



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Dano Moral Punitivo no Direito Brasileiro – Aplicação e Destinação da
Verba Punitiva

Carlos Eduardo Pimentel das Neves Reis

Rio de Janeiro
2011

CARLOS EDUARDO PIMENTEL DAS NEVES REIS

O Dano Moral Punitivo no Direito Brasileiro – Aplicação e Destinação da Verba Punitiva.

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

Orientadores: Prof^a. Kátia Araújo

Prof^a. Néli L. C. Fetzner

Prof^a. Mônica Areal

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

O DANO MORAL PUNITIVO NO DIREITO BRASILEIRO – APLICAÇÃO E DESTINAÇÃO DA VERBA PUNITIVA.

Carlos Eduardo Pimentel das Neves Reis

Graduado pela Pontifícia Universidade
Católica do Estado do Rio de Janeiro PUC -
RIO. Advogado.

Resumo: Os danos morais representam a compensação por todo o abalo psíquico e sentimental sofrido pela vítima em face do dano causado. Diante da responsabilidade civil busca-se a reparação dos danos materiais e morais como forma reequilibrar as relações sociais. O dano moral punitivo vem, dentro deste contexto, atingir aquelas pessoas, notadamente pessoas jurídicas, que reiteradamente causam danos a outrem e não buscam melhorar os serviços que prestam como é o caso das empresas de telefonia. A essência deste trabalho é abordar a possibilidade de aplicação do dano moral punitivo no direito brasileiro levando em consideração a perspectiva civil constitucional do instituto, notadamente quanto a destinação da verba paga a título de danos morais punitivos.

Palavras-Chaves: Dano Moral. Punitivo. Responsabilidade Civil. Constitucional.

Sumário: Introdução. 1. A Responsabilidade Civil e Dano Moral. 2. Dano Moral e a Doutrina do *Punitive Damage*. 3. A Aplicabilidade do Instituto do *Punitive Damage* no Direito Brasileiro. 4. A Independência dos Valores do Dano Moral e do *Punitive Damage*. 5. A Criação de um Dano Punitivo no Direito Brasileiro e a Destinação dos Valores Arrecadados a Título de Indenização Punitiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema acerca da possibilidade de aplicação no direito brasileiro do chamado Dano Moral Punitivo. O objetivo do estudo é demonstrar a viabilidade e as consequências da aplicação do instituto no direito pátrio de acordo com a nova perspectiva civil constitucional, além de buscar uma solução para a destinação da verba recebida através daquele instituto.

INTRODUÇÃO

O direito, na qualidade de ciência, busca além da análise das normas a análise dos fenômenos sociais que permeiam toda e qualquer comunidade humana. Com o passar do tempo a evolução tecnológica, econômica e social acabou por trazer consigo não só benefícios, mas também a produção e inúmeros danos à sociedade e aos particulares.

A necessidade de ver reparados os danos causados por qualquer pessoa seja física ou jurídica, a outrem, fez surgir a chamada responsabilidade civil. Dentro deste contexto, ficou estabelecido que a reparação pelos danos causados compreenderiam os danos materiais, subdivididos em danos emergentes e lucros cessantes, e morais, na medida em que cada um se mostrasse presente.

Diante da necessidade de se consubstanciar a reparação por danos morais, a Constituição Federal consagrou de forma definitiva o direito a esta espécie de indenização, sendo esse incluído dentro do capítulo concernente aos direitos fundamentais notadamente no art. 5º, incisos V e X da Carta Magna.

A inclusão dos danos morais no corpo da Constituição Federal fez cessar as últimas resistências contrárias à reparação pelo dano causado ao patrimônio imaterial ou ideal da pessoa atingida. Após o fim da discussão acerca da existência de reparação a título de danos morais, passou-se a discutir a extensão e valoração desse dano.

Em regra, a extensão do valor indenizatório deveria comportar somente os danos causados, não havendo que se falar em indenização superior. Ocorre que se revelaram minimamente eficazes as indenizações concedidas, principalmente sobre alguns setores da sociedade, notadamente os prestadores de serviços, que teimam em não se adequarem ao consagrado princípio geral de direito que prescreve ser a conduta desejada e esperada toda aquela que não causa dano a outrem.

Passou-se, então, a pensar em uma forma de desestimular esses causadores a repetir os danos causados à sociedade e forçá-los a se adequarem aos padrões mínimos exigidos por aquela comunidade. No direito comparado, notadamente o Norte Americano, criou-se a figura do dano punitivo ou o chamado *punitive damage*.

Este trabalho pretende analisar a aplicação do Dano Punitivo, consagrado na legislação estrangeira, ao Direito Brasileiro e apresentar possíveis soluções para a utilização da verba paga em caráter punitivo.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL

O Direito Civil Brasileiro consagra em sua legislação a chamada Responsabilidade Civil e dispõe sua regulamentação nos artigos 927 e seguintes do Código Civil. De acordo com o artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.¹

Como regra o Código Civil estabeleceu a chamada responsabilidade civil subjetiva. Através desta, para que haja a possibilidade de indenização devem estar presentes três requisitos principais, quais sejam a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

A conduta, neste caso, é a ação ou omissão humana que cause dano a outrem. Quando essa conduta pressupuser o elemento culpa em sua ação ou omissão estar-se-á diante da chamada responsabilidade civil subjetiva. Já quando a indenização se mostrar devida independentemente de prova da culpa na conduta do agente estar-se-á diante da chamada responsabilidade objetiva. Como se observa do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil a responsabilidade civil objetiva é exceção, ocorrendo somente nos casos previstos em lei ou quando a atividade prestada pelo autor do dano, por sua natureza, envolver risco para os direitos de outrem.

