Código Civil.

Quanto à responsabilidade civil, o “novo” Código Civil, na forma também revestida no diploma revogado, trouxe como regra, a obrigação de indenizar com base na teoria da responsabilidade subjetiva.

É o que se colhe do disposto em seu artigo 927 e, por menção expressa neste próprio, nos artigos 186 e 187.

Entretanto, fez o legislador constar do parágrafo único do artigo 927 que:

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

Assim, pela sua sistemática, o Código Civil instituiu, ao lado da responsabilidade civil subjetiva, a responsabilidade civil objetiva, baseada no risco criado pelo autor da conduta que produziu o dano, ficando este obrigado a ressarcir a vítima, independente de comprovação de culpa, todos os prejuízos advindos daquele ato.

Do parágrafo único do art. 927 têm-se as duas hipóteses em que o autor do dano responderá pela reparação deste independentemente de culpa, ou seja, nos casos especificados na lei ou, ainda, quando a atividade normalmente exercida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos da coletividade ou de outrem.

Sobre a teoria do risco, apresenta-nos como exata a lição de Cavalieri Filho:

Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre o culpável responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.

Por não ser o escopo imediato deste trabalho, limitemo-nos a estas iniciais e superficiais noções, para nos ater aos aspectos próprios do Seguro de Responsabilidade Civil.

5 DANO MORAL

A temática do dano moral é constantemente objeto de debates, indagações, novas formulações teóricas e, com maior relevo, litígios judiciais. O dano moral ocupa lugar de destaque na doutrina contemporânea, mas não se mostra de recente criação ou estabelecimento no ordenamento jurídico.

Orientados pela boa técnica, iniciemos por trazer à baila sua conceituação, nas lições dos mais abalizados autores que se ocuparam de profunda pesquisa e magistério.

Inevitável e mesmo como que compulsório que façamos o cotejamento da conceituação do dano moral a começar pelas lições sempre precisas de Wilson Melo da Silva³² que nos brinda o saber de forma que “Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”

Como visto, é no afastamento da conceituação ou da pretensão que possa ser aquilatada economicamente que encontramos um dos elementos centrais para a constatação, correta nos dizeres do Professor Wilson Melo da Silva.

Segue o renomado autor a esclarecer que “Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, quanto os morais propriamente ditos.”³³

Como antes ressaltado, não é de data recente que se tem disposição protetiva ao sujeito de direito e a responsabilizar o ofensor em reparar o dano causado àquele. No que pertine ao dano moral, o Código de Hamurabi já trazia sanção àquele que violasse a moralidade alheia.

Segundo Mariana de Cássia Araújo³⁴, em primoroso artigo sob o título A Reparabilidade do Dano Moral Transindividual:

³² SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 01.

³³ SILVA, *op. cit.* p. 02.

³⁴ ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Ano IX - nº 59 – Síntese. 2009. p. 122.

A noção de reparação do dano encontra-se claramente definida no Código de Hamurabi. As ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, à custa de ofensas idênticas, pois se valiam do 'direito de *vindita*' (direito de vingança), isto é, da retribuição do mal pelo mal, princípio sintetizado na expressão 'olho por olho, dente por dente'.

Necessário, neste ponto, também trazer a conceituação de dano como uma ofensa ao patrimônio da pessoa, entendido este como conjunto de bens juridicamente protegidos, sejam tais bens patrimoniais ou extrapatrimoniais.

A posição doutrinária de Carlos Alberto Bittar³⁵, nos traz com clareza a orientação no sentido de que:

O dano constitui lesão, ou redução patrimonial, sofrida pelo ofendido, em seu conjunto de valores protegidos no Direito, sejam quanto à sua própria pessoa – moral ou fisicamente – seja quanto a seus bens ou a seus direitos. É a perda, ou diminuição, total ou parcial, de elemento, ou de expressão, componente de sua estrutura de bens psíquicos, físicos, morais ou materiais.

Se por um lado o dano patrimonial consiste na perda ou depreciação de um bem material sujeito à apreciação econômica, o dano moral tem em sua natureza vínculo com ofensa a sentimentos, boa reputação, honra e à própria moral do sujeito de direito.

Não menos autorizadas e precisas são as lições de Aguiar Dias³⁶ que esclarece que o dano moral é “a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão”, complementando, ainda, que o dano moral “é o efeito não patrimonial a lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada.”

Ampliando ao alcance e as consequências decorrentes da lesão extrapatrimonial, doutrina e jurisprudência evoluíram de modo a permitir afirmarmos que tanto a honra, quanto a liberdade, a saúde, a integridade mental, o sentimento, paz interior também podem ser afetadas pela lesão decorrente de ato do terceiro causador, em tudo podendo ser possível encontrar a dor, o sofrimento, a humilhação, o vexame o sentimento de pesar da própria vítima.

³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil** – teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 564-565.

³⁶ AGUIAR DIAS, José. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 740-741.

Esta evolução conceitual, trouxe consigo a inclusão dos chamados novos direitos da personalidade que, como destaca Sérgio Cavalieri Filho³⁷, em sua festejada obra Programa de Responsabilidade Civil, são:

[...] intimidade, imagem, bom nome, privacidade, a integridade da esfera íntima. Tutela-se, aí, o interesse da pessoa humana de guardar só para si, ou para estrito círculo de pessoas, os variadíssimos aspectos da sua vida privada: convicções religiosas, filosóficas, políticas, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, estado de saúde, situação econômica, financeira etc.

Como em contraponto à definição antes lançada, cunhada nas palavras do Professor Wilson Melo da Silva, mas sem que dela se perca a essência e extrema validade, não mais nos restringimos à dor, tristeza e sofrimento da vítima ao reconhecer a lesão em seu patrimônio imaterial. Mas resta a tônica da não inclusão da lesão na esfera patrimonial insuscetível de apreciação econômica. Não se deixa de resultar em sanção ou pena de natureza pecuniária ao ofensor, mas desta é possível colher muito mais uma satisfação do que uma indenização propriamente dita.

Hodiernamente, não mais se discute a reparabilidade do dano moral, como outrora era frequente e sustentado em doutrina e jurisprudência que acabaram suplantadas, ante a insustentabilidade do central argumento de que a moral ou do dano a esta era inestimável.

A Carta Magna de 1988 versa, ao dispor dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, esculpido no artigo 5º, em pelo menos dois de seus incisos (V e X) serem expressamente indenizáveis os danos morais.

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:

I -

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

.....

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

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 75.

Há bem pouco tempo a temática do dano moral não se fazia presente, mas as regras constitucionais acima transcritas a trouxeram à tona na medida em que se deu expressa valorização à dignidade da pessoa humana, ex vi do contido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, donde colhemos os fundamentos da República Federativa do Brasil, rompendo com o momento até certo ponto obscuro, advindo das práticas dos governos autoritários que suprimiram, em grande escala, as liberdades individuais e o pleno acesso à justiça.

Como fundamento constitucional, a dignidade da pessoa humana ocupa posição de destaque na proteção jurisdicional. De se valer, neste ponto, das acertadas palavras de Karl Larenz³⁸: “Haverá que dizer, sem vacilar, que à vida humana e, do mesmo modo, à dignidade humana, corresponde um escalão superior ao de outros bens, em especial os bens materiais”.

O mesmo se pode dizer da não mais incerteza quanto à sua, do dano moral, cumulatividade com o dano material e, do mesmo modo, com o dano estético.

A exemplificar e dar concretude à assertiva anterior, valemo-nos do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que tem pacificamente decidido, conforme a seguir:

EMENTA

CIVIL. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULATIVIDADE.

Permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis.

Hipótese em que do acidente decorreram seqüelas psíquicas por si bastantes para reconhecer-se existente o dano moral; e a deformação sofrida em razão da mão do recorrido ter sido traumáticamente amputada, por ação corto-contundente, quando do acidente, ainda que posteriormente reimplantada, é causa bastante para reconhecimento do dano estético. RECURSO ESPECIAL Nº 210.351 - RIO DE JANEIRO (1999/0032968-6) RELATOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA. Publicado em 25/09/2000 - DJU

A própria Súmula nº 37, do Superior Tribunal de Justiça não permite maior alongamento e discussão quanto à cumulatividade do dano moral com o dano estético, servindo, por corolário, para cumulação de outros tipos de danos com o dano moral, senão vejamos:

³⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkin, 1997. p. 402.

SÚMULA 37
SÃO CUMULÁVEIS AS INDENIZAÇÕES POR DANO MATERIAL E DANO MORAL ORIUNDOS DO MESMO FATO.

5.1 Dano Estético como Espécie do Gênero Dano Moral

Para muitos autores a moral pessoal está contida na conjugação de diversos valores íntimos e personalíssimos. Assim é que, como já dissemos, a honra, o bom nome, a reputação, a paz interior, a dignidade, o crédito representam esta moral reconhecida como um bem patrimonial protegido.

