



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Dano Moral e Indenização Punitiva

Ana Carolina Gusmão de Souza Costa

Rio de Janeiro
2009

ANA CAROLINA GUSMÃO DE SOUZA COSTA

Dano Moral e Indenização Punitiva

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

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal
Prof. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro
2009

DANO MORAL E INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Ana Carolina Gusmão de Souza Costa

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

Resumo: A responsabilidade civil não se limita à função de reparar o dano, tendo também as funções de prevenção contra novos ilícitos e punição do ofensor. As funções de prevenção e punição são realizadas por meio da indenização punitiva, que consiste na soma em dinheiro concedida àquele que sofreu a lesão, em valor expressivamente superior à compensação do dano moral. A indenização punitiva tem origem no Direito Romano, mas foi nos Estados Unidos que o instituto se desenvolveu com maior profundidade. No Brasil, a sua aplicação é controvertida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Palavras chave: Responsabilidade Civil, Dano Moral e Indenização Punitiva.

Sumário: Introdução. 1. Noções Gerais sobre Responsabilidade Civil. 2. O Dano Moral. 3. Indenização Punitiva. 3.1. Histórico. 3.2. Análise Doutrinária e Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho, ora proposto, tratará sobre a indenização punitiva do dano moral, abordando as suas finalidades preventiva e punitiva.

A indenização punitiva é a soma em dinheiro concedida àquele que sofreu a lesão, em valor expressivamente superior à compensação do dano, buscando a punição do agente ofensor e a prevenção contra a prática de novos ilícitos.

Inicialmente, serão apresentadas noções gerais sobre a responsabilidade civil, que deve ser entendida como um sistema complexo, dotado de finalidades que não se esgotam na mera função reparatória. Segundo doutrina e jurisprudência, a responsabilidade civil tem também função preventiva e punitiva.

Além disso, nessa parte inicial, serão vistos os elementos da responsabilidade civil: a conduta ou atividade, o nexo causal e o dano. O dano consiste na lesão a um bem jurídico, tanto patrimonial quanto extrapatrimonial. O que nos interessa neste trabalho é o dano moral, que é espécie de dano extrapatrimonial.

A reparabilidade do dano moral está garantida no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Busca-se, no trabalho, trazer o conceito de dano moral, sob uma perspectiva civil-constitucional. O dano moral não pode ser mais entendido como a dor, vexame, humilhação ou constrangimento decorrente do ato ilícito. Após a Constituição Federal de 1988, o dano moral é aquele que decorre da violação à dignidade da pessoa humana.

Abordadas estas questões preliminares, passa-se ao tema propriamente dito, que é a indenização punitiva do dano moral. Objetiva-se explicar que a indenização por danos morais não tem apenas o objetivo de compensar o dano causado à vítima, servindo também como prevenção contra a prática de novos ilícitos e como punição do ofensor.

Será apresentada a evolução histórica da indenização punitiva, que tem origem no Direito Romano e se desenvolveu com maior profundidade no direito norte-americano.

Por fim, serão abordados os posicionamentos doutrinários contra e a favor da indenização punitiva, bem como a jurisprudência brasileira sobre o tema.

1. NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um sistema complexo dotado de várias finalidades. Por isso, não se pode entender a reparação do dano como sua única função.

Doutrina e jurisprudência defendem que a responsabilidade civil, além da função reparatória, possui também função preventiva e punitiva. Esse alargamento do papel desempenhado pela responsabilidade civil decorre da necessidade de dar à vítima e à sociedade uma resposta satisfatória, o que não é alcançado somente com a reparação do dano sofrido. A função reparatória se mostra insuficiente, quando, por exemplo, é mais lucrativo para o ofensor reparar o dano do que deixar de praticar o ilícito civil.

ANDRADE (2006) afirma que há uma mudança de paradigma nos domínios da responsabilidade civil. Explica que a idéia tradicional em nosso direito de que a função da responsabilidade civil se limita à reparação do dano foi superada. Hoje, principalmente nos casos em que é atingido um direito da personalidade, entende-se que a responsabilidade civil não tem apenas o papel de reparar o dano, mas também o de punir o ofensor e prevenir outros ilícitos.

Mas isso não retira a importância da função reparatória para a responsabilidade civil. Na reparação do dano, lança-se um olhar sobre a vítima, não sendo consideradas a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade de sua culpa, a sua condição econômica ou quaisquer outras circunstâncias que lhe digam respeito.

O dever de reparar o dano está previsto no artigo 927, do Código Civil. Segundo o referido dispositivo, “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem é obrigado a repará-lo”. É possível extrair-se do artigo 927 os três elementos da responsabilidade civil: conduta ou atividade, nexo de causalidade e dano.