¹ BRASIL. *Código Civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.319.

A culpa, por sua vez, deve ser vista de forma ampla abarcando tanto as condutas dolosas como culposas, estas oriundas de negligência, imperícia ou imprudência. O autor do dano deve ao menos ter a previsão de que sua conduta ou omissão teria a potencialidade de causar o referido dano.

Por fim, deve ser analisado nexos de causalidade. De acordo com Sergio Cavalieri Filho “a relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não causa do dano”². Desta forma, o nexos causal será a ponte, a ligação entre a conduta culposa do agente e o dano causado por esta conduta.

Vistos as idéias básicas e introdutórias acerca da responsabilidade civil no sistema brasileiro passa-se a verificação dos danos a serem reparados a título de responsabilidade civil.

Não há qualquer dúvida na doutrina ou jurisprudência de que o dano causado ao patrimônio de outrem merece a devida indenização. Esta indenização, também chamada de danos materiais, é dividida em duas grandes categorias: os danos emergentes e os lucros cessantes. O artigo 402 do Código Civil estabelece, quando das perdas e danos, que esta abrange além do que a vítima deixou de ganhar aquilo que ela razoavelmente deixou de lucrar.

O dano emergente constitui o prejuízo causado ao patrimônio já existente na titularidade da vítima, quando da produção do dano. Ou seja, o dano emergente ocorre sobre o patrimônio efetivo da vítima.

Já os lucros cessantes compreendem os benefícios ou ganhos que a vítima deixou de perceber por conta do dano produzido por aquele agente. Tais ganhos, como se percebe, ainda não estavam na titularidade da vítima, ou seja, ainda não compunha seu patrimônio na época do dano, mas ela tinha a legítima expectativa futura de concebê-lo.

² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 71.

Dentro do dano material cabe, ainda, falar no que a doutrina e jurisprudência denominam de perda de uma chance. Ocorre a perda de uma chance quando o lesado, devido ao dano que lhe foi causado, perde uma ou várias chances que poderia proporcionar àquele um ganho no seu patrimônio. Em que pese as divergências sobre a possibilidade ou não de indenização da perda de uma chance, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que provado a efetiva e real perda da chance é devido a indenização a título de danos materiais. É neste sentido que se transcreve o seguinte julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTO INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ.

...

3. A pretensão não encontra amparo na "teoria da perda de uma chance" (perte d'une chance) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavaliere Filho, que: "se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada" (Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92).

4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos.

5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente "nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego"

7. Agravo regimental não provido.³

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 91-92

Como se observa de todo o exposto a indenização a título de dano material será sempre devida quando demonstrado que a conduta do agente causou um decréscimo patrimonial na esfera de titularidade de bens do lesado, sendo excludentes a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior.

Dentro do instituto da responsabilidade civil deve o causador do dano indenizar o lesado, também, pelos danos causados à sua esfera extra patrimonial ou como alguns chamam na sua esfera imaterial. Surge aí a indenização a título de dano moral. Quando houver dano à imagem, honra, sentimento, reputação, estar-se-á diante de um dano moral.

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça inclusive editou a famosa Súmula 227, em que assinala a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral. Como já mencionado no presente artigo, a Constituição Federal consagrou o dano moral no artigo 5º, incisos V e X o que fez cessar no direito pátrio qualquer resistência acerca da possibilidade ou não de sua indenização. Neste contexto, é possível extrair uma passagem de Sergio Cavalieri Filho acerca do dano moral:

À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é a violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral”.⁴

Os danos morais estão englobados dentro do contexto da responsabilidade civil merecendo ressarcimento sempre que ocorrerem. O grande problema acerca do dano moral está em como quantificá-lo.

No direito brasileiro, a tarefa da análise do cabimento e da quantificação do valor indenizatório é reservada aos juízes, profissionais com formação jurídica e portando preparadas para lidar com essa relação entre os fatos e a lei. Mesmo sendo do magistrado a tarefa de quantificar o quanto aquele dano representou para aquela vítima e sendo este

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 101

conhecedor do direito, tal tarefa tem se mostrado árdua, havendo discrepância nas decisões envolvendo danos, a princípio, semelhantes, porém com conseqüências bem diferentes para cada vítima.

Além disso, a indenização deve ser medida pela extensão do dano, na forma do art. 944 do Código Civil, e é por essa razão que o direito pátrio tem encontrado dificuldades para aplicar o dano punitivo tão consagrado no direito estrangeiro. Isso porque, lá fora os danos morais com caráter punitivo ultrapassam em muito o valor da reparação, já que o intuito é punir o causador e desestimular a repetição de erros e descaso com a sociedade.