Também a vaidade, a aparência física e estética, podem ser tidas como integrantes deste patrimônio. Deste modo, aquele que sofre uma agressão ao seu físico e da qual lhe resulte aleijão, cicatrizes, deformidades, terão sido vítimas de lesão tanto ao patrimônio material, ante a possibilidade de que tais consequências tenham impacto na redução de sua capacidade laboratícia, quanto ao patrimônio imaterial, *in casu*, moral, na medida em que as resultantes da lesão, como antes exemplificado, trarão sentimentos de inferioridade, de rejeição, de perda diante das pessoas que não apresentam aquela diminuição ou aparência disforme.

Na forma bem exposta pelos Professores Adriano Stanley Rocha Souza et al³⁹:

O corpo humano é o cartão de visitas da pessoa. É pela sua apresentação e pela sua aparência que a sociedade nos vê. O corpo não é apenas a matéria que se apresenta. Ganha valoração, ainda que seja o corpo que reflita a vida, os anseios, as conquistas do homem. Este se vê, mesmo, diante do mundo, através de seu corpo.

5.2 Dano à Honra

O dano à honra compreende uma variada quantidade de significados, mas pode, em breve síntese, ser identificado como o bom nome, a fama, a reputação, a

³⁹ SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano moral & punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 44-45.

estima, o decoro, consideração tida por terceiros, enfim o respeito de que goza determinada pessoa.

Como antes asseverado, a Constituição Federal de 1988, assegura a proteção o direito a honra, estando assim expresso nos já transcritos incisos V e X do artigo 5º da Carta Magna, não pairando controvérsias de que tal direito, se ofendido, deverá ser objeto de reparação.

Em seu magistral Tratado de Responsabilidade Civil, Rui Stoco⁴⁰, citando decisão proferida pelo Desembargador Alves Braga, na apelação cível nº 161.284-1/4, do TJSP, elucida com sua peculiar clareza:

O direito de resposta se concede ao indivíduo agravado na sua honra, quer por expressões injuriosas, caluniosas ou difamatórias. Esse atentado à honra é que quis preservar o constituinte, pois dependendo da sua condição pessoal e das circunstâncias, pode resultar em dano pelo desgaste da sua reputação, à sua imagem, à sua honra. Desenganadamente pretendeu o constituinte consignar que, além do direito de resposta, o ofendido tem direito a reparação pelo dano moral, não bastando assegurar-se-lhe o direito de resposta. Aqui, portanto, a reparação pelo dano moral é restrita a ofensa à honra.

A este respeito, mister trazer a autorização, lapidada nos dizeres do artigo 953, do Código Civil, para que o ofendido busque a reparação do dano sofrido em sua honra.

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.

Em conjugação à proteção do direito à honra, como podemos colher do texto dos incisos V e X, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, também a imagem e a intimidade estão tuteladas sobre este mesmo manto constitucional. Não se tolera, pois, seja a imagem denegrada, exposta indevidamente ou utilizada indevidamente e sem autorização de seu titular.

⁴⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1655.

Não menos autorizada é a lição de Aparecida Amarante⁴¹, que nos ensina “Sem dúvida que, entre as várias categorias de bens, a dos bens personalíssimos é fundamental e a honra, o bem jurídico de maior apreciação da personalidade humana, porque representa o seu campo moral se social.”

Sendo a honra um bem precioso que goza da proteção maior, doutrinadores de escol têm a equiparado à vida, atribuindo-lhe uma ligação intrínseca à moral da pessoa, um bem que dela não se dissocia.

5.3 Dano à Imagem

Não raro, os meios de comunicação, nas suas mais diversas formas, levam “ao ar” e expõe a imagem das pessoas sem que elas tenham sido previamente instadas a autorizar. Até este ponto, ressalvadas as exceções de caso a caso, não se teria uma exposição indevida. A nosso ver, a questão ganha contornos de ilegalidade quando aqueles que são expostos o são em situações constrangedoras, de exposição de sua intimidade ou mesmo quando tenham praticado atos reprováveis, posto que estarão tais pessoas expostas a toda ordem de julgamento antes mesmo de formado e finalizado o devido processo legal.

A exibição da imagem de uma determinada pessoa durante um evento público, tal como uma partida de futebol, não afetará, em princípio, o seu direito à imagem ou intimidade. Diversamente se dá, quando a veiculação da imagem se dá de modo a denegrir a imagem da pessoa, vinculando-a situações de ridículo ou que gere constrangimento.

Duas circunstâncias em especial, de violação aos direitos de imagem, tem sido frequentemente levadas aos tribunais, quando a exposição da imagem se dá indevidamente para fins publicitários, bem como nas conhecidas “pegadinhas” em que o ofendido é levado a ser filmado em situações constrangedoras previamente elaboradas pela equipe de determinados programas ditos de “entretenimento”.

⁴¹ AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 71.

Exemplarmente, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça consagrou a proteção do direito à honra e imagem, ao julgar situação como acima referimos:

Está pacificado o entendimento desta Corte no sentido de que o valor da indenização por dano moral somente pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado, tendo em vista os seus critérios de fixação, intimamente relacionados com os elementos probatórios da demanda.

In casu, o Colegiado Estadual, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, entendeu comprovado o ato ilícito praticado pela agravante, consistente no lançamento de terra, pela sua equipe, no corpo do agravado, quando este desempenhava seu trabalho de engraxate, bem como a indevida veiculação dessas imagens no programa televisivo Pânico da TV - Hora da Morte, tendo fixado a indenização por danos morais em R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), valor que não se distancia do bom senso e dos critérios recomendados pela doutrina e jurisprudência.

Confira-se trecho do voto condutor, verbis (fls. 338/360)

No campo moral, diferentemente ocorre, pois o autor foi humilhado, exposto a vexame e constrangimento, tanto quando foi abordado pela equipe da ré, com "gracinhas" consistentes em atirar-lhe terra, além de interromper-lhe o seu trabalho graças ao qual sobrevive, submetendo-o a situação de afronta à sua dignidade e foi além a demandada, divulgou essas cenas deprimentes, através e gravação magnética, através de sua rede de televisão, ampliando largamente o campo de exposição do autor ao ridículo.

(...)

É evidente que o objetivo da ré foi obter lucro com a audiência de programa que integra o triste e revoltante processo de idiotização em massa empreendido pela ala degradante da imprensa nacional prestadora de desserviço à sociedade a qual, necessita de melhor amparo cultural e educacional, recebe desse segmento da mídia grosserias e inutilidades alienantes através de programações que pessoas menos tolerantes costuma equiparar a excrementos atirados nos rostos dos telespectador.

(...)

Na espécie o autor estava trabalhando quando foi surpreendido pelos integrantes da equipe ré os quais, interrompendo o seu trabalho, o submeteram a situação de revoltante humilhação pública e fizeram uso das imagens gravadas dessas cenas deprimentes para auferir lucro financeiro através de difusão televisiva. Em tais circunstâncias o valor indenizatório não poderia ser modestamente estipulado, sob pena desconstituir, no raciocínio custo-benefício, vantagem econômica à demandante à qual certamente seria mais interessante continuar explorando a miséria social pagando parcas indenizações, o que faria letra morta da garantia constitucional ao direito de imagem e à dignidade humana.

E não se venha dizer que o quantum da indenização estabelecido proporciona lucro ou locupletamento ao demandante, porque a humilhação à qual foi submetido não permite tal raciocínio dentro do conceito comum de justiça que deve ser a 'meta optada' do Direito.

A indenização por dano moral fixada na r. sentença corresponde a cerca de 576 unidades salariais vigentes desde o dia 01 de maio de 2004 (Lei n.º 10.888/04). Nas circunstâncias aqui consideradas não pode ser tido como exacerbado o valor indenizatório estabelecido na r. sentença, em que pese a sua sumária fundamentação aqui complementada.⁴²

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de Instrumento Nº 1.348.247 – Sp. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Pub. DJe 15 fev. 2013.

Outro não foi o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar a Apelação Cível nº 9057276-26.2006.8.26.0000, da lavra do Desembargador Relator Caetano Lagrasta, publicado em 25/10/2006.

Processo Civil. Ação de indenização por danos morais. Valor da causa que não interfere diretamente no montante da indenização pleiteada. Atribuído valor excessivo à causa, na inicial.

Impossibilidade de se inviabilizar o acesso à Justiça. Correta redução pelo magistrado. Agravo retido rejeitado.

Responsabilidade Civil. Indenização por danos morais e uso indevido de imagem. Prazo decadencial. Art. 56 da Lei de Imprensa, não recepcionado pela CF de 1988. Precedentes do STJ. Preliminar de decadência afastada. Programa "Pânico na TV". Despejadas baratas vivas sobre a autora, que transitava em via pública. Terror que repercutiu na atividade psíquica da vítima, que não se confunde com mera brincadeira. Além do dano moral, uso não autorizado da imagem, não desvirtuado por se tratar de filmagem em local público, nem pelo uso de 'mosaicos'. Punição deve ser exemplar, para que o ofensor não reincida na conduta. Caráter reparatório, punitivo e pedagógico da indenização por dano moral. Indenização fixada em montante equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos. Rejeitados a matéria preliminar e o agravo retido; recurso da autora provido, improvido o do réu.

