

LORENE LOPES SILVA – MATRÍCULA: 01501

**DA (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO.**

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL

BRASÍLIA, ABRIL DE 2014

LORENE LOPES SILVA – MATRÍCULA: 01501

DA (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO CIVIL

BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Civil, como parte das exigências para obtenção do título de Especialista, sob orientação da Prof. Ludmila Lima Lara.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA

BRASÍLIA, SETEMBRO DE 2014

SUMÁRIO

Resumo	p.03
Introdução	p.04
1. Da indenização por danos morais no Direito Brasileiro	p.06
2. Do arbitramento da compensação por danos morais	p.13
3. Da (in)aplicabilidade dos <i>punitive damages</i> no Direito Brasileiro	p.22
Conclusão	p.57
Referências bibliográficas	p.59

DA (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DOS PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Autora: Lorene Lopes Silva

Orientadora: Ludmila Lima Lara

Resumo

Este trabalho apresenta um breve estudo a respeito da possibilidade de condenações indenizatórias que ultrapassem o valor da violação jurídica sofrida, de forma punitiva. É notório que o dano causado deve ser indenizado. O Código Civil Brasileiro determina ainda que a indenização é medida pela extensão do dano. No entanto, para cumprir com as suas funções inibitórias e de desestímulo à repetição de novas condutas ilícitas, pode-se considerar, ao aplicar no caso concreto, ao valor da condenação, a realização de um arbitramento em valor superior às balizas do prejuízo material ou moral causados, no intuito de sancionar a inadequação da ação ou omissão do sujeito passivo em uma ação indenizatória. Em vários países, em especial nos Estados Unidos, é aplicado de forma pacífica o instituto do *punitive damages*, no qual é permitido o pagamento de indenizações em valores exponencialmente superiores ao dano causado, de forma a punir o agente levando-se em consideração sua capacidade econômica, seu grau de responsabilidade na sociedade e o número de vezes em que cometeu um erro em razão de suas atividades. Discute-se, portanto, se tal instituto poderia ser aplicado na legislação brasileira, ponderando-se aos princípios inerentes ao ordenamento pátrio, tais como proibição do enriquecimento ilícito, legalidade, juiz natural, separação das esferas penal e criminal, além do sistema julgador. Assim, o instituto dos *punitive damages*, como forma de elidir a aplicação de indenizações irrisórias que não desestimulam a repetição de condutas errôneas, portanto, encontra limites e barreiras, estudados pela doutrina, jurisprudência e direito comparado.

Palavras – chave: Direito Processual Civil. Dano moral. Indenização. *Punitive Damages*. Teoria do Desestímulo.

INTRODUÇÃO

Neste estudo, cuja pesquisa a ser realizada será a documental, por intermédio de levantamento bibliográfico de doutrina e jurisprudência, será realizado um estudo comparado sobre a aplicação de mesmo instituto tanto no Brasil quanto nos outros países germinadores de sua utilização. O presente trabalho tem como tema a viabilidade da aplicação da teoria do *punitive damages* às indenizações no Direito Brasileiro, objetivando analisar se a referida teoria poderia ser utilizada em âmbito nacional da mesma forma em que é utilizada no direito norte americano, em que o caráter disciplinar e punitivo embasa a compensação por danos morais e materiais de forma bem mais severa que a utilizada no Direito pátrio. É certo que ao se subsumir a referida teoria ao ordenamento pátrio, é necessária a observância dos demais regramentos cogentes no direito interno, tais como o princípio do juiz natural, a proibição do enriquecimento ilícito e a razoabilidade (também denominada proporcionalidade e adequação) que geram limitações e balizam os valores estimados para a aplicação de condenação a título de compensação de danos.