A conduta ou atividade é o próprio ato ilícito causador do dano. Enquanto a conduta é praticada pela pessoa física, a atividade é exercida pela pessoa jurídica. O ato ilícito está definido no artigo 186, do Código Civil. Conforme o referido dispositivo, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Trata-se de cláusula geral que combinada com o artigo 927, do Código Civil, denota a consagração da responsabilidade civil subjetiva como regra geral.

Como o ilícito civil é definido por uma cláusula geral, ao intérprete é dada uma maior liberdade de adaptar a norma ao caso concreto. Por isso, diz-se que no Direito Civil vigora o princípio da atipicidade do ilícito, diferentemente do Direito Penal.

O artigo 187, do Código Civil, prevê a figura do abuso de direito, também considerada ato ilícito. Segundo o referido dispositivo, o direito é exercido de forma abusiva, quando excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito é objetiva, ou seja, independe da culpa.

Outro elemento da responsabilidade civil é o nexo de causalidade que consiste na relação de causa e efeito entre a conduta ou atividade e o dano. No caso de multiplicidade de causas para a ocorrência do dano, deve-se precisar qual delas é a causa real do resultado. Para resolver o problema adotamos a teoria da causalidade adequada, elaborada por *von Kries*, segundo a qual causa é o antecedente que concorreu concretamente para o resultado e que, em abstrato, é adequado à produção dele.

O terceiro elemento da responsabilidade civil é o dano que consiste na lesão a um bem jurídico, tanto patrimonial quanto extrapatrimonial. O que nos interessa neste trabalho é o dano moral, que é espécie de dano extrapatrimonial.

2. DANO MORAL

A reparabilidade do dano moral já foi discutida. Hoje esta controvérsia não tem mais lugar, já que a indenização do dano moral foi garantida no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

O dano moral é tradicionalmente definido como a dor, vexame, humilhação, constrangimento ou qualquer outra sensação dolorosa experimentada pela pessoa, decorrente do ato ilícito. Mas após a Constituição Federal de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CRFB), o dano moral deve ser visto de outra maneira.

À luz da Constituição vigente, o dano moral é aquele que decorre da violação aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana. São defensores dessa nova concepção do dano moral MORAES (2003) e CAVALIERI FILHO (2007).

O Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira, na apelação cível nº 0012026-44.2008.8.19.0002 (2009.001.59032), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ressalta que, tecnicamente, dano moral não é dor, vexame ou humilhação. Com efeito, o dano moral nada tem que ver com sentimentos tão subjetivos, voláteis e mutáveis de indivíduo para indivíduo, ou para uma mesma pessoa. O Desembargador ainda salienta que esse caráter subjetivo, que,

vulgarmente, associa-se ao dano moral, não se presta ao ideal de Justiça e gera profunda insegurança jurídica.

Mas, no Superior Tribunal de Justiça, ainda é possível encontrar muitas decisões que fazem referência à concepção antiga do dano moral. No REsp 361.415, por exemplo, o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu que, na hipótese, não houve dano moral, pois o ilícito praticado não foi capaz de causar sofrimento à vítima, gerando mero dissabor. O mesmo entendimento pode ser encontrado no REsp 898.005/RN e no REsp 628.854/ES.

O Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira, relator na apelação cível nº 0012026-44.2008.8.19.0002 (2009.001.59032), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, faz uma crítica ao entendimento que exclui o dano moral no caso de mero dissabor. Para o Desembargador, tal entendimento é anômalo, pois cria um limite mínimo de ressarcibilidade de danos morais, vale dizer, passa-se a ter por premissa que um dano moral pequeno não é ressarcível, mas apenas aqueles consideráveis, tomados como tais os que atravessem a incerta fronteira do “mero aborrecimento” e alcançam a “dor, vexame e humilhação”. Essa anomalia assume, ademais, contornos de verdadeira subversão da ordem jurídica, quando se leva em conta que os danos patrimoniais não se sujeitam a tal tipo de limite, e nem poderiam: o dano patrimonial de um real merece ressarcimento tanto quanto o de um milhão de reais.

Na nova perspectiva civil-constitucional, o dano moral não está ligado a uma reação psíquica da vítima, consistindo na violação aos direitos da personalidade, que são protegidos pelo valor constitucional da dignidade da pessoa humana. Eventual dor ou sofrimento experimentado pela vítima será consequência do dano. Com ele não se confundido.

A rigor, a indenização por dano moral trata-se mais de uma compensação do que propriamente de ressarcimento como no dano material, até porque o dano moral não é suscetível de ser avaliado em termos pecuniários, em sua precisa extensão.

Prevalece a orientação de que o dano moral prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se, *in re ipsa*, por força do simples fato da violação aos direitos da personalidade. Assim, não é necessária a prova do dano moral, mas apenas do ato ilícito causador do dano.

Um das dificuldades na reparabilidade do dano moral é o seu arbitramento. Em razão do seu caráter extrapatrimonial, a fixação do valor apto à compensação dos danos morais tem se mostrado, e continuará se revelando, uma das mais complexas tarefas a cargo do Poder Judiciário.

Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor. Por esse motivo, o Superior Tribunal de Justiça exerce controle sobre o valor das indenizações por dano moral, de modo a garantir que seja fixado com razoabilidade. O controle das indenizações também evita a chamada jurisprudência lotérica, ou seja, a falta de uniformidade dos valores fixados a título de danos morais.

3. INDENIZAÇÃO PUNITIVA

As funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil se realizam por meio da indenização punitiva, que consiste na soma em dinheiro conferida à vítima, em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano moral.

Com efeito, a indenização por danos morais não tem apenas o objetivo de compensar o dano causado à vítima, servindo também como prevenção contra a prática de novos ilícitos e como punição do ofensor.

O papel de punir não é mais exclusivo do Direito Penal. Com a indenização punitiva, essa função passa a ser também da responsabilidade civil, matéria sujeita ao juízo cível.

A indenização punitiva não se confunde com a indenização compensatória. Enquanto a primeira busca a prevenção contra novos ilícitos e a punição do ofensor, a segunda busca somente a compensação do dano.

MARTINS-COSTA e PARGENDLER (2005) afirmam que a indenização punitiva ganha espaço no cenário nacional, pois é instrumento apto a coibir danos causados por empresas que auferem lucro, colocando no mercado um grande número de produtos danosos, mesmo com o custo da indenização paga às vítimas que ingressam em juízo buscando o ressarcimento pelos danos sofridos.

Mas a indenização punitiva não pode ser acolhida livremente pela jurisprudência brasileira, sem a observância de critérios e condições que justificam a aplicação desse instituto.

4. HISTÓRICO

A indenização punitiva tem origem no Direito Romano, no qual havia, de um lado, o ressarcimento ou reparação do dano e, de outro, como substitutivo da vingança privada, a pena privada.

A reparação do dano era feita nos exatos limites do prejuízo, levando-se em conta apenas o dano sofrido pela vítima, e tinha o objetivo de neutralizar os efeitos do ilícito. A pena privada, diferentemente, tinha caráter punitivo e sua aplicação resultava da prática de determinadas condutas lesivas a interesses privados, denominadas de *delictum*. O *delictum* se diferenciava do *crimen*, que era punido com uma pena pública.

Enquanto a pena privada era tratada pelo Direito Civil, a pena pública era própria do Direito Penal. As penas privadas eram aplicadas em razão da prática de delitos privados contra a pessoa e seus bens. Já as penas públicas eram impostas àqueles que praticassem delitos públicos, ou seja, infrações contra o Estado e a paz do reino.

Diante de um delito privado, não cabia ao Estado a punição do ofensor, mas era assegurado à vítima o direito de intentar a *actio poena privata* para obter a condenação do ofensor ao pagamento de uma determinada quantia, como pena privada. Repare que a condenação tem caráter punitivo e não ressarcitório. A punição consistia numa diminuição do patrimônio do ofensor, correspondente ao dobro, triplo ou quádruplo do valor do dano.

Ao contrário da *actio poena privata*, as *actiones rem persequentes* buscavam a reparação do dano, restaurando a situação anterior à lesão.

A pena privada romana passou a ser vista como uma forma remanescente de barbárie das civilizações mais remotas, não sendo mais adotada nos países europeus e latino-americanos. Nesses países de tradição romanista, houve um processo de despenalização da responsabilidade civil, que ficou limitada à função ressarcitória. O mesmo não ocorreu no Direito anglo-saxão.

Na tradição anglo-saxônica, a pena privada teve um destino diferente. A indenização múltipla, que surgiu no Direito Romano, equivalente ao dobro, triplo, ou quádruplo do dano, foi adotada pelos ingleses no *Statute of Councester*, em 1278.

No século XVIII, foi criada a doutrina dos *punitive damages*, que, além de compensar o prejuízo intangível sofrido pelo lesado, puniam a conduta ilícita do ofensor. As grandes somas concedidas à vítima tinham como justificativa a compensação por *mental suffering*, *wounded dignity* e *injured feelings*.

No século XIX, a função de compensar os danos intangíveis foi transferida para o conceito de *actual damages*, de forma que aos *punitive damages* restaram apenas as funções de punir e de servir como exemplo (*punishment* e *deterrence*). Assim, o foco nos *punitive damages* passou a ser a conduta do agressor e não mais o dano.

Apesar de hoje os *punitive damages* serem aplicados nos Estados Unidos também para danos patrimoniais e com função de exemplariedade, na sua origem eles se restringiam ao dano extrapatrimonial e à função punitiva.

No direito norte-americano, os *punitive damages* só podem ser concedidos pelo Júri quando houver dolo do ofensor. Em regra, os atos culposos não ensejam *punitive damages*, salvo quando a sua reprovabilidade se aproxima dos atos dolosos.