Mesmo assim, pode-se concluir que, apesar das dificuldades na quantificação dos danos morais, tanto os danos materiais quanto os danos morais são abarcados pela responsabilidade civil devendo esses ser indenizados sempre que se mostrarem presentes.

2. O DANO MORAL E A DOCTRINA DO *PUNITIVE DAMAGE*

A moderna doutrina da responsabilidade civil, como visto acima nos ensinamentos de Sergio Cavalieri, encontra-se pautada na idéia de reparação integral. A finalidade precípua da indenização ou reparação é a de restabelecer uma situação anterior que existia antes do evento danoso.

A reparação do dano material poderá se dar de forma específica (*in natura*) ou de forma equivalente. Em regra, a reparação específica se traduz em uma obrigação de dar ou fazer, como a entrega de um objeto, quando se tratar de bem fungível, ou de um conserto que reconstitua o bem danificado. Quando não for possível a reparação *in natura* haverá a chamada reparação equivalente. Nestes casos, sendo impossível a restituição do bem ao lesado, haverá o pagamento de determinada quantia como forma de restabelecer em termos econômicos o patrimônio do lesado.

Na reparação de dano moral, a chamada reparação específica ou *in natura*, mostra-se praticamente impossível, pois não há como reparar as lesões à integridade psíquica do lesado ou outro direito da personalidade violado pelo ofensor. Por este motivo, o direito busca idealizar formas de reparação para aqueles danos sofridos na esfera imaterial do lesado. É assim que, por exemplo, se vislumbra a possibilidade de nos caso de ofensa à honra por meio de imprensa, a vítima possa obter a publicação de uma retratação do ofensor no mesmo jornal e com o mesmo destaque dado à ofensa.

Contudo, na grande maioria das vezes a reparação dos danos morais se dá de forma pecuniária. Os adeptos da teoria negativa do dano moral, que pregavam a irreparabilidade daquela espécie de dano, usavam como argumento a imoralidade de se compensar a dor com dinheiro. Neste sentido são as palavras do professor Sergio Cavaliere Filho acerca dos adeptos da irreparabilidade do dano moral e sua evolução:

Numa primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob o fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima.⁵

Em resposta a tal argumento diziam aqueles favoráveis à reparação do dano moral que imoralidade maior seria deixar sem resposta jurídica o dano moral, aquele que atinge os interesses mais caros do ser humano, quais sejam, os direitos da personalidade.

O que de fato deveria ocorrer para a perfeita reparação do dano moral seria a combinação de formas de reparação específica, como no caso da retratação da ofensa feita à vítima, com a indenização pecuniária visando, assim, atingir ao máximo a finalidade da reparação integral.

Atualmente na doutrina e jurisprudência brasileira prevalece o entendimento de que o dano moral cumpre uma dupla função: uma compensatória para a vítima do dano; e outra de

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 102

pena para o ofensor. É desta forma que se extrai o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

0013041-19.2006.8.19.0002 - APELACAO
 DES. MARIO DOS SANTOS PAULO - Julgamento: 08/09/2011 -
 QUARTA CAMARA CIVEL
 1. Indenizatória. Energia elétrica. 2. Danos morais e materiais. 3. O Termo de Ocorrência de Irregularidade, emitido pela concessionária não tem o condão de, por si só, gerar a cobrança, posto que emitido por empregado da interessada. 4. Verba indenizatória adequada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ao caráter punitivo-pedagógico. 5. Recurso parcialmente provido, na forma do Art. 557, §1º - A do C.P.C. (grifos do autor do artigo)

A complexidade apresentada pela indenização do dano moral, diante de sua dupla finalidade, e, em decorrência da violação de direitos da personalidade demonstra a dificuldade de se estabelecer o *quantum* indenizatório das lesões causadas a título de dano moral.

O direito brasileiro, de tradição romano-germânica, ou seja, pertencente ao sistema classicamente denominado de *Civil Law*, encontra muitas dificuldades em aplicar a Doutrina do *Punitive Damage* aos danos morais. Com isso, o valor das indenizações acaba por ser insuficiente em causar qualquer impacto ou inibição ao causador do dano para que não repita sua conduta danosa.

Segundo o professor André Gustavo Corrêa de Andrade⁶, a Doutrina do *Punitive Damage* teve início na antiguidade como o Código de Hammurabi, mas foi na Inglaterra e depois nos Estados Unidos com a jurisprudência americana que o instituto ganhou impulso e acabou por influenciar o direito comparado, inclusive o brasileiro de alguma forma. Deve-se lembrar que nesses sistemas os julgamentos são feitos por júris populares que além de julgar o mérito da causa estabelecem o valor do dano punitivo.

O Instituto do *Punitiva Damage*, no direito americano, apresenta diversas modalidades de indenizações sendo elas distintas do *punitive damage*. Em um primeiro estágio é identificado os *actual damages* que corresponde à indenização reparatória ou

⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral & Indenização Punitiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 178.

compensatória dos danos patrimoniais efetivamente sofridos pela vítima. Em outros estágios é possível identificar os chamados *nominal damages* (nenhum dano foi efetivamente sofrido, mas houve ou reconhecimento da prática de um ato ilícito que feriu um direito da vítima), *general damages* (serve como referência a danos não redutíveis em dinheiro, como a perda de um ente querido, mas que merece indenização), *special damages* (referentes às perdas e danos), dentre outros que podem aparecer dependendo do caso concreto.