Em relação ao princípio do juiz natural, não haveria maior dificuldade em se vislumbrar a usurpação de competência que cometeria um juiz da seara cível ao aplicar penalidade ao sujeito ativo da conduta danosa geradora do dano patrimonial ou moral. Ora, se a teoria do *punitive damages* trata o arbitramento de valores com patamares acima do proporcional à extensão do dano como pena, punição ou castigo estatal, seria da competência do juiz da área penal realiza-lo, devido ao mandamento expresso, inclusive de ordem constitucional, de caber a juiz predeterminado o julgamento de causas, no denominado princípio do juiz natural, não havendo, desta forma, espaço para que um juiz de matéria diversa – no caso, cível – aplicasse condenações de ordem penal, ferindo a ordem constitucional e processual civil determinativa de competência.

Seguindo o estudo a respeito das limitações impostas pelo nosso ordenamento à aplicação irrestrita de condenação por dano moral de forma punitiva, será explanado a respeito do princípio da proibição do enriquecimento sem causa ou ilícito, em que o agente majora seu acervo patrimonial sem a existência de trabalho ou

fato gerador de riqueza equivalente a seu ganho monetário. No presente tema trabalhado, será analisado se o fato de o sujeito passivo da indenização enriqueceria ilicitamente ao receber montante absurdamente superior ao dano provocado, por aplicação do cálculo embasado na teoria do *punitive damages*, em que não se avalia tão-somente o fato concreto e isolado gerador do prejuízo, mas todos os outros anteriores e idênticos que ocorreram, sendo aplicado o valor de forma múltipla, somando-se os erros anteriores do causador do dano. Isso pode ser muito bem observado no direito norte americano, em que um ato ilícito determinado, gerador de prejuízo material ou moral ocasiona indenizações milionárias, não compatíveis com o desfalque sofrido, sendo necessária a comparação com o nosso ordenamento, em que a indenização se mede pela extensão do dano, não permitindo-se o ganho patrimonial dissociado de uma causa justa, sob pena de infringir-se o princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

A respeito do da limitação encontrada no princípio da proporcionalidade, razoabilidade ou adequação, será avaliado, como desdobramento do enriquecimento sem causa, se o fato de o direito civil pátrio determinar que a indenização se mede pela extensão do dano impede a aplicação de sanções patrimoniais ao causador do ilícito com intuito de se atribuir caráter disciplinar à condenação, refugiria do princípio de que a punição deve ser proporcional, equivalente ao dano. Assim, analisar-se-á se o mandamento cogente de que a correção, castigo estatal deve ser o necessário à retomar o fato ao “status quo ante”, ou seja, suficiente a restaurar a ordem da mesma forma que se encontrava antes da ocorrência do fato danoso e se é possível a aplicação do instituto dos *punitive damages* no Brasil, da mesma forma em que é realizada a sua utilização no direito norte- americano, a fim de se evitar a condenação dos autores em valores irrisórios à vítimas, estimulando a reiteração da conduta inadequada.

1. Da indenização por danos morais no direito brasileiro

O artigo 5º da Constituição de 1988 dispõe, em seu inciso V que, " é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem". Ademais, seu inciso X preleciona que "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". Depreende-se, portanto, de forma clara que a Carta Magna conferiu tratamento especial aos direitos relativos à extrapatrimonialidade, demonstrando uma evolução, se comparado com um modelo liberal puro em que se tutela tão somente o patrimônio individual, aquilo que pode ser monetarizado. Mas nem sempre foi assim pois

a trajetória da indenização por danos morais pode ser dividida em duas fases nítidas: antes e depois de 1988. A fase anterior é marcada pela discussão sobre o seu cabimento; vou chamá-la de fase do questionamento. A segunda, pela superação de qualquer dúvida, na doutrina e jurisprudência, acerca de sua pertinência; chamo-a fase do consenso¹.

Desta forma, percebe-se que os direitos mais essenciais ao aspecto humano, relativos à sua dignidade, imagem, honra tornaram-se tutelados com base no caráter humanista da Constituição denominada cidadã de 1988. Assim, é possível que haja, por exemplo, a postulação de dano moral de forma individuada, independentemente de pedido relativo à compensação por danos materiais. Tal tese se evidencia a seguir, pois o que é evidenciado por Camilo José Neto ao dispor que

a partir de seu reconhecimento constitucional, o Dano Moral passa a ser valorizado pelos aplicadores do direito, pois a promulgação da carta magna de 1988 abriu caminhos para se pleitear indenização ao Dano que fosse de caráter moral. Vimos que a reparação ao dano moral apareceu de forma taxativa na Constituição Federal de 1988, tal previsão, traz a forma de reparação da lesão ao dano unicamente extra patrimonial. Com o amparo constitucional o Dano Moral enraizou-se de forma definitiva em nosso ordenamento jurídico².