Os *punitive damages* não constituem direito subjetivo da vítima, podendo ser concedidos ou não pelo Júri. Mas em algumas *jurisdictions* norte-americanas, quando há provas suficientes, os *punitive damages* são considerados dever do júri.

No caso de inadimplemento contratual, não se aplicam os *punitive damages*, sendo cabíveis, tão somente, no âmbito da resposanbilidade extracontratual (*law of torts*). Também não se aplicam os *punitive damages* em sede de responsabilidade objetiva, pois, nessa seara, não se discute dolo.

Em razão dos abusos cometidos pelo Júri, a Suprema Corte fixou parâmetros para minorar as indenizações milionárias concedidas com base no instituto dos *punitive damages*, considerando que a indenização que foge à razoabilidade afronta a *due process clause*.

Assim, a Suprema Corte fixou três diretrizes para a fixação dos *punitive damages*: o grau de reprovabilidade da conduta do réu, a diferença entre o dano sofrido pela vítima e os *punitive damages* e a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis impostas em casos semelhantes.

No caso *Honda Motors Corp. x Karl Oberg* (1994), a Corte do Estado norte-americano de Oregon tinha fixado uma indenização de US\$ 1.000.000,00 por *compensatory damages*, incrementada em cinco vezes mais por *punitive damages*. A Suprema Corte entendeu que o sistema de *punitive damages* do Estado de Oregon violava o devido processo legal por proibir os juízes de reduzir as indenizações fixadas pelo Júri. Neste caso, a Suprema Corte reafirmou a necessidade de controle dos *punitive damages*.

Percebe-se que, nos Estados Unidos, os *punitive damages* não podem ser aplicados ao puro arbítrio do Júri, havendo parâmetros para tanto fixados pela Suprema Corte.

O Desembargador Ismenio Pereira de Castro, relator na apelação cível nº 0005259-85.2007.8.19.0014 (2008.001.64023), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirma que a grande discussão que hoje se trava no âmbito do direito norte-americano diz respeito à legitimidade do júri para fixar o *quantum debeatur* referente aos *punitive damages* nas indenizações por danos morais.

O que se alega é que o júri somente deveria ter competência para analisar a ocorrência do dano, excluindo das suas atribuições a de fixar o valor da indenização. Os doutrinadores norte-americanos sustentam algumas medidas a serem adotadas em substituição ao atual sistema, dentre as quais: o arbitramento da indenização pelo próprio magistrado aproximando-se do sistema adotado no Brasil – e seleção pelo magistrado de precedentes semelhantes para que o júri pudesse escolher entre o mais adequado ao caso concreto.

5. ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

MARTINS-COSTA e PARGENDLER (2005) afirmam que a melhor tradução para o português do termo *punitive damages* é indenização punitiva e não dano punitivo como entendem alguns. A indenização punitiva é a soma em dinheiro concedida àquele que sofreu a lesão, em valor expressivamente superior à compensação do dano, buscando a punição do agente ofensor e a prevenção contra a prática de novos ilícitos.

No Brasil, a discussão sobre as funções punitiva e exemplar da responsabilidade civil cinge-se à indenização do dano moral. Repise-se que, nos Estados Unidos, diferentemente, os *punitive damages* também se aplicam aos danos patrimoniais.

Deve-se distinguir a indenização de caráter compensatório da indenização punitiva. A primeira é arbitrada pelo juiz, levando em conta o dano e a posição da vítima. A segunda é fixada visando exclusivamente à imposição de pena, em razão da conduta reprovável do ofensor.

Inicialmente, entendia-se que não era possível o ressarcimento do dano moral. Por não se admitir a indenização compensatória, criou-se a indenização punitiva como uma forma de amparar o lesado.

Firmada a idéia da reparabilidade do dano moral, a função da indenização passou a ser meramente reparatória perdendo a sua primitiva vinculação com a punição. Esta passou a ser concedida em caráter excepcional a depender do dolo do agente ofensor e da reprovabilidade de sua conduta, que justificavam a fixação de uma indenização superior ao necessário para a compensação do dano.

Verifica-se que, inicialmente, havia uma confusão entre a indenização compensatória e punitiva, o que não ocorre hoje, tratando-se de duas indenizações completamente distintas.

O instituto da indenização punitiva ganha importância no Brasil, já que a simples reparação do dano moral se mostra insatisfatória na solução de diversos conflitos, como, por exemplo, no caso em que o ofensor, mesmo após a reparação do dano que causou, auferiu benefício econômico com o ilícito praticado ou quando o ofensor encara a reparação do dano como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir a praticá-lo.

Embora haja por parte da doutrina e da jurisprudência uma ampla aceitação da indenização punitiva, existe posicionamento em sentido contrário, entendendo que a sua aplicação não encontra guarida no Direito brasileiro. A matéria é, pois, controversa.