Quanto à responsabilidade pela lesão, importante restar suficientemente claro que não apenas os atos voluntários, ditos dolosos, do ofensor, mas também aqueles decorrentes de sua culpa, por imprudência ou negligência, e ainda, por sua omissão ou atos omissivos, resultarão na imposição ao autor do dano a obrigação de sua reparação.

Oportuno, então, nesta quadra, já adentrarmos à base legal vigente e atinente ao dever de indenizar.

A legislação civil traz estampada no Título IX, d Livro I, da Parte Especial, a caracterização da Responsabilidade Civil, e, por conseguinte, no Capítulo I, as regras quanto à Obrigação de Indenizar.

Assim é que no artigo 927 do Código Civil Brasileiro, temos:

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

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

De se sopesar que, quanto aos danos morais, a ideia de reparação traz ínsita o significado de compensação do patrimônio lesado e que foi diminuído pelo ato ilícito, por meio de uma indenização capaz de aplacar na vítima os sofrimentos provocados por aquela lesão ao direito de personalidade.

Nas precisas palavras do sempre festejado Professor Caio Mário da Silva Pereira, “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 responsabilidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos.”⁴³

E arremata o mestre, “De quantos tentaram conceituar a responsabilidade civil, emerge a idéia dualista de um *sentimento social e humano*, a sujeitar o causador de um mal a reparar a lesão.”⁴⁴. Em conclusão, ministra o autor,

O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a idéia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo de pedagógica, a que não é estranha a idéia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana deve-lhe prestar.⁴⁵

O Desembargador e professor Ênio Santarelli Zuliani⁴⁶, citando Trabucchi, bem observa que “a indenização por danos morais (*pretium doloris*) não possui a função de restituir integralmente o dano causado (*restitutio in integrum*), mas, sim, ‘una genérica función satisfactoria, con la cual se procura un bien que recompense em certo modo el sufrimento o la humillación sufrida.’”

Por certo, como muito já se discutiu a condenação do causador do dano não tem o condão de satisfazer a vítima de forma plena, vez que não se repara a dor, o constrangimento, a lesão à honra ou à imagem. O que se tem, aqui afirmamos com apoio na força doutrinária reinante, é uma punição ao infrator e uma satisfação ao lesado.

⁴³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 15-16.

⁴⁴ PEREIRA, *op. cit.* p. 15-16.

⁴⁵ PEREIRA, *op. cit.* p. 15-16.

⁴⁶ ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil e Reparação de Danos – Raízes históricas. Função e Objeto. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2006. p. 58.

5.4 Da Indenização por Danos Morais e sua Quantificação

A atribuição de um valor pecuniário a título de sanção ou condenação, melhor dizendo, ainda, a própria indenização não transmuda esta condição satisfativa em reparatória, eis que não se chegaria, mesmo com toda casuística, a um valor exato, extreme de questionamento de ambas as partes, que pudesse afastar e tornar indene a lesão sofrida pelo bem da personalidade humana.

Este tem sido o ponto central de diversas discussões travadas nos tribunais, qual seja, qual o valor do “dano moral”?

Neste sentido, recorreremos mais uma vez à citação de Zuliani⁴⁷, que traz abalizado ensinamento de Manuel A. Domingues de Andrade:

O dano moral não comporta, no rigor dos termos, uma expressão ou representação pecuniária. Trata-se antes duma reparação, ou melhor, ainda, duma compensação ao ofendido. A ideia geral em que se funda esta indenização é a seguinte: os danos morais (dores, mágoas, desgostos) ocasionados pelo fato ilícito podem ser compensados, isto é, contrabalançados pelas satisfações (até da ordem mais finalmente espiritual, incluindo o prazer altruístico de fazer bem) que o dinheiro pode proporcionar ao danificado. É preferível isto a deixar o ofendido sem nenhuma compensação pelo mal que sofreu; eo o ofensor por sua vez sem nenhuma sanção correspondente ao mal produzido.⁴⁸

Assim, no plano dos litígios em que se reclama reparação pelos danos morais decorrentes de ato ilícito, de início se torna tormentoso ao julgador, na ausência de critérios objetivos resultantes de previsão legal fixar em condenação o valor da indenização. Ao nosso sentir neste ponto aconselha-se o uso da prudência e bom-senso, de modo a que não fique a vítima sem a satisfação decorrente da prestação jurisdicional e, tampouco, seja esta mesma vítima contemplada com valores que permitam concluir pelo seu enriquecimento sem causa.

Deverá o julgador, se valendo das chamadas máximas de experiências, perfilhadas no artigo 335 do Código de Processo Civil, bem analisar as circunstâncias fáticas para ao final, se concluir pela ocorrência de lesão extrapatrimonial, sopesando o grau de culpa do causador do dano, suas condições

⁴⁷ ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil e Reparação de Danos – Raízes históricas. Função e Objeto. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2006. p. 58.

⁴⁸ ZULIANI, *op. cit.* p. 58.

socioeconômicas, assim como as da vítima, a própria repercussão do ato ilícito no meio social e para a vida da vítima, para aplicar em tal caso uma condenação em pagamento de quantia que não leve o ofensor à ruína e nem que avilte o lesado.

As máximas de experiência são, conforme lição de Flávio Luiz Yarshell⁴⁹:

Definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que são julgados no processo, procedentes da experiência e independentes dos casos particulares de cuja observação tenham esses juízos sido deduzidos. Diferentemente de juízos resultantes de mera “ciência privada”, elas consistem na verificação abstrata de que, de acordo com a experiência comum, em uma determinada esfera social certos fatos ordinariamente acontecem em associação com outros fatos (*communis opinio*).

Prossegue Yarshell, afirmando que:

Essas regras integram, de acordo com Moacyr Amaral Santos, o que se pode genericamente denominar cultura, e são utilizadas pelo juiz como normas destinadas a servir como premissa maior dos silogismos que forma no seu trabalho de fixação, interpretação e avaliação das provas. Algumas dessas máximas são comuns, isto é, inerentes à cultura da esfera social a que pertence o juiz: são as regras de experiência comum.

Diversamente do que ocorre em países de *common law*, no Brasil há, ainda, por parte dos julgadores um certo comedimento na fixação dos valores das indenizações por danos morais, afastando no mais das vezes os pedidos milionários de indenizações a título de dano moral. Podemos atribuir tal comedimento tanto à tradição romanística do direito vigente entre nós, como ainda à cultura própria de nosso povo.

Em notável obra, Maria Francisca Carneiro⁵⁰, traz à colação o que se pode atribuir como esboço inicial de criação de critérios a serem considerados na fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, a saber:

- a) Que a satisfação pecuniária não produza um enriquecimento à custa do empobrecimento alheio;
- b) Equilíbrio entre o caso em exame e as normas jurídicas em geral, tendo em vista:
 - b.1) *Curva de sensibilidade*:

⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas>. Acesso em: 28 nov. 2013.

⁵⁰ CARNEIRO, Maria Francisca. **Avaliação do dano moral e discurso jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 61.

- b.1.1) em relação ao nível comum sobre o que se possa produzir numa pessoa normal, tal ou qual incidente;
- b.1.2) grau de instrução da vítima;
- b.1.3) seus princípios éticos;
- b.2) *Influência do meio*:
 - b.2.1) repercussão pública;
 - b.2.2) posição social da vítima do dano.

Com frequência, para fins de fixação dos valores das indenizações, para quanto à vítima, o tipo de lesão, extensão e consequências, tais como morte de um filho, dos pais, de um ente querido, de lesão física incapacitante, de deformidade no corpo, circunstâncias de fato, como a divulgação maior ou menor e consequências psicológicas duráveis para a vítima.

No que pertine ao ofensor, tem sido objeto de consideração a gravidade de sua conduta, o descaso ou leviandade com os sentimentos humanos no agir, sua capacidade e forças econômicas e a necessidade de maior ou menor valor, para que o valor seja, de forma pedagógica, um desestímulo efetivo para a não reiteração da conduta lesiva e ofensiva.

Não obstante a enorme dose de subjetivismo que esta questão enseja, com decisões de natureza e fundamentação de grande diversidade, fixando valores de indenização ora extravagantes em sua grandiosidade, ora aviltantes à dor e perda das vítimas, já se faz sentir a busca pelo estabelecimento de critérios a adequar o valor destas condenações.

O Superior Tribunal de Justiça, Corte superior à qual é conferida a competência para apreciar em última instância questões de direito privado, tem se inclinado à criação de parâmetros para fixação do valor da indenização por danos morais, sendo tal movimento tido por alguns como uma forma ou espécie de criação de “tabela do dano moral”. Não se pode assim concluir ou alardear sob de desnaturar a essência do instituto. Não há mesmo como existirem critérios fixos e rígidos, notadamente porque o valor da indenização deve cumprir e atender à dupla função, qual seja reparar o dano para minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não mais repetir a conduta lesiva. Lado outro, a indenização não pode ser ínfima, servindo de humilhação à própria vítima, nem, como já dissemos, representar enriquecimento sem causa.