¹ COELHO, Fábio Uihôa. *Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 427.

² NETO, Camilo José. *Evolução histórica do dano moral: uma revisão bibliográfica*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7053>. Acesso em 20 de jun de 2014.

Demonstra-se evidente, portanto, como sucedâneo lógico do que foi acima demonstrado, o processo atual, denominado de "constitucionalização do direito civil" permite ao jurista tratar o direito civil não apenas como um dos ramos do direito privado, mas atendendo os valores primordiais intrínsecos ao direito público, sobretudo o constitucional, uma vez que o referido ramo do direito contém princípios superiores e que norteiam todos as demais esferas do ordenamento jurídico.

Ora, se a Constituição é a maior das leis de um Estado, devendo todas as demais normas guardarem consonância com o que foi estatuído por ela, é óbvio que o direito civil não poderia ficar alheio a tal fato, resguardando portanto o direito primordial à honra e à dignidade humana, sendo notório que

o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil é o reflexo do esgotamento do Direito Privado vertido tão somente nos Códigos, e de outra parte, na evolução do movimento constitucionalista, vicejando na centralidade da Constituição no sistema jurídico, de modo a não mais poder se falar, estritamente em "ramos" do Direito, na medida em que todos esses "ramos" buscam seu fundamento de validade na Constituição Federal³.

O direito civil brasileiro, portanto, é unânime, na atualidade, em reconhecer o direito à compensação a título de violação aos danos causados por outrem de natureza extrapatrimonial, mesmo que não haja nenhum tipo de mácula ao direito patrimonial, sendo totalmente independentes essas duas esferas quanto à tutela estatal do indivíduo. Deixa-se, portanto, a ótica liberal pura, que preservava tão somente a propriedade privada e os direitos patrimoniais do indivíduo para se dar uma ênfase maior àquilo que não se pode monetarizar – os elementos extrapatrimoniais da pessoa, como sua honra, nome, dignidade, imagem, reputação, uma vez que o ser humano não é mais visto somente como um ser produtor de renda e de bens materiais, mas como sujeito a ser protegido na sua esfera íntima, independentemente do papel que ostente na sociedade.

Seria correto dizer, que as sanções pecuniárias oriundas de danos morais são uma das formas de viabilização dos direitos de personalidade. Somente se

³ SIMÕES, Alexandre Gazetta. *A constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/24039/a-constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em 09 de jul de 2014.

veria, concretamente, o respeito efetivo aos direitos personalíssimos quando se utilizasse de mecanismos que desestimulem a prática da violações a estes direitos. Neste sentido,

com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade senão através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com políticas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade.⁴

A proteção e resguardo relativos à honra e dignidade da pessoa humana tornaram-se tão latentes na sociedade atual, que se chegou ao ponto de que a grande maioria dos cidadãos, independentemente do grau de instrução ou nível social tenha conhecimento do direito relativo à proteção extrapatrimonial, gerando aumento do número de processos relativos à compensação por danos morais, e, em seu extremo, em um fenômeno, denominado por Fábio Ulhôa Coelho como de "um mundo de não me toques", como se ilustra a seguir:

(...) cuidado de decisões proferidas por magistrados honestos e bem-intencionados, que, no afã de garantir à vítima a completa indenização e pensando aplicar o corretivo ao demandado que imagina eficiente, consideram passíveis de indenização simples desconfortos ou fixam elevadas somas na condenação⁵.

Neste sentido, é explícito que os danos morais não se confundem com meros transtornos da vida, salientando que

Cabe ao juiz, analisando o caso concreto e diante da sua experiência, apontar se a reparação material é cabível ou não. Nesse , na sentido, foi aprovado, na III Jornada de Direito Civil, o Enunciado 159 do Conselho da Justiça Federal, pelo qual o dano moral não se confunde com os meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material⁶.

⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e indenização punitiva. Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito Brasileiro*, 4ªed, Rio de Janeiro:Lumen Juris, p. 253.

⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil*. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 444.

⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6 ed. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2011, p.413-414.

Tal entendimento tem relevância prática devido à já mencionada multiplicação de processos relacionados aos danos morais nos tribunais brasileiros, existindo, infelizmente, um afã, por parte de alguns imbuídos por má-fé, de se locupletarem às custas de terceiros, tanto da esfera pública quanto privada, uma vez que, sendo impossível determinar-se de maneira cartesiana o que causaria reparação por dano moral, existe certo subjetivismo na discricionariedade do juiz, o que, no entanto, não pode ser confundido com arbitrariedade.

Chegou-se a um cenário em que meros infortúnios inerentes à vida em sociedade são alvo de ações judiciais, demandando a jurisdição estatal de maneira desnecessária em muitos casos. É evidente que a vida, por sua própria natureza de imprevisibilidade, está sujeita a situações que refogem do controle e dos próprios indivíduos, sendo certo que meros aborrecimentos, dissabores e quebra de expectativas não estariam sujeitos à tutela jurisdicional. A dificuldade enfrentada, no entanto, seria a de diferenciar os meros aborrecimentos daquelas situações que superam a mera imprevisibilidade inerente à convivência. A respeito deste reflexo no Judiciário, é enaltecido que

certamente, este é um tema que merece toda a atenção, pois inúmeras são as ações que movem a "máquina" do judiciária desnecessariamente, causando um excesso de demandas daqueles que pleiteiam uma indenização por danos morais descabida, em virtude de algum aborrecimento do cotidiano ou requerendo algum enriquecimento às custas de algum afortunado ou alguma multinacional. É o que chamamos de "indústria do dano moral"⁷

Portanto, em que pese este aspecto negativo, ocasionado pela também denominada "indústria do dano moral", há a versão positiva e otimista em relação a este processo, pois isto significa que cidadãos, mesmo leigos na ciência jurídica, reconhecem de maneira tão latente a necessidade de ter sua dignidade e honra preservados, que chegam ao ponto de generalizar as hipóteses de cabimento relativos à compensação.

⁷ MARINS, Felipe Fernandes. *Dano moral ou mero aborrecimento?* Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/3540/dano-moral-ou-mero-aborrecimento>>. Acesso em 08 de jun de 2014.

Ora, tal situação fática é, de longe, mais benéfica que aquela referente a um Estado em que os indivíduos a ele unidos de maneira jurídico-política não reconhecem o direito que os seus semelhantes possuem de ter sua imagem, autoestima, honra, dignidade respeitados e, muito menos, entendem que há penalização pecuniária fundada em compensação a título de danos morais com o intuito de minorar o sofrimento e a dor causados pela conduta do ofensor.

Exemplificando este cenário, uma série de situações jurídicas, antes consideradas esperadas e comuns, não gerando irrisignação popular a ponto de se socorrer ao direito de ação, atualmente são notoriamente consideradas inaceitáveis e germinadoras de compensação pecuniária a título de danos morais. As mais conhecidas são aquelas referentes, por exemplo, ao extravio de bagagem, pois é intrínseco o desconforto e humilhação enfrentados por aquele que, ao chegar ao seu destino de viagem fica sem os seus pertences, cabendo acrescentar, também, que a própria responsabilidade da agência de viagens ou transportadora gera um dever maior de tutela e cuidado referente aos pertences de seus clientes/consumidores.

A título ilustrativo, cabe colacionar ementa de voto do Superior Tribunal de Justiça que exemplifica de maneira mais detalhada o que é necessário para que a ofensa necessária à germinação do dano moral supere o mero dissabor do cotidiano. O caso diz respeito a consumidor que teve o seu vôo doméstico atrasado e postulou pela reparação em danos morais. Nesse caso, o eminente Tribunal explicou que a mera prática de ato ilícito não gera configuração de danos morais de maneira automática, conforme se depreende do excerto, *verbis*:

A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante. Daí porque doutrina e jurisprudência têm afirmado, de forma uníssona, que o mero inadimplemento contratual - que é um ato ilícito - não se revela, por si só, bastante para gerar dano moral.