Para MARTINS-COSTA e PARGENDLER (2005) a indenização punitiva não tem previsão constitucional. Já ANDRADE (2006) defende que a indenização punitiva tem fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

MORAES (2003) dedica um capítulo de sua obra, intitulada “Danos à Pessoa Humana”, ao caráter punitivo do dano moral. A autora coloca a indenização punitiva como uma figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal. Em seu livro, encontramos algumas críticas ao instituto. A primeira delas é que a indenização punitiva, se deixada ao arbítrio do juiz, viola o princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Para a autora, os critérios de fixação da indenização punitiva devem ser estabelecidos pelo legislador, assim como as garantias processuais próprias do juízo punitivo.

Outra crítica feita por MORAES (2003) é que haveria um *bis in idem* ao se punir a mesma conduta nas esferas civil e penal. A autora adverte que boa parte dos atos ilícitos que ensejam danos morais são também crimes. Haveria, então, um *bis in idem* já que a conduta

punida na esfera penal, também seria punida, na esfera civil, com o caráter punitivo que se pretende dar à indenização por dano moral.

MORAES (2003), ainda, defende que a indenização punitiva só pode ser concedida em hipóteses excepcionais e expressamente previstas em lei. Além disso, a punição só deve ser aplicada em situações particularmente sérias. São hipóteses em que a indenização punitiva poderá ser aplicada: quando se trate de conduta ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, prática danosa reiterada ou em situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas. Nesses casos, o valor a maior da indenização, em razão de seu caráter punitivo, não deve ser revertido em favor do autor da ação, mas em favor de um número maior de pessoas, pelo depósito do valor em fundos já especificados, como aquele previsto na Lei 7.347/85.

MARTINS-COSTA e PARGENDLER (2005) sustentam que não é preciso invocar o instituto dos *punitive damages* para conferir caráter punitivo e exemplar ao dano moral. Para as autoras, a regra do artigo 944, do Código Civil, segundo a qual, a indenização é medida pela extensão do dano, aplica-se somente aos danos patrimoniais. A extensão dos danos morais, por sua vez, não tem como ser mensurada.

Por não se aplicar o artigo 944 aos danos morais, a sua fixação resulta de uma ponderação do juiz, o que traduz uma grande flexibilidade do sistema no que tange à responsabilidade pelo dano extrapatrimonial. Essa flexibilidade, segundo as autoras, permitiria ao juiz elevar a indenização, para que ela cumpra com as suas finalidades punitiva e preventiva. Esse caráter punitivo da indenização do dano moral não se confunde com o instituto dos *punitive damages*.

Na apelação cível nº 70013361043, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o relator, Desembargador Artur Arnildo Ludwig, segue a posição de MARTINS-COSTA e PARGENDLER (2005), diferenciando o caráter punitivo do dano moral da indenização

punitiva. Explica que, no Brasil, temos critérios para tornar a quantificação do valor da indenização o mais objetivo possível, e dentre esses critérios está justamente o caráter punitivo. Para o Desembargador, não se confundem o caráter punitivo do dano moral com o instituto dos *punitive damages*.

Posicionamento contrário à indenização punitiva é o do Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira, relator na apelação cível nº 0012026-44.2008.8.19.0002 (2009.001.59032), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entendendo que o arbitramento da compensação do dano moral deve levar em conta os princípios da proporcionalidade, da reparação integral e da vedação ao enriquecimento sem causa. Para o Desembargador, tais princípios demonstram a inadequação da doutrina estadunidense dos *punitive damages*, por ser completamente incompatível com o sistema brasileiro da responsabilidade civil.

Já o Desembargador Nagib Slaibi, relator na apelação cível nº 0336530-44.2008.8.19.0001 (2009.001.59366), do TJ-RJ, é a favor da indenização punitiva. O Desembargador acompanha o entendimento de ANDRADE (2006) no sentido de que, no Brasil, a indenização por dano moral, em muitos casos, deve assumir caráter punitivo. A indenização com função punitiva já é, de há muito, reconhecida no sistema do *Common Law*, que consagra a doutrina dos *exemplary damages* ou *punitive damages*, que constituem uma indenização outorgada em adição à indenização compensatória (*actual damages* ou *compensatory damages*) quando o ofensor agiu com culpa consciente, malícia ou dolo.

O Desembargador Ismenio Pereira de Castro, relator na apelação cível nº 0005259-85.2007.8.19.0014 (2008.001.64023), do TJ-RJ, afasta os argumentos contrários à indenização punitiva. Primeiramente, o fato de ter sido vetado o artigo 16, do Código de Defesa do Consumidor, que previa uma multa civil, espécie de versão brasileira dos *punitive damages*, não impede a adoção da indenização punitiva como critério de arbitramento da indenização por dano moral. Para o Desembargador, o referido veto fundou-se na ausência de

previsão da destinação e finalidade da multa civil, e não na impossibilidade de se adotar o caráter punitivo como critério indenizatório.