O *punitive damage* constitui uma figura à parte das demais espécies de *damages* apresentadas, pois sua finalidade é de punir o ofensor, estabelecendo uma sanção para que esse não repita o ato lesivo, além de desestimular comportamentos semelhantes de terceiros. Sob essa visão, o *punitive damage* atua como mecanismo de proteção e de interesse social. Além disso, para o direito americano, o instituto também serve como forma de preenchimento de lacunas da legislação penal, punindo o causador do dano ainda que de forma patrimonial.

É claro que, como tudo na vida, a aplicação do dano punitivo feito aos moldes do direito americano, com julgamento por um júri popular leigo, que é responsável pela fixação do valor a ser pago à vítima, acaba por trazer alguns malefícios como as indenizações desproporcionais que, na sua maioria, são revistas pelas cortes superiores e tem seus valores reduzidos a um patamar correspondente e razoável, mas que não se afaste de seu caráter punitivo e pedagógico.

Como se observa o chamado *Punitive Damage* constitui indenização distinta do dano moral, que é pago à vítima pelos danos sofridos. Contudo, esta indenização acaba integrando o total indenizatório pago à vítima, o que para o direito brasileiro constituiria enriquecimento sem causa. Mesmo assim, o dano punitivo pode ser aplicado no direito brasileiro com algumas mudanças como se verá a seguir.

3. APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO *PUNITIVE DEMAGE* NO DIREITO BRASILEIRO

Em um primeiro momento o dano punitivo não seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro porque, significando uma verdadeira pena imposta ao responsável pelo dano, toma feições de sanção criminal, e, desta forma estaria sendo vulnerado o princípio constitucional de que não se pode aplicar pena sem prévia cominação legal, na forma do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

A aplicação de uma condenação punitiva nas indenizações por dano moral não seria possível, pois somente conseguem visualizar a prévia cominação delas no campo estritamente criminal. Ocorre que prévia cominação de pena imposta pela Constituição Federal, como referido, em seu artigo 5º, XXXIX dirige-se ao direito criminal.

No campo da responsabilidade civil, o comando punitivo vigora de forma diversa já que é pautado em um preceito genérico punitivo contido no artigo 927 do Código Civil que prescreve que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.⁷ Desta forma, o Código Civil criou de maneira genérica o instituto da reparação do dano, seja ele material ou moral, não se mostrando necessária a enumeração de hipóteses de sua aplicação o que permite, desde já, a aplicação do dano punitivo, restando superada a questão acerca de seu caráter eminentemente penal.

Como já exposto em todo texto, a responsabilidade civil tem a função de reparar e compensar, através de indenização, os danos sofridos pela vítima. Contudo, a preocupação da responsabilidade civil não se limita ao dano já consumado e às formas de repará-lo. Tem-se a preocupação, também, em impedir a realização do dano, sua continuação ou sua repetição. E é

⁷ *Código Civil*. Brasil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.319.

neste contexto que se vislumbra a aplicação da Doutrina do *Punitive Damage* no direito brasileiro. Neste sentido é o acórdão do TJRJ que a ementa se extrai:

0380178-74.2008.8.19.0001 - APELACAO

Ementa

DES. JORGE LUIZ HABIB - Julgamento: 06/09/2011 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL

AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL. Decisão em consonância com a jurisprudência predominante nesta Corte, estando assim ementada: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA DO NOME EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANOS MORAIS. A inclusão indevida, no rol dos devedores, é causa pacífica de entendimento, na jurisprudência a ensejar a indenização compensatória por dano moral experimentado. A indenização por dano moral, deve ser fixada em patamares comedidos, ou seja, não exige uma forma de enriquecimento para o ofendido, nem, tampouco, constitui um valor ínfimo que nada indenize e que deixe de retratar uma reprovação à atitude imprópria do ofensor, considerada a sua capacidade econômico-financeira. **A reparação desse tipo de dano tem tríplex caráter: punitivo, indenizatório e educativo, como forma de desestimular a reiteração do ato danoso.** PRECEDENTES DESTES TJRJ. Apelação manifestamente improcedente ao qual se nega seguimento de plano, na forma do art. 557, caput, CPC." DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(grifos do autor do artigo)

A prevenção de comportamentos que afetam a sociedade é de fato uma preocupação da responsabilidade civil. Hoje, deve-se sempre interpretar os institutos, sejam eles de direito público ou privado, em conformidade com a Nova Ordem Constitucional, estabelecida com o Diploma de 1988, de forma a preservar as relações sociais e buscar o interesse da coletividade acima de tudo, levando em consideração a função social atribuída aos institutos e a dignidade da pessoa humana. Em conjunto a isso, prima-se pela proteção dos direitos da personalidade, aqueles que justamente ensejam a indenização por dano moral.