Não obstante a enorme dose de subjetivismo que esta questão enseja, com decisões de natureza e fundamentação de grande diversidade, fixando valores de indenização ora extravagantes em sua grandiosidade, ora aviltantes à dor e perda das vítimas, já se faz sentir a busca pelo estabelecimento de critérios a adequar o valor destas condenações.

Em acórdão da lavra da Ministra Eliana Calmon, seguido à unanimidade pelos demais componentes da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, restou patente a concepção adotada naquela Corte Superior de Justiça, no tocante a busca de uma parametrização para valoração da indenização por danos morais, bem como da definição e reconhecimento da competência daquela Corte para, embora não apreciando matéria probatória, face a vedação contida na Súmula 07 do mesmo Sodalício, rever o valor da condenação.

Em tal caso, em que os autores, servidores públicos do Estado do Rio Grande do Sul, lotados no Hospital Penitenciário no Presídio Central de Porto Alegre foram feitos reféns por um grupo de foragidos e amotinados do estabelecimento prisional, sendo atingidos por projéteis de arma de fogo, disparados durante a perseguição policial, tendo resultado ao primeiro autor traumatismo raquimedular e consequente paraplegia, além de perder a sensibilidade do nível da lesão para baixo; e ao outro, segundo autor, por sua vez, perda de um rim, de parte do intestino delgado e de parte da função do membro superior esquerdo e da mão esquerda, sobreveio a sentença, julgando parcialmente procedente a ação, para condenar o Réu, o Estado do Rio Grande do Sul, ao pagamento ao primeiro autor a quantia de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) e ao segundo a quantia de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

O Tribunal estadual, por força do apelo da parte Ré, se pronunciou no sentido e entendimento de que estimava-se suficientes para alcançar suas finalidades punitiva e reparatória indenizações equivalentes a 1.300 (um mil e trezentos) salários-mínimos em favor do primeiro autor e a 600 (seiscentos) salários-mínimos em favor do segundo autor, pelo valor vigente na data do fato, corrigido, a partir dali, segundo a variação do Índice Geral de Preços, incidindo juros moratórios também do evento danoso, de acordo com a orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consolidada na Súmula nº 54, daquela Corte Superior.

A Eminente Ministra Eliana Calmon, assim pontificou:

Prequestionados os dispositivos indicados no especial, ainda que implicitamente, e caracterizado o dissídio jurisprudencial, passo ao exame do recurso, afastando, preliminarmente, a incidência da Súmula 7/STJ, porque, na verdade, não se busca neste especial o reexame dos fatos e provas soberanamente delineados pela instância ordinária, mas sim a valoração jurídica destes aspectos, a fim de propiciar ao Superior Tribunal de Justiça o controle sobre o valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, mas proporcional à dúplici função deste instituto indenizatório: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.

Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO PARCIAL. PRECLUSÃO DOS TEMAS DESACOLHIDOS NO AGRAVO. CIVIL. INDENIZAÇÃO. VINGANÇA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. PARAPLEGIA. MOTIVO FÚTIL. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAJORAÇÃO. PENSÃO MENSAL. MAJORAÇÃO. DESPESAS COM ADVOGADOS PARA ACOMPANHAR AÇÃO PENAL CONTRA O AUTOR DOS DISPAROS. INDEFERIMENTO. TRATAMENTO NO EXTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração.

II - Omissis.

III - Omissis.

IV - Omissis.

V - O provimento em parte do agravo interposto contra a inadmissão do recurso especial restringe o conhecimento da Turma à matéria ainda não decidida, uma vez havida a preclusão quanto aos demais temas.⁵¹

Na esteira desta fundamentação, a Ministra Relatora, trazendo à colação outros julgados daquela Corte Superior, concluiu:

Limitado o especial, portanto, ao valor da indenização, temos que esta Turma, em precedente relatado pelo Ministro Franciulli Netto, seguindo o entendimento da Segunda Seção, vem fixando, após discutir com base na prova dos autos, o valor da indenização, estabelecendo como limite 300 (trezentos) salários mínimos. Esse patamar, entretanto, bem se coloca em favor daquele que sofreu seqüelas menos profundas, como EDINEI SANTOS, mas é demasiadamente irrisória para quem perdeu a capacidade locomotora de forma irreversível, como CLAUDINEI CARLOS DOS SANTOS, o que enseja um quantitativo em dobro, ou seja, 600 (seiscentos) salários mínimos.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 183.508/RJ**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma. unânime, DJ 10/06/2002.

Na quantificação do dano, moral não há uniformidade nesta Corte, tendo decidido a Quarta Turma, em caso de paraplegia, por indenização equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos ou até 1.500 (mil e quinhentos) salários.

.....
 Dentro da falta de um padrão uniforme e ponderando sobre a jurisprudência que se desenvolveu nesta Turma, fixo indenização de 300 (trezentos) salários mínimos para EDINEI SANTOS e de 600 (seiscentos) para CLAUDINEI CARLOS DOS SANTOS, dando parcial provimento ao recurso especial. **(RECURSO ESPECIAL Nº 604.801 – RS - RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON – pub. 07/03/2005, DJU)**

Como visto, mesmo à mingua de uniformidade na quantificação do dano moral, podemos constatar, naquela Corte, uma tendência a se chegar em valores padrão e de acordo com a natureza das lesões e a gravidade do ato do ofensor.

Importante, à título exemplificativo da dissonância, e pela sua propriedade e adequação ao tema do presente trabalho, trazer o posicionamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, cuja ementa e trechos relevantes do voto são os seguintes:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO PARCIAL. PRECLUSÃO DOS TEMAS DESACOLHIDOS NO AGRAVO. CIVIL. INDENIZAÇÃO. VINGANÇA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. PARAPLEGIA. MOTIVO FÚTIL. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAJORAÇÃO. PENSÃO MENSAL. MAJORAÇÃO. DESPESAS COM ADVOGADOS PARA ACOMPANHAR AÇÃO PENAL CONTRA O AUTOR DOS DISPAROS. INDEFERIMENTO. TRATAMENTO NO EXTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração.

II - 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. E não se pode deixar de considerar que, na espécie, as lesões decorreram de conduta criminosa, de acentuado dolo, como se vivêssemos em um País sem leis e em estado de barbárie.

III - A pensão mensal nos termos requeridos não agride o razoável e nem se mostra injusta, considerando as circunstâncias da causa, notadamente o padrão econômico-social das partes.

IV - O valor eventualmente pago aos advogados criminalistas, na espécie, não são incluídos, por não ser essa despesa obrigatória, mas opcional, sendo apenas facultativa a contratação de assistência da acusação.

V - O provimento em parte do agravo interposto contra a inadmissão do recurso especial restringe o conhecimento da Turma à matéria ainda não decidida, uma vez havida a preclusão quanto aos demais temas.

O Ministro Relator assim expôs suas razões e fundamentação, no que foi seguido pelos demais Ministros componentes da Quarta Turma do STJ:

1 – Omissis.

.....

4 - No que diz respeito à fixação dos danos morais, observo que vem proclamando este Tribunal que "o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça"(dentre outros, os REsp's n. 53.321-RJ, DJ 24.11.97, e 299.690-RJ, DJ 7.5.2001, relatados pelo Ministro Nilson Naves e por mim). Esse entendimento, aliás, foi firmado em face dos manifestos e freqüentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, pelo que se entendeu ser lícito a este Tribunal exercer o respectivo controle.

Por outro lado, essa indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato.

Nestes termos, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, tenho como insuficiente, data venia, 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 a demonstrar o drama sofrido pelo autor:

Com efeito, o sofrimento, a angústia, a dor e a aflição, para não se falar no 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 permanente 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. E não se pode deixar de considerar que, na espécie, as lesões decorreram de conduta criminosa, de acentuado dolo, como se vivêssemos em um País sem leis e em estado de barbárie.

.....

8. Por todo o exposto, não conheço do segundo recurso, interposto pelo réu, conhecendo em parte do primeiro, manifestado pelo autor, dando-lhe provimento nessa parte para elevar a pensão mensal a 18 (dezoito) salários

mínimos e os danos morais a 1.500 (hum mil e quinhentos salários mínimos), além do ressarcimento das despesas, nos termos expostos.⁵²

Portanto, não obstante a previsão legal contida nas orientações que emanam dos artigos 944 a 945, bem como do parágrafo único do artigo 928, todos do Código Civil Brasileiro, o julgador deverá, na busca pela fixação do valor da indenização, ater-se ao binômio dano-prejuízo, agindo com bom senso e equilíbrio, não permitindo, como já dissemos, o aviltamento da vítima, nem seu enriquecimento sem causa, muito menos o esgotamento dos recursos do ofensor de modo a prejudicar a subsistência.

Em conclusão destes argumentos, vem em nosso socorro as sempre precisas palavras da Professora Maria Helena Diniz: “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.”⁵³

5.5 Danos Morais Coletivos

Se quanto aos danos morais individuais já se consolidou o entendimento acerca de seu indiscutível cabimento, sua cumulatividade com danos de outra natureza, não obstante a dificuldade de sua valoração, como vimos, quanto aos danos morais transindividuais firma-se, em meio a algumas resistências doutrinárias, com força o reconhecimento pela sua constatação, atribuindo-lhes também a designação de danos morais coletivos.