O argumento referente à falta de previsão legal da indenização punitiva também foi afastado pelo Desembargador Ismenio Pereira de Castro, pois o caráter pedagógico-punitivo é ínsito ao próprio instituto do dano moral, sendo impossível desvinculá-lo do caráter reparatório.

O Desembargador Ismenio Pereira de Castro afirma, ainda, que a doutrina mais moderna ao se debruçar nos estudos do dano moral sustenta que a adoção da indenização punitiva é plenamente possível em hipóteses em que a conduta perpetrada pelo ofensor seja ultrajante ou insultuosa ao homem médio, possuindo um viés de repugnância, e, ainda, nos casos em que a conduta seja capaz de provocar danos a um grande número de pessoas.

Em sentido contrário, o Desembargador Osvaldo Stefanello, relator na apelação cível nº 70018626622, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sustenta que o instituto norte-americano dos *punitive damages* não pode ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, que se atém a avaliar a extensão do dano e sua compensação, procurando nunca extrapolar o real prejuízo sofrido pela vítima, seja ele material ou moral. Para o Desembargador, a regra do artigo 944 do Código Civil aplica-se aos danos morais, o que inviabiliza a indenização punitiva no Brasil. Cumpre salientar que esse entendimento é minoritário.

Apesar das críticas, a indenização punitiva encontra-se disseminada na jurisprudência brasileira.

Existem pressupostos para a aplicação da indenização punitiva. O primeiro deles é a existência do dano moral. No Brasil, como bem salienta o Ministro Ari Pargendler, no REsp. 447.431, a indenização por danos materiais não tem função punitiva. Isso porque, com base no art. 944, do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano. Esse dispositivo aplica-se exclusivamente ao dano patrimonial, já que o dano extrapatrimonial não é suscetível

de ser avaliado em sua precisa extensão. Assim, só é cabível indenização punitiva, quando houver ofensa à dignidade da pessoa humana, configurando-se o dano moral.

Já que o artigo 944 não se aplica à indenização por dano moral, nessa seara é possível a indenização punitiva. Ademais, ANDRADE (2006) afirma que a indenização punitiva tem fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Outro requisito para a aplicação da indenização punitiva é a culpa grave do ofensor. Na indenização de caráter compensatório, não se avalia o grau de culpa, atendo-se apenas ao dano sofrido pela vítima. Na indenização punitiva, por outro lado, é fundamental a análise do grau de culpa do agente, já que a ele será imposta uma punição.

A aplicação da indenização punitiva deve-se restringir aos casos de dano moral decorrente de dolo, quando o ilícito é praticado com intenção lesiva, ou culpa grave, quando há o desprezo ou indiferença pelo direito alheio. Nesses casos é que se mostra relevante a função dissuasória da responsabilidade civil, que incute no ofensor a idéia de que a prática do ato ilícito não compensa. Assim, opera-se a prevenção contra outros ilícitos.

O dolo é a consciência e a vontade dirigida à produção do resultado lesivo. O agente que age com dolo quer o resultado (dolo direto) ou assume o risco de produzi-lo (dolo eventual). A conduta dirigida intencionalmente à produção do dano merece uma resposta mais áspera.

A culpa grave, por sua vez, decorre da imperícia, negligência ou imprudência grosseira. Neste caso, o agente atua sem a mínima cautela. A culpa grave não se confunde com a culpa consciente, na qual o agente deixa de observar a diligência a que estava obrigado, prevê um resultado, mas confia convictamente que ele não ocorra. Já na culpa grave não é necessária a previsão da ocorrência do resultado, sendo suficiente a inobservância do dever mínimo de cuidado.

Existem duas teorias que explicam a culpa. A teoria subjetiva ou psicológica entende a culpa como violação de um dever por uma manifestação de vontade livre e consciente. Outro elemento fundamental para culpa, segundo esta concepção, é a previsibilidade do resultado. Essa teoria não é adequada, pois confunde a culpa com o dolo. Além disso, segundo essa visão de culpa, a conduta culposa só decorreria de violação da lei ou do contrato, o que nem sempre acontece.

A teoria subjetiva foi substituída pela teoria normativa. Para teoria normativa, a idéia de culpa se baseia no erro de conduta, consistente na violação de uma norma específica, legal ou contratual, ou do dever jurídico genérico proveniente do *neminem laedere*, denominado “dever geral de não lesar ninguém”. A culpa seria um desvio do modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média, isto é, a ação ou omissão que não teria sido praticada por pessoa prudente, diligente e cuidadosa. A intenção do agente não tem relevância. Essa noção permite a gradação da culpabilidade do agente, abrindo espaço à elaboração de um juízo de proporcionalidade entre a conduta e o dano e, portanto, à individualização da sanção.