A pena no plano teórico exerce sempre uma função preventiva e é esta função, acima de tudo, que se pretende com a aplicação do dano punitivo no direito brasileiro. Desta forma, a pena pecuniária deverá ser vista como uma resposta jurídica a determinados comportamentos ofensivos não somente na esfera do atingido, mas de toda a sociedade. É preciso que se faça uma revisão nos fundamentos da responsabilidade civil, que atualmente não vem oferecendo solução adequada para inúmeros problemas da sociedade moderna.

Como já demonstrado, o art. 944 do Código Civil não prevê a possibilidade de o montante indenizatório superar o dano, dando um caráter punitivo para tal. Pelo contrário, estabelece o caráter estritamente compensatório do dano, não podendo este ultrapassar o valor daquilo que de fato se perdeu.

Contudo, fazendo uma interpretação constitucional acerca do tema, a indenização punitiva se mostra perfeitamente aplicável ao direito brasileiro já que fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e na existência da necessidade de reparação do dano moral contida na própria Constituição como direito fundamental. Mas para que se torne possível a aplicação do dano punitivo com finalidade preventiva e reparatória algumas mudanças deverão ser feitas, principalmente no que tange ao destino da verba indenizatória para que se evite o enriquecimento sem causa.

4. A INDEPENDÊNCIA DOS VALORES DO DANO MORAL E DO *PUNITIVE DEMAGE*.

A responsabilidade civil passou a assumir um papel de extrema importância com a evolução da sociedade. Essas transformações não atingiram apenas os pressupostos da responsabilidade civil, mas também o seu papel perante a vida social. Ao lado da tradicional função reparatória, passou a responsabilidade civil a desempenhar uma função preventiva de danos. E é neste contexto que pode se dizer que a responsabilidade civil deve exercer também uma função punitiva, educadora, que acaba por auxiliar a função preventiva.

A idéia de uma indenização punitiva deve ser vista de forma separada do dano moral sofrido pela vítima. Isso, porque, deve-se a todo custo evitar o chamado enriquecimento sem causa ou ilícito, em que o sujeito acaba por ter um acréscimo patrimonial, sem justa causa, à custa de outrem. Se o dano punitivo for aplicado no direito brasileiro como se faz no direito

americano, os ofensores, reiteradamente, utilizariam o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, que foi positivado no Código Civil nos artigos 884, 885 e 886, para afastar a aplicação do dano punitivo.

Para que se possa falar em dano punitivo, esse não deve ser visto como uma indenização a título de danos morais causados à vítima, mas sim uma sanção pelos danos causados à sociedade! O dano moral deverá ser pago diretamente à vítima que ingressou com a ação, tendo esse caráter preventivo, punitivo e pedagógico. Ainda, assim, o dano punitivo, que não possui cunho de dano moral e sim de sanção, devendo ser pago pelo ofensor à sociedade ou à própria vítima dependendo do caso.

O dano punitivo não possui cunho de dano moral, mas a ele está estritamente ligado. Isso, porque, para que haja a chamada indenização punitiva além dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam a conduta (comissiva ou omissiva), o dano e o nexo de causalidade, é necessário que ocorra o dano moral e a culpa grave do ofensor.

O dano punitivo está atrelado à ocorrência do dano moral, pois este, como já dito, ocorre com a ofensa de algum dos direitos da personalidade. A sanção através do dano punitivo extrai seu fundamento diretamente do postulado da Dignidade da Pessoa Humana e de seus princípios constitucionais norteadores. Desta forma, mostra-se necessário a ocorrência do dano moral para se possa aplicar o dano punitivo.

Outro pressuposto importante para a aplicação do dano punitivo é a culpa grave do ofensor. E assim ocorre, porque apesar da evolução da responsabilidade civil, criando sua espécie objetiva baseada na teoria do risco, ainda prevalece no direito pátrio a culpa como fundamento geral da responsabilidade civil.

Na responsabilidade civil subjetiva, aquela em que o pressuposto culpa estiver presente, não importa o grau de culpabilidade do agente. Seja sua conduta culposa ou dolosa, o dever de indenizar subsistirá da mesma forma e proporção, já que a indenização é medida

pela extensão do dano causado. Contudo, na indenização punitiva se faz necessário estabelecer o grau de culpa do ofensor.

A indenização punitiva deve ser em regra, reservada aos casos em que o agente agiu com dolo ou culpa grave, casos em que o comportamento do ofensor merece maior reprovabilidade social e censura. No caso do dolo, o agente tem intencionalmente a vontade e consciência de produzir aquele dano e por isso se faz merecedor de uma sanção punitiva para que futuramente se abstenha de praticar novamente aquele ato lesivo.

Já a culpa grave pode ser vista como aquela decorrente de imprudência ou negligência grosseiras. A maior gravidade da culpa pode ocorrer, também, da conduta reiterada do agente em causar aquele dano. Desta forma, o dano punitivo prestará sua função de sanção e instrumento preventivo.