Para análise da coerência de se afirmar a existência de danos morais coletivos, devemos, previamente, fazermos, mesmo que de forma breve, uma incursão aos conceitos de direitos transindividuais (difusos e coletivos) e dos direitos individuais homogêneos.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 183.508 – RJ**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Pub. Dju 14 out. 2002.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2002. p. 81.

Embora o constituinte de 1988 os tenha previsto (inciso III, do artigo 129), não cuidou de defini-los.

Neste ponto, de extrema felicidade são as palavras de Mariana de Cássia Araújo⁵⁴, em obra já citada, que nos esclarece:

Os direitos transindividuais estão posicionados entre o público e o privado, na categoria dos interesses sociais, consoante fenômeno da descentralização social, em que a sociedade de massa passa a influenciar a gestão estatal – é a denominação da gestão participativa. A soberania estatal é limitada pela soberania social, sendo assim, a sociedade de massa passa a interagir nas decisões para a definição dos rumos sociais. Assim, os direitos transindividuais não pertencem nem à Administração Pública nem a indivíduos particularmente determinados; pertencem, no entanto, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria ou à própria sociedade.

Não se admite confundir os direitos transindividuais (direitos difusos e coletivos) com os direitos individuais homogêneos, posto serem estes os que embora possíveis de individualização e determinação de seus sujeitos, têm sua tutela coletivizada.

O conceito está atrelado à constatação de uma nova sociedade, uma sociedade de massa que surge no século XX e se firma no século XXI, no seio da qual se torna necessário tutelar as relações jurídicas não mais e apenas sob o prisma da proteção de indivíduos determinados, mas em fenômenos coletivos, cujos direitos são de uma nova espécie e sua violação importará em reparação não mais individualmente, mas sim na de forma coletiva.

Para Teori Albino Zavascki⁵⁵:

Os direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (sem titular determinado) e materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja, embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. Direito coletivo é a designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público de privado.

⁵⁴ ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Ano IX - nº 59 – Síntese. 2009. p. 134.

⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 42.

E, complementando, o mesmo autor, referencia:

Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos comuns, ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização em um sentido meramente instrumental, como estratégica para permitir sua mais efetiva tutela em juízo.

Sob o prisma legislativo, a Lei de Ação Popular, Lei nº 4.717/65, é tida por ser a instaladora do tema, tratando-o de forma ampla. Em seguida, merece destaque a Lei da Política Nacional do Meio-Ambiente. Lei nº 6.938/81, que criou e atribuiu legitimidade ao Ministério Público para a defesa do meio-ambiente. Mas, efetivamente, o processo coletivo tomou corpo com o advento da Lei de Ação Civil Pública (LACP), Lei nº 7.347/85, que teve por escopo ampliar de forma marcante o rol dos legitimados para a proteção dos interesses coletivos.

Por óbvio que a Constituição Federal de 1988 veio coroar este processo de tutela e normatização da tutela coletiva, tendo em seu mais alto destaque a lei n. 8.078/90, o próprio Código de Defesa do Consumidor, que trouxe notáveis alterações na Lei de Ação Civil Pública e, de modo ainda mais enfático, concretizou a defesa dos interesses transindividuais.

O Código de Defesa do Consumidor, traz estampados em seu artigo 81, o os conceitos de que nos ocupamos neste momento, a saber:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Sobre este tema, vale a esclarecedora lição de Antônio Herman V. Benjamin⁵⁶:

⁵⁶ BENJAMIM, Antônio Herman V. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 975.

Assim, uma vez que não existe acordo doutrinário sobre a definição dos chamados direitos difusos, coletivo e individuais homogêneos, o legislador do CDC optou por, ele próprio, fixar um conceito, de modo a permitir um razoável grau de previsibilidade quanto a sua utilização. Inspiram-se nas *class actions* do direito norte-americano e vão determinar um significativo diálogo entre as normas do Código e a Lei da Ação Civil Pública.

Permitiu-se, deste modo, que se criasse um verdadeiro sistema processual coletivo a abarcar não apenas o direito consumerista, mas alcançando outros interesses e direitos de natureza coletiva.

No que se refere ao dano moral coletivo, ainda existe resistência ao seu pleno reconhecimento, não obstante a evolução dos conceitos quanto aos direitos metaindividuais e o robustecimento da corrente doutrinária que apoia e atesta sua existência e reconhecimento.

O artigo 1º da Lei de 7.347/85, que dispõe sobre a Ação Civil Pública, com a novel redação que lhe deu a Lei nº 12.529/11, traz clara expressão de seu alcance, tanto que tem por objeto disciplinar, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, qualquer outro direito difuso ou coletivo. Estes dois últimos interesses presentes em seu inciso V, que foi incluído exatamente pela alteração resultante da Lei 8.078/90, que criou o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, por interpretação literal não se há de cogitar da impossibilidade de se atribuir a existência de danos morais coletivos, como por exemplo em decorrência de danos provocados ao meio ambiente, natural ou ecológico.

Argumentando não se dever interpretar literalmente o citado artigo 1º da Lei 7.347/85, adverte que:

Em se tratando de lei com objetivo eminentemente processual, ela por certo não tem como escopo criar nova modalidade de direito material, isto é, um exótico dano moral supra individual. Sendo assim, afastada a possibilidade de compatibilizar a natureza do dano moral (necessariamente individual, personalíssimo) com a ideia de transindividualidade, própria dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, o que se de extrair é a autorização para cumular, no processo em que se busca a responsabilização do réu pelas lesões causadas a direitos transindividuais, a reparação dos danos morais oriundos de um mesmo fato.⁵⁷

⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 38.

Em sentido contrário, forte no reconhecimento e valoração da constante evolução do direito, Carlos Alberto Bittar Filho, citado por Mariana de Cássia Araújo, em obra já mencionada, define com precisão “que o dano moral coletivo consiste na injusta lesão a esfera moral de uma determinada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção de fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor) idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.

Outro não é o entendimento esposado por Yussef Said Cahali⁵⁸, que leciona:

Esvaindo-se paulatinamente o dano moral, na sua versão mais atualizada, de seus contingentes exclusivamente subjetivos de ‘dor’, ‘sofrimento’, ‘angústia’, para projetar objetivamente os seus efeitos de modo a compreender também as lesões à honorabilidade, ao respeito, à consideração e ao apreço social, ao prestígio e à credibilidade nas relações jurídicas do cotidiano, de modo a afirmar-se a indenizabilidade dos danos morais infligidos às pessoas jurídicas ou coletivas, já se caminha, com fácil trânsito, para o reconhecimento da existência de danos morais reparáveis.

Vale certamente enunciar também o que Xisto Tiago de Medeiros Neto⁵⁹ esclarece, *quantum satis*:

O dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões - grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.

De ser ressaltado que o dano moral coletivo não tem em seu âmago a dor, no sentido de mágoa, ressentimento, constrangimento ou vergonha afligidos à pessoa natural. Aqui se tem outra concepção, a de que o efeito do dano moral é afetação negativa a toda coletividade como se dá, por hipótese, na ocorrência de lesão ao patrimônio paisagístico ou ambiental, ambos imateriais.

⁵⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 387.

⁵⁹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 137.

É ainda nas lições de Bittar Filho⁶⁰ que encontramos dois ótimos exemplos de dano moral coletivo, quais sejam a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica) por ofensas étnicas ou raciais, ou também o desrespeito à bandeira do país, que corporifica a dignidade humana nacional.

Também nas relações de consumo não será incomum logarmos encontrar situações em que se dá a ofensa aos direitos coletivos e que, por consequência, resultam em danos morais à coletividade de pessoas. Esta, que teve sua identificação nas previsões contidas no Parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, já tendo por cabível a indenização por danos morais à coletividade de pessoas, sendo estas ainda que indetermináveis, é de se afirmar a destinação da quantia fixada a título indenizatório.

Desde sua edição a Lei 7347/85, trazia no artigo 13 a previsão de criação de um fundo a ser gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, tendo sido, posteriormente alterada para acréscimo e nova redação de seus parágrafos, tendo ficado do modo seguinte:

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.

§ 1o. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.288, de 2010)

§ 2o Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1o desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

Neste sentido, para fazer a gestão dos recursos advindos de condenações judiciais por danos morais coletivos, no âmbito da Justiça Federal foi criado pela Lei nº 9088/95, denominado de Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), que é

⁶⁰ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12. out./dez. 1994. p. 388.

administrado pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (CFDD)

O CDC, ao dispor sobre multas impostas em razão do descumprimento das normas de proteção ao consumidor, refere-se ao mesmo fundo para destinação dos recursos provenientes das penas pecuniárias na seara consumerista.

Tem sido no ambiente das relações de consumo que cada vez mais se faz plenamente concebível a indenização por danos morais à coletividade, aqui se percebendo uma dosagem inovadora, para além da função meramente reparatória, mas já com notas de função punitiva e dissuasória na decisão condenatória.

Em paradigmática decisão, a 3ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça, por acórdão da lavra do Juiz Relator Eugênio Facchini Neto, colhemos exatos termos da aplicabilidade do instituto em apreço, tendo a decisão sendo assim ementada:

TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito.

Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.

Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.

Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável

também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. (Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>, consulta em 15/11/13.)

Não menos relevante e com profundas reflexões sobre os conceitos dos danos morais coletivos, além de avançar na fundamentação das indenizações punitivas, a recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferida em sede do julgamento da Apelação nº 0027158-41.2010.8.26.0564, por voto do Desembargador Relator, Teixeira Leite, da Quarta Câmara de Direito Privado, resultou em condenação de uma Operadora de Planos e Assistência a Saúde ao pagamento de indenização punitiva no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a serem revertidos ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

Em seus judiciosos fundamentos, o Desembargador Relator, após citar o reiterado posicionamento do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, se valeu de substancial doutrina e também do posicionamento que se sedimenta no Superior Tribunal de Justiça, sendo de se destacar os seguintes trechos:

Trata-se, enfim, de uma tentativa de fazer com que a responsabilidade civil cumpra a função que a sociedade exige, qual seja, a de encontrar fórmulas subsidiárias para acabar com os efeitos da crise provocada pelos chamados efeitos repetitivos da ilicitude. Quando o Estado não observa as transformações sociais e os demais ramos do direito não enxergam solução, cabe ao intérprete inventar a diretriz que constitua o antídoto contra a recidiva e que, também, puna o agente contraventor com a retirada de lucro desmedido que se obteve à custa das transgressões dos contratos massificados e que vitimizam consumidores impotentes.

Então, se não há como remediar a desafiadora atitude da seguradora, que, a despeito de minguadas indenizações individuais, continua a praticar os mesmos e reconhecidos ilícitos, agravando a noção de insegurança e propagando danos que nem sempre são reclamados em Juízo, cabe impor método diverso de reparação para tentar por cobro ao desmando. A indenização punitiva é uma ideia que nasceu e cresceu pela obrigatoriedade de fazer com que a responsabilidade civil chegue ao objetivo da pacificação e, no caso da seguradora, está provado que o método tradicional é falível e foi vulnerado pelas práticas seguintes e iguais.

Ainda que assim não fosse, a reparação punitiva é independente da ação do segurado, porque é emitida devido a uma somatória de atos que indicam ser a hora de agir para estabelecer respeitabilidade e equilíbrio nas relações.

É dizer, "A função punitiva da responsabilidade civil permite a restituição do lucro obtido pelo agente, constituindo uma forma de o punir".⁶¹

⁶¹ LOURENÇO, Paula Meira. In: **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, agosto de 2006. p. 428.

Nesse vértice, uma acentuada importância em dinheiro pode soar como alta a uma primeira vista, mas, isso logo se dissipa em se comparada ao lucro exagerado que a seguradora obtém negando coberturas e obrigando que seus contratados, enquanto pacientes, a buscar na Justiça o que o próprio contrato lhes garante.

Aliás, não só se ganha ao regatear e impor recusas absurdas, como ainda agrava o sistema de saúde pública, obrigando a busca de alternativas nos hospitais não conveniados e que cumprem missão humanitária, fazendo com que se desdobrem e gastem mais para curar doentes que possuem planos de assistência médica.

Portanto, toda essa comparação permite, e autoriza, nessa demanda de um segurado, impor uma indenização punitiva de cunho social que será revertida a uma das instituições de saúde mais atuantes, o que, quem sabe, irá servir para despertar a noção de cidadania da seguradora.

Como visto, o instituto do dano moral, devidamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro vem se espargindo e ganhando relevo no regramento e nas consequências das relações jurídicas, alcançando limites antes impostos pela cultura jurídica do *civil law*, para, aproximando dos conceitos e formação do *common law*, na medida em que verifica-se com firmeza a inserção dos conceitos de dano moral coletivo e indenizações punitivas em julgados recentes de nossas Cortes Judiciais, a valoração da proteção dos interesses transindividuais, não mais apenas como uma compensação ao lesado, mas de modo a fazer com que, com maior rigor e impactos financeiro e pedagógico, o causados do dano seja sancionado e desestimulado à prática lesiva, permitindo ainda ao cidadão e à coletividade maior reconhecimento na ordem jurídica vigente.

Estas reflexões sobre a incidência ou mesmo existência do dano moral coletivo serão suporte para mais à frente, ao adentrarmos nos conceitos e análise dos danos punitivos ou *Punitive Damages*, o fazermos de modo a enfrentar o tema com fundamentos que permitirão as conclusões a que se busca chegar o presente trabalho.

6 INDENIZAÇÃO PUNITIVA – PUNITIVE DAMAGES

6.1 Conceito

Com sua origem e plena adoção nos países em que vigora o sistema jurídico do *common law*, os *punitive damages* consistem, nas adequadas palavras de Judith-Costa e Mariana Souza Pargendler “na soma de dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressamente superior ao necessário à compensação do dano.”⁶²

Para Maria Celina Bodin de Moraes, em sua magistral obra Danos a Pessoa Humana, externa que os:

Danos punitivos, algumas vezes chamados de danos exemplares ou vingativos, ou ainda, de “dinheiro esperto”, consiste em uma soma adicional, além da compensação ao réu pelo mal sofrido, que lhe é concedida com o propósito de punir o acusado, de admoestá-lo a não repetir o ato danoso e para evitar que outros sigam o seu exemplo.⁶³

De suma importância é o destaque e lembrança que trazida pelos Professores Adriano Stanley Rocha Souza et al⁶⁴ no sentido de que “no conceito dos *Punitive Damages* para sua aplicação depende de conduta do agente ser com negligência, malícia ou dolo.

Já nas lições de Pedro Ricardo e Serpa⁶⁵, ao explicitar a origem e real significado da expressão *punitive, exemplary* ou *aggravated Damages*, fazendo também quanto a expressão *damages*, que serve, nos países da *common law*, para indicar as resultantes pecuniárias impostas ao autor do ato ilícito, temos que os *punitive damages*, despeito de se aproximarem dos *compensatory damages*, mas

⁶² MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Marina Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive Damages e o Direito Brasileiro. **REVISTA CEJ**, V. 9 nº 28 jan/mar. Brasília, 2005. p. 16.

⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana** - uma leitura civil - constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 07.

⁶⁴ SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano moral & punitive damages**. Belo Horizonte. Del Rey, 2013. p. 58.

⁶⁵ SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação de Mestrado. 2011, p. 24-25. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

assim como eles, “representam uma sanção pecuniária decorrente do cometimento de um ato ilícito imposta ao ofensor no curso de um processo civil, deles se distinguem nitidamente por não exercerem (ao menos de maneira principal) uma função compensatória. Eles são, nas palavras de E. Urso, “uma condenação pecuniária que pode ser imposta ao lesante se seu comportamento for considerado particularmente reprovável”, quantia esta que “se soma à condenação imposta a título compensatório (*compensatory damages*). Ou, como afirma D. G. Owen, “*punitive ou exemplar damages são impostos em adição aos compensatory damages para punir o demandado pelo cometimento de um ato grave ou abusivo, bem como para prevenir que o demandado e outros venham a cometer condutas semelhantes no futuro*”.

Assim é que podemos afirmar, de forma geral, que a ideia dos *punitive damages* traz encrustada na sua essência a finalidade de punição e exemplaridade, cabível quando o ato do ofensor for excessivamente grave e reprovável, de modo a não apenas puni-lo, mas também dissuadi-lo de novamente praticar a ofensa.

6.2 A Teoria do *Punitive DAMAGES*

Como citado por Judith-Costa e Mariana Souza Pargendler:

A primeira previsão de indenização múltipla no Direito anglo-saxônico foi o Statute of Councester, da Inglaterra, que data de 1278. Ai está a raiz de um tradição que veio a ser especialmente desenvolvida no século XVIII, quando se criou a doutrina dos *exemplar damages* como um meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais.⁶⁶

A evolução do instituto dos *punitive e exemplar damages* fez com que, já no fluir do século XIX, nos países do *common law*, houvesse um deslocamento do foco inicial das sanções, que passaram a ser a punição e a prevenção, não mais incidindo sobre o dano, não importando aos casos em que o dano fosse apenas intangível, mas sobre a conduta do seu causador.

⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Marina Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive Damages e o Direito Brasileiro. **REVISTA CEJ**, V. 9 nº 28 jan/mar. Brasília, 2005. p. 18.