Afastada a hipótese de que o ilícito poderia por si só ocasionar a ocorrência de dano moral de forma automática, passou-se a analisar o fator

determinante para a germinação da ofensa moral: a violação da dignidade da pessoa humana, como se observa a seguir que

no caso em exame, tanto o Juízo de piso quanto o Tribunal de origem afirmaram que, em virtude do atraso do voo - que, segundo o autor, foi de aproximadamente oito horas -, não ficou demonstrado qualquer prejuízo daí decorrente, sendo que a empresa não deixou os passageiros à própria sorte e ofereceu duas alternativas para o problema, quais sejam, a estadia em hotel custeado pela companhia aérea, com a ida em outro voo para a capital gaúcha no início da tarde do dia seguinte, ou a realização de parte do trajeto de ônibus até Florianópolis, de onde partiria um voo para Porto Alegre pela manhã. Não há, pois, nenhuma prova efetiva, como consignado pelo acórdão, de ofensa à dignidade da pessoa humana do autor.⁸

Explicitada, desta forma, a ausência de violação à dignidade do consumidor, passou-se, por fim, à análise fática referente à possibilidade de o ilícito ter sido efetivamente gerador de dano moral indenizável ou se tratou-se tão somente de um mero aborrecimento cotidiano, reforçando a diferença ao realçar o contraste, diferenciando que

o aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade - notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos -, é insuficiente à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido. Como leciona a melhor doutrina, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Precedentes.

Neste caso, portanto, ao contrário do citado extravio de bagagens, em que há violação direta à honra da pessoa, neste, não houve violação ou ofensa direta aos atributos da personalidade do indivíduo, pois este não se viu impotente de resolver a situação fática que se concretizou, com a consequente violação de direito a ele intrínseco, tendo apenas dissabor referente ao atraso. Assim, não basta a mera

⁸ - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1269246/RS, Relator: SALOMÃO, Luís Felipe, publicado no DJ de 27/05/2014. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 de jun. de 2014.

frustração quanto à expectativa não realizada, sendo necessário o vexame ou humilhação que supere a denominada normalidade, gerando consequências anímicas no indivíduo, como sequelas psicológicas, por exemplo, concluindo a decisão, portanto, que

ante a moldura fática trazida pelo acórdão, forçoso concluir que, no caso, ocorreu dissabor que não rende ensejo à reparação por dano moral, decorrente de mero atraso de voo, sem maiores consequências, de menos de oito horas - que não é considerado significativo -, havendo a companhia aérea oferecido alternativas razoáveis para a resolução do impasse⁹.

Este foi mais um exemplo, portanto, de diferenciação entre o mero dissabor e o efetivo dano moral, enfatizando o Tribunal que não se pode tomar um pelo outro, sob pena de se impossibilitar a vida em sociedade. É que, devido à imprevisibilidade inerente à própria vida, todos estão sujeitos ao rompimento de uma expectativa (frustração), sendo certo que o ajuizamento de uma ação judicial com conseguinte concessão de dano moral para cada aborrecimento cotidiano geraria a burocratização sucessiva das relações interpessoais, desnaturalizando-as. Ora, não seria difícil vislumbrar a insegurança jurídica e completa desconfiança nos relacionamentos caso tal realidade se consolidasse. Assim, cabe ao magistrado - e também aos jurisdicionados, de forma a inibir o aviamento de ações descabidas - ponderar no caso concreto aquilo que ocasionaria ofensa à dignidade somado à superação de simples frustração, aborrecimento ou dissabor inerente à convivência em sociedade.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1269246/RS, Relator: SALOMÃO, Luís Felipe, publicado no DJ de 27/05/2014. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 de jun. de 2014.