Nos casos de culpa leve ou de dano sem culpa (responsabilidade objetiva), o dano punitivo não se mostra presente. Esta exclusão se faz necessária, pois o dano punitivo detém caráter excepcional e só deve ser aplicado diante dos comportamentos mais reprováveis. Fora desses casos, a indenização compensatória prestará seu papel, sendo a vítima indenizada pelos danos materiais e morais sofridos.

5. A CRIAÇÃO DE UM DANO PUNITIVO NO DIREITO BRASILEIRO E A DESTINAÇÃO DOS VALORES ARRECADADOS Á TÍTULO DE INDENIZAÇÃO PUNITIVA.

Quando se fala em dano punitivo parte da doutrina e de alguns setores da sociedade, notadamente os prestadores de serviços e industriais, insurgem-se contra a sua aplicação. Os argumentos são múltiplos, dentre eles, os excessos nas indenizações, o enriquecimento sem causa da vítima e o incentivo à indústria do dano moral. Contudo, em sua grande maioria desses argumentos são motivados pelo temor da repercussão que o instituto do dano punitivo pode provocar nas relações socioeconômicas.

Ao contrário do que ocorre no direito americano em que as causas cíveis são julgadas por um júri popular, no direito brasileiro caberá ao magistrado o julgamento e fixação da indenização punitiva o que afasta o temor de indenizações astronômicas. Ademais, os tribunais superiores podem exercer a atividade revisora dos valores indenizatórios sempre que esses se mostrarem excessivos.

Também não há que se falar em enriquecimento sem causa da vítima já que o valor pago a título de dano punitivo deverá ser revertido em prol da sociedade e não da vítima. É claro que em casos específicos como a perda de um ente querido, ou uma lesão grave que cause alguma deformidade permanente, e no caso de ofensor ser um particular e não uma pessoa jurídica o valor do dano será repassado direto à vítima ou sua família. Isso porque, além da dignidade humana e os atributos da personalidade não serem redutíveis à pecúnia, nestes casos não há que se falar em real prejuízo para a sociedade.

Por fim, não é o instituto do dano punitivo o responsável pelo incentivo à indústria do dano moral já que esse só deve ser aplicado de forma excepcional como demonstrado no presente texto.

E mesmo assim, a jurisprudência dos tribunais buscam a fixação de valores proporcionais das indenizações. Desta forma, o dano punitivo mostra-se perfeitamente aplicável no direito brasileiro.

Contudo, para que se torne possível tal aplicação o dano punitivo terá que se amoldar aos princípios e leis brasileiras. Para que o dano punitivo tenha força e possa vir a ser aplicado de forma real pelos magistrados no Brasil, seria necessário a separação entre o dano moral pago à vítima e o dano punitivo, além de se positivar na legislação a possibilidade e destinação da verba sancionatória a ser paga pelo causador do dano.

Atualmente, tornou-se mais vantajoso para as empresas, notadamente as prestadoras de serviços, deixar que os usuários ingressem em juízo para reclamarem indenizações do que melhorar os serviços prestados. Isso, porque, o valor do dano moral arbitrado pelo magistrado apenas se reveste de caráter punitivo, mas de fato de punitivo nada tem. Estes valores irrisórios, não inibem as empresas de continuarem prestando maus serviços e afogarem o judiciário com milhares de ações, principalmente nos juizados especiais cíveis, aqueles que possuem competência para processar e julgar causas de pequeno valor e de pouca complexidade.

É por estes motivos que o primeiro requisito para a aplicação do dano punitivo no direito brasileiro é a separação entre o dano moral e o dano punitivo. Como exposto no capítulo anterior, o dano punitivo além de excepcional deve ser visto separadamente do dano moral, até porque, pode existir dano moral sem dano punitivo, não ocorrendo o mesmo no caso inverso já que o dano moral é um pressuposto para a aplicação do dano punitivo.

A indenização a título de dano punitivo, por sua natureza de sanção, deve ser arbitrada em valores significativos, que alertem os causadores de danos, principalmente aqueles reincidentes, que o judiciário e a sociedade estarão exigindo mudanças de comportamentos e mais investimentos em suas atividades. Caso isso não ocorra outros danos

punitivos virão e poderão por em xeque a continuação da própria atividade prestada por aquela instituição. Daí a necessidade imperiosa de separar o dano moral pago à vítima e o dano punitivo pago à sociedade.

É claro que a vítima que ingressou com a ação e provocou a máquina judiciária fará jus à indenização por danos morais. Este valor, também a ser arbitrado pelo magistrado, terá função educativa e pedagógica como vem ocorrendo atualmente no ato de sua fixação pelos tribunais em todo o Brasil. Contudo, o que aqui se pretende é instituir além do dano moral individual, um dano punitivo coletivo, social, que se reverta em prol da sociedade e pressione os agentes causadores de dano a se eximirem de cometê-los novamente. Só assim, os serviços e produtos ofertados terão melhores qualidades e apresentarão menos riscos à população.

O dano punitivo tem caráter excepcional e só deverá ser aplicado quando estiver presentes seus requisitos e quando se demonstrar imperiosa a punição do agente causador do dano. Ademais, a satisfação da prestação jurisdicional dar-se-á com os danos materiais e morais concedidos à vítima. Agora, havendo o dano moral e o dano punitivo a verba deste último não será revertida em favor da vítima e sim em favor da sociedade.