Diversos são os casos no direito alienígena em que, diante da gravidade da conduta do autor, foram aplicados os *punitive damages*. Ainda que não seja o escopo deste estudo aprofundar nos aspectos históricos, se faz relevante trazer a baila o caso conhecido como *Ford Corporation v. Grimshaw* (1981), dada seu ruidoso conteúdo. Reportando a este caso, Judith-Costa e Mariana Souza Pargendler, nos informa que:

Após um acidente de trânsito, um automóvel produzido pela Ford explodiu, causando a morte de três ocupantes. A explosão do carro se deu porque o tanque/reservatório do carburador havia sido colocado na parte traseira do veículo, o que - comprovou-se posteriormente - permitia uma economia de 15 dólares por automóvel produzido. Nesse caso, o júri não hesitou em conceder uma considerável soma a título de *punitive damages*, considerando que o comportamento da Ford era "altamente reprovável". Para alcançar uma economia de 15 dólares por automóvel, o tanque foi colocado em local inadequado e perigoso em caso de colisão, considerando o fabricante que resultaria mais vantajoso, tendo-se em vista, uma análise de custos e benefícios, ressarcir os eventuais danos do que colocar o tanque em outro lugar: como foi verificado no curso do processo, a Ford para escolher uma tal solução, havia efetuado uma análise de custo benefício levando em conta não tanto o inteiro custo social de uma tal colocação do reservatório, mas unicamente a probabilidade (de qualquer forma baixa) de alguém entrar em juízo para ser ressarcido.⁶⁷

Adriano Stanley Rocha Souza, fazendo necessária e pontual referência ao trabalho das autoras acima citadas, nos conduz à conclusão de que para a adoção e aplicação de *punitive damages*, com base filosófico-cultural utilitarista, tem sido adotada pela jurisprudência os critérios seguintes: a) grau de culpa do ofensor; b) condição econômica do responsável pela lesão; c) enriquecimento obtido com o fato ilícito; d) intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, perda das chances de vida e dos prazeres da vida social ou da vida íntima, e por fim, e) as condições sociais e econômicas do ofendido.

É bem de ver que além destes critérios também são usados, de forma marcante, outros critérios a caracterizar o ato ilícito do ofensor por conduta eivada de culpa grave, dolo, malícia e fraude.

Acertada e oportuna é a lição de Martins-Costa e Pargendler quanto à distinção entre o arbitramento de indenização por danos morais e a aplicação dos *punitive damages*, a saber:

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Marina Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive Damages e o Direito Brasileiro. **REVISTA CEJ**, V. 9 nº 28 jan/mar. Brasília, 2005. p. 19-20.

No primeiro caso, o universo é amplíssimo, abarcando os regimes de responsabilidade resultantes de quaisquer dos critérios de imputação (subjetiva ou objetiva, seja esta pelo risco, pela segurança, pela confiança, etc.). No segundo caso, (*punitive damages*) só poderá abranger a responsabilidade derivada da imputação subjetiva, sob pena de incontornável contradição: se o que é avaliado (para fixar o montante da indenização) é a maior ou menor **gravidade da conduta** do autor do dano e o maior ou menor grau de **reprovação ético-jurídica à conduta**, como fazê-la incidir às hipóteses de imputação objetiva, para a qual o exame da **conduta do agente** é despiciendo (examinando-se tão-só a ilicitude, o dano, a imputabilidade e o nexo causal)?

Alguns dos tribunais pátrios vêm dando provas de que, como em um rio, a correnteza leva adiante o que nele se flutua, não sendo raros os julgados de diversas Cortes estaduais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, neste último de modo mais parcimonioso, dos quais se pode extrair a convicção dos julgadores pela incidência e adoção da Teoria dos *Punitive Damages*, seja sob a rubrica de punição de caráter punitivo-pedagógico, pela função punitiva da indenização fixada e, até mesmo, expressamente como *punitive damages* em processos envolvendo danos extrapatrimoniais.

Com raras e louváveis exceções, o que se tem visto de tais decisões é o atropelo de conceitos e o modo arbitrário como vêm sendo aplicadas as condenações por danos extrapatrimoniais e a título de *punitive damages*, sem que da fundamentação de tais decisões conste de modo preciso e seguro a real incidência dos princípios regentes ao instituto alienígena. O que se vê, muitas das vezes, são julgamentos fundamentados de modo vago e superficial, sem se demonstrar justificadamente por que meios se chega ao *quantum* indenizatório. As expressões indenização punitiva, indenização exemplar e mesmo a original *punitive damages*, são utilizadas a enfeitar e a peça decisória, como chavões jurídicos a finalizar um entendimento jurídico mal exposto e fundamentado.

Nesta quadra, ressalta com firmeza a preocupação externada por Anderson Schreiber⁶⁸, que, estimuladas pelos altos e infundados valores de condenações, possa se ocorrer o surgimento de ações frívolas voltadas à obtenção de indenização pelos acontecimentos mais banais que da vida social deriva, já que de decisões pode, equivocadamente, concluir pela extensão da função historicamente patrimonialista da responsabilidade civil.

⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 195.

Com propriedade o citado afirma:

Assim, mesmo às lesões a interesses não patrimoniais, o ordenamento jurídico continua oferecendo, como única resposta, o seu remédio tradicional, de conteúdo estritamente patrimonial, qual seja, a deflagração do dever de indenizar. Bem vistas as coisas, a tão combatida inversão axiológica – por meio da qual a dignidade humana e os interesses existenciais passam a ser invocados visando a obtenção de ganhos pecuniários-, tem como causa imediata não o desenvolvimento social de ideologias reparatórias ou um processo coletivo de vitimização, mas a inércia da própria comunidade jurídica, que insiste em oferecer às vítimas destes danos, como só solução, o pagamento de uma soma em dinheiro, estimulando necessariamente sentimentos mercenários.⁶⁹

A decisão objeto de nossos comentários quando da análise dos danos morais, proferida pela Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação nº 0027158-41.2010.8.26.0564, por voto do Desembargador Relator, Teixeira Leite, reflete bem esta avaliação, tanto pelo elevado valor imposto a título punitivo, quanto pela fundamentação do julgador. Não é escopo deste trabalho descer às minúcias e criticar quaisquer decisão, pelo o que assim o autor não o fará. Contudo, o intuito é de se chamar atenção aos elementos motivadores de decisões desta natureza.

A posição externada do Superior Tribunal de Justiça, em grande parte de seus julgados, tem sido de negar a possibilidade irrestrita de atribuição de punitive damages no direito brasileiro, sob o forte argumento de que além de ausentes de previsão legal, sua aplicação importaria em enriquecimento sem causa, esbarrando na vedação explícita do artigo 884 do Código Civil.

É o que se tem do acórdão proferido no Agravo Regimental AgRg no Ag 850273, dentre outros, e assim ementado:

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.

⁶⁹ SCHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 195.

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 cinqüenta 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.⁷⁰

Todo este avanço na aceitação e incorporação do instituto ao direito pátrio, notadamente pela jurisprudência, não ocorre e nem poderia ocorrer, de forma irrefletida. Este cenário de ampliação dos efeitos da responsabilidade civil, para além de suas tradições funções compensatória ou reparatórias e sancionatória ou punitiva do agente causador do dano, para acrescer uma terceira função punitiva mais relacionada à finalidade, de caráter sócio-educativa, de forma a dissuadir o autor do dano através de uma punição, deve ser objeto de reflexão e parcimônia, sob pena de fomento à "loteria das indenizações" de da indústria de indenizações.

Impróprio seria perder de vista o elemento central que motiva a aplicação da penalidade consistente na indenização punitiva. Não se há de banalizar as funções da responsabilidade civil, atribuindo indenizações para todos e quaisquer atos que possam ensejar danos extrapatrimoniais. Importa reconhecer as vantagens da

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma do STJ. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, unânime. Julgado em 03 ago. 2010, pub. em 24 ago. 2010, DJe.

adoção dos *punitives damages*, mas não de forma açodada até mesmo a reconhecer a criação de novos direitos subjetivos.

Recorrendo mais uma vez as preciosas lições de Martins-Costa e Pargendler,

Como regra geral, salvo lei em contrário, receber punitive damages não constitui 'direito subjetivo', antes dependendo da discricionariedade do júri. É bem verdade que, em algumas jurisdictions, quando há alegações e provas suficientes, os punitive damages são considerados 'direito subjetivo', sendo dever (duty) do júri concedê-los; porém, em outras, essa indenização é permitida, e não "devida". Também como regra geral, não pe possível a condenação em punitive damages por violação de um contrato, independentemente dos motivos que levaram o réu a fazê-lo, sendo seu domínio tão somente o que, em nossa tradição, denomina-se 'responsabilidade extracontratual' (law of tors). Em outras palavras, os punitive damages só podem ser concedidos na relação extracontratual quando invocadas circunstâncias subjetivas que assemelham à categoria continental do dolo, quais sejam: malice, wantonness, willfulness, oppression, fraud, entre outras. A mera negligência, na ausência das circunstâncias agravantes, não é razão suficiente para a condenação de punitive damages, porém, a gross negligence (negligência grave), em alguns estados, os enseja.⁷¹

Não se pode, pois, descuidar todavia do elemento central que motiva a aplicação dos *punitive damages*, qual seja, o ato voluntário malicioso, fraudulento e deliberadamente contrário ao interesse ou proteção dos direitos do lesado.

A visão de Anderson Schreiber⁷² é por demais esclarecedora a respeito,

No Brasil, como em outros países de tradição romano-germânica, vive-se uma situação claramente anômala, na qual os *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional da indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral. Assim, a doutrina amplamente majoritária sustenta um duplo caráter da reparação do dano moral: (i) a caráter compensatório, para assegurar o sofrimento da vítima; e (ii) o caráter punitivo para que o causador do dano, pela fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou.