A culpa pode ter dois graus: a) culpa leve consistente na violação de diligência normal, comum; b) culpa grave que ocorre quando há violação da diligência mínima.

Para a aplicação da indenização punitiva, exige-se que tenha havido culpa grave por parte do agente ofensor. Às vezes, um ato, por si só, não configura culpa grave. Mas como ele está inserido em um conjunto de atos que integram um padrão de comportamento culposo, havendo reiteração da conduta reprovável, acaba por caracterizar a culpa grave. É o caso das empresas que figuram como réis em inúmeras ações indenizatórias, nas quais se discute a reparação do dano sofrido pelo consumidor.

Quando o ofensor obtém lucro com o ato ilícito, deve ser aplicada a indenização punitiva, independentemente da existência de dolo ou culpa grave. Nesses casos, a

indenização punitiva se justifica diante da insuficiência da indenização reparatória como resposta ao ilícito praticado. É necessário o restabelecimento do imperativo ético que permeia a ordem jurídica, o que só será alcançado com a indenização punitiva.

Deve ser aplicada a indenização punitiva também nas hipóteses em que o ofensor, embora tenha praticado conduta reprovável, demonstra menosprezo quanto ao resultado danoso, ainda que, no caso concreto, o ofensor não tenha percebido um benefício econômico derivado do ilícito.

Nas relações de consumo, em que são frequentes os ilícitos praticados pelo fornecedor de produtos ou prestador de serviços, a indenização punitiva funciona como um instrumento de proteção do consumidor hipossuficiente.

O fornecedor de produtos ou prestador de serviços tem como principal objetivo a obtenção de lucro. Na persecução desse objetivo, preferem arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, em vez de investir em mecanismos de prevenção, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços.

Para impedir que o ofensor obtenha lucro prejudicando o consumidor, é essencial a aplicação da indenização punitiva. Desta forma, torna-se mais interessante para o fornecedor de produtos ou prestador de serviços tomarem as medidas necessárias para impedir o dano do que ter que pagar uma alta quantia em dinheiro para o consumidor. Neste ponto, a indenização punitiva busca a proteção do consumidor hipossuficiente e a manutenção do equilíbrio das relações de consumo.

Nas hipóteses de culpa leve e responsabilidade objetiva não é cabível a indenização punitiva. Nesses casos só deve ser aplicada a indenização compensatória, equivalente ao dano sofrido pela vítima.

A exclusão dos casos em que se imputa ao agente ofensor uma culpa leve demonstra a natureza excepcional da indenização punitiva que só pode ser aplicada nos casos em que o dano decorrer de conduta especialmente reprovável do agente ofensor.

Quando o agente ofensor, mesmo depois de pagar a indenização compensatória, auferir benefícios em razão do ato lesivo, aplica-se a indenização punitiva, ainda que o dano tenha sido resultado de uma culpa leve.

Se a responsabilidade é objetiva, ou seja, independente de culpa, também não se aplica, em regra, a indenização punitiva, que depende da análise da culpa do agente ofensor. Nesse caso, só é possível a indenização compensatória, compatível ou equivalente ao dano causado.

Mas nada impede que, em caso de responsabilidade objetiva, aplique-se a indenização punitiva. Isso ocorrerá, quando ficar comprovado o dolo ou culpa grave por parte agente ofensor.

Para MARTINS-COSTA e PARGENDLER (2005), não é possível a aplicação da indenização punitiva nos casos de responsabilidade objetiva. Para as autoras, indenização de caráter compensatório é cabível seja a responsabilidade subjetiva ou objetiva. Já a indenização punitiva, que pressupõe a existência do elemento subjetivo, só é possível no caso de responsabilidade subjetiva. As autoras lembram que no Direito Penal não existe responsabilidade objetiva. Então, para aplicação de punição na seara da responsabilidade civil, também não se pode responder objetivamente.

Contudo, há casos de responsabilidade objetiva em que é possível a perquirição da culpa. Nas ações em que se discute uma relação de consumo, por exemplo, quase sempre é possível constatar a má prestação de serviço. Nesses casos, mesmo a responsabilidade sendo objetiva, é possível a aplicação de indenização punitiva, pois, configurada a má prestação de serviço, estará presente a culpa. Para a compensação do dano moral sofrido pelo consumidor,

não é preciso investigar a culpa do fornecedor de produtos ou prestador de serviços. Mas a culpa deve ser analisada para a fixação da indenização punitiva. Configurada a má prestação de serviço, estará configurada a culpa. Mas para ensejar a aplicação da indenização punitiva deve se tratar de dolo ou culpa grave.

A indenização punitiva tem duas finalidades: a prevenção e a punição. A punição é dada por meio de quantia em dinheiro que deve ser paga pelo ofensor à vítima em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano. Aplica-se a punição levando em consideração a reprovação da conduta do ofensor. Já na indenização compensatória, o montante é fixado com base no dano sofrido pela vítima.