A questão mais relevante a ser resolvida seria de como destinar os valores obtidos a título de dano punitivo em prol da sociedade. O que pretende este trabalho é justamente aplicar de forma concreta o dano punitivo e fazer com que este atinja sua finalidade sancionatória e preventiva, evitando-se novas práticas de atos lesivos à sociedade.

Para isso, sugere-se que, uma vez instituído o dano punitivo como indenização autônoma e completamente distinta do dano moral, aquele tenha destino direto para coletividade. Desta forma, vislumbra a aplicação do art. 13 da Lei 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública, que determina o seguinte:

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais que participarão necessariamente o Ministério Público e

representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados aos bens lesados⁸.

Para que o dano punitivo possa ser revertido em prol da sociedade e para se evitar o enriquecimento sem causa de uma única vítima de danos recorrentes à coletividade do mesmo ofensor, os valores recolhidos a título de dano punitivo deverão ter destinação distinta do dano moral pago à vítima, havendo, portanto, que se falar em duas indenizações a serem pagas, uma à vítima e outra à sociedade.

À semelhança do que ocorre com as ações civis públicas em que a condenação em dinheiro pelos danos causados se reverte para um fundo gerido por um Conselho Federal ou Conselhos Estaduais, no caso do dano punitivo a verba seria depositada em um fundo e utilizado para a melhoria de serviços básicos da sociedade como hospitais, escolas, saneamento básico, desenvolvimento sustentável, dentre outras coisas.

O fundo seria criado pelo Estado e gerido pelo Ministério Público, que deliberaria acerca do destino das verbas, de sua fiscalização e de sua correta utilização e arrecadação. Em parceria com o Estado, o Ministério Público irá destinar a verba punitiva nas áreas mais carentes e necessitadas de desenvolvimento a partir de informações prestadas pelo primeiro.

Desta forma, toda vez que se mostrar devido o dano punitivo, a intervenção do Ministério Público na referida demanda será obrigatória. Também, será o Ministério Público o responsável pelo procedimento de execução para receber do agente causador do dano os valores correspondentes ao dano punitivo. Esse procedimento de execução ocorrerá de forma distinta daquele do dano moral a ser pago à vítima. Deverão ser observados em ambos os procedimentos os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV da CRFB).

Cabe lembrar, mais uma vez, que o dano punitivo não é previsto no ordenamento jurídico brasileiro e, para que se permita a condenação do agente a pagar determinada quantia

⁸ BRASIL. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 12 ed. São Paulo: Riddel, 2011. p.1.021.

a título de punição pela prática de determinada conduta danosa será preciso nova legislação que inclua esta modalidade de indenização em prol da sociedade.

Ao contrário do que foi exposto acima e do que pretende este texto, o dano punitivo tem sido aplicado no direito brasileiro como uma forma de qualificar o dano moral, dando a ele a atribuição de tentar fazer cessar a recorrente prática de danos à sociedade. Ocorre que o valor das indenizações arbitradas pelos magistrados tem se mostrado ineficientes a ponto de punir os causadores do dano e educar os agentes a não cometerem mais danos. Não há como negar que o dano moral recebeu maior valoração quando revestido de seu caráter punitivo-pedagógico. Ainda assim, não se mostrou eficaz contra os causadores do dano.

O destino da verba indenizatória do dano moral com caráter punitivo tem sido a própria vítima que ingressa com a demanda, até porque, não há separação entre o dano moral e o dano punitivo. Por esse motivo, os valores das indenizações não podem atingir patamares mais altos, sob pena de violação do princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Mais uma razão pela necessidade de se separar o dano moral do dano punitivo.

O dano punitivo mostra-se perfeitamente cabível e compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. A destinação da verba a título de dano punitivo deve ser revertida em favor da coletividade e, como sugerido pelo texto, deverá ser depositada em um fundo sob a gerência do Ministério Público, que lhe dará a melhor destinação. Dessa forma, o dano punitivo deve ser positivado e aplicado no Brasil por todas as razões expostas neste trabalho.

CONCLUSÃO

O objetivo central do presente trabalho foi demonstrar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de a indenização por dano moral assumir o caráter punitivo, a par de seu caráter compensatório ou satisfativo.

Para tanto, mostrou-se necessário a demonstração da evolução do dano moral no direito brasileiro até sua previsão constitucional como forma de encerrar qualquer discussão acerca da latente necessidade de se indenizar os danos causados aos direitos da personalidade.

O estudo da responsabilidade civil como pressuposto para a caracterização e identificação da produção do fato danoso apto a ensejar a reparação por dano moral é imperioso dentro do contexto apresentado. Foram identificadas as formas de responsabilidade civil admitidas no direito brasileiro, sendo elas a responsabilidade subjetiva, como regra, e a responsabilidade objetiva. Ainda dentro da responsabilidade civil, é de suma importância a verificação dos requisitos que ensejam a responsabilidade do agente e a necessidade de indenizar a vítima pelos danos materiais e morais quando se mostrarem presentes.