Em pior cenário, embora contrariando previsão legal, há decisões em que a incorporação da indenização punitiva se faz com atribuição de seus efeitos, ou melhor, valores atribuídos a este título, à própria vítima e não aos fundos a que aludem a Lei 7.347/85, em seu artigo 13, o que afronta a natureza do instituto sob

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Marina Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive Damages e o Direito Brasileiro. **REVISTA CEJ**, V. 9 nº 28 jan/mar. Brasília, 2005. p. 18.

⁷² SCHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 211.

exame e permite, contrariando absurdamente os fundamentos da responsabilidade civil, notadamente quanto à vedação ao enriquecimento ilícito ou sem causa.

6.3 *Punitive Damages* e Seguro de Responsabilidade Civil

A esta altura, é de se indagar, ou mesmo afirmar com o faz Anderson Schreiber⁷³ se a “indenização punitiva não raro se mostra ineficaz em seu próprio intuito, uma vez que “na responsabilidade civil, nem sempre o responsável é o culpado e nem sempre o culpado é punido (porque ele pode ter feito um seguro)”.

Pelo o que vimos e expusemos, com a devida licença dos que assim suscitam e concluem, ousamos discordar e, com veemência afirmar que não. Que as garantias securitárias não se fazem úteis e viáveis aos *punitive damages*!

Se estes tem em sua essência a penalização do ofensor por conduta assaz reprovável, munida de malícia, do espírito desprezível da fraude ao direito de outrem e, no mais das vezes, do dolo, pela ganância e desprezo pela vida humana como se deu no caso *Ford Corporation v. Grimshaw*, não há de ser ter como coberto o dano atribuído a esta conduta.

Diversamente das indenizações decorrente da responsabilidade por danos provocados pela conduta involuntária, culposa (imprudência e negligência – na inteligência do artigo 186 do Código Civil), as indenizações punitivas ou *punitive damages* jamais poderão ser objeto da cobertura securitária justo por não trazerem em sua origem a involuntariedade que impera na raiz do contrato de seguro.

Se o ato é doloso, se não provém da aleatoriedade dos acontecimentos, ou seja, do risco, se é deliberadamente provocado pela vontade do causador e sua conduta será de tal modo reprovável e lesiva aos interesses do lesado, não há falar em incerteza, não há falar em cobertura securitária.

A regra esculpida no artigo 762 do Código Civil é, quanto a este ponto, intransponível. Por dedução compulsória, se o ato do segurado houver rompido a barreira da involuntariedade, por certo não estará albergado pelas garantias

⁷³ SCHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 213.

securitárias do seguro de responsabilidade civil. Tanto pelo dolo, como pelo agravamento voluntário do risco - artigo 768 do Código Civil-, resultarão ao segurado a perda da garantia. Logo, atentos ao conceito e objeto central dos *punitive damages*, que justamente os difere das indenizações por danos extrapatrimoniais em suas funções compensatória e dissuasória, é de se ter por ausente da garantia do seguro de responsabilidade civil o ônus pecuniário que advirá ao ofensor em casos tais.

Vem de Tzirulnik *et al*⁷⁴ a esclarecedora lição,

O ato doloso praticado durante a vigência de um contrato de seguro lícito pode ocorrer em face de terceiros e seguradora. Na primeira hipótese, não haverá cobertura para o evento; mais do que agravado, o risco foi permuta pela certeza. A segunda hipótese, além da ausência de cobertura, resolve o contrato, porque desaparecem a fidúcia e a boa-fé, que devem permear o comportamento das partes nos contratos em geral e, de forma intensa, no de seguro, em todas as suas fases.

Demais disto, em sendo um ato eivado de má-fé, de malícia e de dolo, estará, como visto antes, maculando dever de solidariedade e ferindo o contrato de seguro, como sobressai dos termos do artigo 765 do Código Civil, que obriga, sob pena de perder o direito à garantia, que tanto o segurado quanto o segurador a guardar durante toda a vida do contrato, e até mesmo na fase precontratual, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Acresça-se a estes argumentos o fato de que a fixação da indenização punitiva se dá em valores aleatoriamente estabelecidos pelo julgador, sem que se prenda à compensação dos danos extrapatrimoniais provocados por ato de seu causador, como também ao desestímulo da prática de tal ato, funções compensatória e dissuasória, sem que seja possível à técnica do seguro mensurar, em bases estatísticas e probabilísticas seus resultados. Não se pode perder de vista que o contrato de seguro tem em sua essência bases técnicas e atuariais que não podem ser relegadas a plano secundário.

⁷⁴ TZILRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro no novo código civil brasileiro**. São Paulo: EMTS, 2002. p. 61.

7 CONCLUSÃO

A adoção dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, da forma como se tem dado, por meio de decisões judiciais pouco ou nada fundamentadas, sem amparo e previsão legal, a par de estar em desacordo e em confronto com os mandamentos contidos nos artigos 884 e 944 do Código Civil, merece passar por uma criteriosa avaliação, de modo a serem respeitadas as raízes culturais de nosso sistema jurídico.

Admitindo-se, todavia, a inserção dos *punitive damages* no ordenamento jurídico, pois fático assim já ocorre em decisões judiciais esparsas, como vimos, e sendo esta, por sua natureza e criação, decorrente da constatação de ato gravemente reprovável, munido de malícia, do espírito desprezível da fraude ao direito de outrem e, em essência, doloso, a correspondente parcela pecuniária deferida em favor de fundos gestores de recursos advindos de condenações judiciais, o que se teria em última análise como correto, deverá sair diretamente do patrimônio do causador do dano, não podendo este se valer de eventual garantia securitária contratada no âmbito do seguro de responsabilidade civil.

O Seguro de responsabilidade civil, aliás, qualquer que seja a modalidade de seguro quanto ao risco, a predeterminação e a aleatoriedade, não se prestando a cobrir resultados danosos advindos de sinistro munidos de voluntariedade ou dolo. É, como visto, o que decorre da inteligência dos artigos 762, 765 e 768 do Código Civil, assim como de sua conjugação com o artigo 422, do qual se espelha o princípio da boa-fé objetiva.

Podemos, pois, ter como inapropriada e indevida a atribuição dos efeitos da aplicação dos *punitive damages* ao contrato de seguro de responsabilidade civil, posto que o montante indenizatório deferido a este título se dá de forma adicional àquele resultante das funções fundamentais da responsabilidade civil, funções compensatória e dissuasória, sendo e se revelando verdadeira penalização pecuniária ao ofensor em razão da gravidade do ato, da deliberada desconsideração dos valores maiores, dos valores da vida e ética, do dolo. Se assim o é, repita-se, afastada estará a garantia securitária para cobrir as consequências destes atos, pois

atos deliberados, praticados como resultado do custo benefício, *ex vi* do caso Ford Corporation v. Grimshaw (1981), dentre outros, pois a instituição SEGURO não coaduna com atos de tal natureza.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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.

ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Ano IX - nº 59 – Síntese. 2009.

BASSAN, Marcela Alcazas. **As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

BENJAMIM, Antônio Herman V. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 12. out./dez. 1994.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo, RT, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil – teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BORGES, Nelson. **Os contratos de seguro e sua função social**. A revisão securitária no novo Código Civil. São Paulo: RT, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 183.508/RJ**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, unânime, DJ 10/06/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de Instrumento **Nº 1.348.247** – Sp. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Pub. DJe 15 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma do STJ. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, unânime. Julgado em 03 ago. 2010, pub. em 24 ago. 2010, DJe.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 183.508 – RJ**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Pub. Dju 14 out. 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Avaliação do dano moral e discurso jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo Código Civil, volume XI**: das várias espécies de contrato, do seguro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro. Forense. 1994.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. V. II.

DICIONÁRIO DE SEGUROS. **Fundação Nacional de Seguros**. Rio de Janeiro, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2002.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil**: O Dano Social, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkin, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Monografia Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOURENÇO, Paula Meira. In: **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, agosto de 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. O contrato de resseguro e o princípio da partilha da álea. **Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil**, v. 1, nº 2. MP Editora. São Paulo, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Marina Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive Damages e o Direito Brasileiro. **REVISTA CEJ**, V. 9 nº 28 jan/mar. Brasília, 2005.

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

MELLO, Sérgio Barroso de. **Cadernos de Seguro – Pesquisa**. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana - uma leitura civil - constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PIMENTA, Melissa Cunha. **Seguro de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

PÓVOAS, Manuel Soares. **Na rota das instituições do bem-estar: seguro e previdência**. São Paulo: Green Forest do Brasil, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Ricardo Bechara dos. **Direito do seguro no cotidiano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SANTOS, Ricardo Bechara dos. **Direito do seguro no novo código civil e legislação própria**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação de Mestrado. 2011, p. 24-25. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano moral & punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

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

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil (Doutrina e Jurisprudência)**. São Paulo: AIDE, 1989.

TZILRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro no novo código civil brasileiro**. São Paulo: EMTS, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz. Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas>. Acesso em: 28 nov. 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Responsabilidade Civil e Reparação de Danos – Raízes históricas. Função e Objeto. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2006.