O valor da punição deve ser analisado em cada caso concreto, o que permite a individualização da punição, à semelhança do que ocorre no Direito Penal. Isso nada mais é do que aplicação do princípio constitucional da isonomia. Só assim é possível fazer justiça em cada caso concreto.

Outra finalidade da indenização punitiva é a prevenção contra outros ilícitos. Na verdade, a própria punição tende a inibir e, portanto, prevenir a prática de novos ilícitos. A finalidade preventiva ou dissuasória é relevante, quando a indenização compensatória não é suficiente para convencer o ofensor a não mais praticar o ato lesivo. Assim, incrementa-se a indenização além do necessário para a compensação do dano, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo.

Com isso, impede-se que a reparação se torne um preço que o ofensor está disposto a pagar para praticar o ilícito e reforça-se a imperatividade da ordem jurídica, levando o ofensor ao cumprimento de seus deveres jurídicos específicos e até mesmo genéricos, como o *neminem laedere*, este consistente no dever geral de não lesar ninguém. A dignidade da pessoa humana também é preservada, não se deixando prevalecer os interesses econômicos em jogo.

Outro papel importante da indenização punitiva é impedir o lucro ilícito do ofensor. A indenização compensatória às vezes não é suficiente para eliminar a vantagem obtida pelo ofensor com a prática do ato ilícito que, por isso, se torna um bom negócio. Nessas circunstâncias deve-se aplicar a indenização punitiva, evitando-se que o ofensor se beneficie de sua própria torpeza.

Na aplicação da indenização punitiva, três critérios devem ser observados: o grau de culpa do ofensor, a condição econômica do responsável pela lesão e o enriquecimento obtido com o fato ilícito. Ainda deve ser observado o princípio da proporcionalidade. Só assim a indenização punitiva será um mecanismo eficiente de controle social.

O Ministro Carlos Fernando Mathias do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 401.358, do qual foi relator, ressaltou que a aplicação irrestrita do instituto dos *punitive damages* encontra óbice no artigo 884, do Código Civil de 2002, que veda o enriquecimento sem causa. Observou, ainda, que para a fixação do valor da indenização por danos morais devem ser consideradas as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Oportuno observar que o Superior Tribunal de Justiça pode rever o valor fixado a título de reparação por danos morais, quando se tratar de valor exorbitante ou ínfimo.

Na apelação cível nº 0123781-52.2003.8.19.0001 (2009.001.56835), a Desembargadora Maria Augusta Vaz explica que a razoabilidade na fixação da indenização punitiva é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda certa proporcionalidade. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do

causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

De fato, a indenização punitiva vem sendo exageradamente aplicada pelos magistrados brasileiros, como se fosse cabível em qualquer caso. Essa aplicação irrestrita acaba por esvaziar o instituto, que perde a sua finalidade de punição. Deve-se sempre lembrar que a indenização punitiva só pode ser aplicada nos casos em que a conduta do agente é reprovável, ou porque agiu dolosamente ou porque ficou configurada a culpa grave.

Nesses casos excepcionais em que a indenização punitiva deve ser aplicada, melhor seria que o magistrado separasse o *quantum* referente à reparação, do *quantum* referente à punição. Assim, o ofensor saberia os exatos limites de sua punição, o que facilitaria a sua ampla defesa.

Isso não é o que normalmente ocorre. Nas condenações ao pagamento de indenização por danos morais, os magistrados fixam um único valor referente à compensação do dano e à punição do agente ofensor. Isso viola o direito a ampla defesa do ofensor e acaba por tornar a punição ineficaz.

CONCLUSÃO

Embora haja controvérsia na doutrina e jurisprudência, o instituto da indenização punitiva é aceito no Brasil, uma vez que o artigo 944, do Código Civil, não se aplica à indenização por dano moral. Assim, o ofensor pode ser condenado ao pagamento de valor expressivamente superior à compensação do dano moral, com as finalidades de prevenção e punição.

A indenização punitiva só é admitida em casos excepcionais, quando restar comprovado o dolo ou a culpa grave do agente ofensor. Ela não se aplica quando houver culpa leve do ofensor ou quando for caso de responsabilidade objetiva.

Ressalte-se que, mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, é cabível, excepcionalmente, a indenização punitiva, se for possível apurar o dolo ou culpa grave do ofensor.

Por fim, o valor da indenização punitiva deve ser fixado pelo magistrado em separado, não se confundindo com o valor da reparação do dano moral. Desta forma, a punição fica mais evidente, cumprindo melhor com suas finalidades. Assim, também se assegura o direito a ampla defesa do réu, já que ele sabe os exatos limites da sua punição.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Maria Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva* (punitive damages e o direito brasileiro). *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília. n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direitos das Obrigações*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.