Restou claro que os danos materiais constituem no decréscimo patrimonial da vítima do dano e compreendem os danos emergentes e os lucros cessantes. Dentro dos danos materiais foi criada a Teoria da Perda de Uma Chance, que também enseja reparação quando demonstrada que o evento danoso causou a perda de uma oportunidade para a vítima. Já os danos morais se mostram evidentes sempre que há violação a algum direito da personalidade. Assentou-se a possibilidade de a pessoa jurídica ser apta a sofrer dano moral e a edição da famosa súmula 227 do STJ. Dentro deste contexto, pode-se concluir que os danos morais estão englobados dentro do contexto da responsabilidade civil merecendo ressarcimento.

Ficou evidente a dificuldade dos tribunais brasileiros em quantificar o dano moral diante da complexidade de sua dupla função (compensatória e punitiva), da influência do *Common Law* no direito brasileiro. A indenização, no direito pátrio, é medida pela extensão do dano, na forma do art. 944 do Código Civil, e, por essa razão, se tem encontrado dificuldades para aplicar o dano punitivo tão consagrado no direito estrangeiro. Isso porque, lá fora os danos morais com caráter punitivo ultrapassam em muito o valor da reparação já que o intuito é punir o causador e desestimular a repetição de erros e descaso com a sociedade. É daí

que se conclui que o dano moral punitivo aplicado no direito brasileiro não tem conseguido atingir sua finalidade tal como aquele do direito estrangeiro, em punir o causador e prevenir a ocorrência de novos danos.

No que tange aos danos materiais foi dito que a reparação pelos danos causados se dará de forma específica (*in natura*) ou de forma equivalente. Ocorre que no caso dos danos morais, a reparação específica ou *in natura*, mostra-se praticamente impossível, pois não há como reparar as lesões à integridade psíquica do lesado ou outro direito da personalidade violado pelo ofensor. Desta forma, a jurisprudência tem buscado reparar tal dano de forma pecuniária. Conclui-se, assim que o dano moral será sempre convertido em um valor em dinheiro, já que não se pode restituir o estado de paz da vítima que passara por momentos de angústia e sofrimento como uma das conseqüências do dano que sofrera.

A doutrina do *Punitive Damage* foi apresentada na forma como é aplicada no direito norte americano. Naquele sistema jurídico, o Instituto do *Punitive Damage* apresenta diversas modalidades de indenizações sendo elas distintas do *punitive damage*. Neste contexto, o *punitive damage* constitui uma figura à parte das demais espécies de *damages* apresentadas, pois sua finalidade é de punir o ofensor, estabelecendo uma sanção para que esse não repita o ato lesivo, além de desestimular comportamentos semelhantes de terceiros. Sob essa visão, pode-se concluir que o *punitive damage* visa a atuar como mecanismo de proteção e de interesse social. Ademais, é possível perceber a importância e necessidade de se separar o dano moral do dano punitivo, para que se possa implementá-lo de forma plena.

Ficou demonstrado que indenização punitiva é perfeitamente aplicável ao direito brasileiro já que fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e na existência da necessidade de reparação do dano moral contida na própria Constituição como direito fundamental.

Contudo, para que se torne possível a aplicação do dano punitivo com finalidade preventiva e reparatória algumas mudanças deverão ser feitas, principalmente no que tange ao destino da verba indenizatória para que se evite o enriquecimento sem causa.

Ficou evidente que o dano punitivo não possui cunho de dano moral, mas a ele está estritamente ligado. Para se possa aplicar o dano punitivo, mostra-se necessário a ocorrência do dano moral. Quando há apenas danos materiais a serem ressarcidos não incidirá o dano punitivo, pois não restou configurado a culpa grave, que é requisito para a aplicação do dano punitivo.

Por fim, buscou-se demonstrar a necessidade da criação do dano positivo no direito brasileiro para que se pudesse implementar de forma concreta e correta este instrumento tão importante de punição e prevenção em favor da sociedade.

Contudo, para que se torne possível tal aplicação o dano punitivo terá que amoldar aos princípios e leis brasileiras. Para que o dano punitivo tenha força e possa vir a ser aplicado de forma real pelos magistrados Brasil a fora, seria necessário a separação entre o dano moral pago à vítima e o dano punitivo, além de se positivar na legislação a possibilidade e destinação da verba sancionatória a ser paga pelo causador do dano.

Como uma das formas de destinação da verba punitiva, retirou-se, das ações civis públicas, a idéia de se reverter os valores para um fundo gerido por um Conselho Federal ou Conselhos Estaduais e utilizá-los para a melhoria de serviços básicos e essenciais para a sociedade.

Por todo o exposto, buscou-se neste artigo dar um novo panorama acerca do dano punitivo, demonstrando sua aplicabilidade no direito brasileiro, a necessidade de se positivar esta modalidade de punição na legislação, separar o dano moral do dano punitivo, além da criação de um fundo para a destinação da verba para que esta seja revertida em favor da sociedade melhorando os serviços essenciais da população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral & Indenização Punitiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

BRASIL. *Código Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALIERI, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Sites:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28dano+moral+punitivo%29&base=baseAcordaos>

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=dano+e+moral+&b=ACOR

<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw> (dano moral punitivo)