2. DO ARBITRAMENTO DA COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS

O artigo 927 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, estatuidando, ainda, o artigo 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Os referidos mandamentos legais não demonstram maior dificuldade de se verem aplicados nas situações fáticas do cotidiano quando se trata de dano material, uma vez que basta mensurar o valor do prejuízo e condenar o autor do fato lesivo a ressarcir a depreciação causada.

Tal sistemática não se aplica em casos de danos morais, uma vez que é impossível ao conhecimento humano medir o sofrimento, a dor ou a frustração provocados por um ato ilícito, pois se tratam de elementos anímicos, internos, psicológicos, imensuráveis pelas ciências exatas e simples cálculos aritméticos, tanto que a doutrina não foi sempre pacífica a respeito da possibilidade de reparação quanto ao dano moral no passado, pois

a tese pela reparabilidade dos danos imateriais tornou-se pacífica com a Constituição de 1988. Antes disso, era tido como impossível aceitar a reparação do dano moral, eis que doutrina e jurisprudência tinham dificuldades na visualização da sua determinação e quantificação. Com a Constituição Federal de 1988 houve uma grande evolução quanto ao tema, que até mergulhou em outros âmbitos, caso do Direito do Trabalho¹⁰.

Desta forma, devido à impossibilidade de medição exata da lesão que afeta aos direitos da personalidade, na seria tecnicamente correto o uso do termo “indenização” por dano moral, pois a palavra indenizar deriva do sentido de manter indene, ou seja, “manter ileso, incólume, íntegro” (Dicionário Michaelis), sendo, portanto, ilógico imaginar uma situação fática em que o psicológico, a honra, a dignidade de um indivíduo retornaria ao *status quo* com a simples condenação em dinheiro por parte do autor do fato.

¹⁰ - TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, P. 409.

Por estes motivos alinhavados, o termo mais apropriado a ser utilizado quando se trata de tentativa de reparação do dano moral seria “compensação”, pois o pagamento pecuniário decorrente da violação ao direito do indivíduo tem como função tão somente abater de certa forma o sofrimento, não tendo, portanto, preço definido. Neste sentido, é corroborado que

a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um preço, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física¹¹.

Assim, devido à impossibilidade de medição lógica e concreta da extensão do dano a fim de se subsumir de forma estanque ao enunciado no artigo 944 do Código Civil, a doutrina civilista discorreu a respeito de três correntes quanto à natureza jurídica e objetivos da reparação do dano moral, quais sejam:

Primeira Corrente: a indenização por danos morais tem o mero intuito reparatório ou compensatório, sem qualquer caráter disciplinador ou pedagógico, cuja tese foi superada pela jurisprudência ao se entender que a indenização é mais do que mera reparação.

Segunda Corrente: A indenização tem um caráter punitivo ou disciplinador, tese adotada nos Estados Unidos, com o conceito de *punitive damages*. Essa corrente não vinha sendo bem aceita pela jurisprudência, que identificava perigos na sua aplicação. Porém, nos últimos tempos, tem crescido o número de adeptos a essa teoria.

Terceira Corrente: A indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e de um caráter pedagógico ou disciplinar acessório, visando a coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá se vier acompanhado do principal. Esta é a corrente prevalecente em nosso ordenamento¹².

Cabe esclarecer que a segunda corrente, referente ao caráter punitivo ou disciplinador, é conhecida no Brasil também como “Teoria do Desestímulo”, sendo que esta, ao contrário do *punitive damages* norte americano,

¹¹ - NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. Volume.I, p. 569.

¹² - TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 423-424.

aplica-se não só aos casos de ocorrência de danos morais, mas também materiais:

Importante salientar que a Teoria do Valor do Desestímulo não se identifica totalmente com o padrão do “punitive damages” utilizado nos Estados Unidos, mormente porque estes não estão restritos as indenizações por danos morais, tendo aplicabilidade em todos os ramos de responsabilidade civil.¹³

Ainda a respeito das finalidades das reparações civis, cabe acrescentar que a função sancionatória e retributiva do dano não cinge-se apenas à esfera civil, uma vez que o próprio Código Civil, em seu artigo 408, prevê a cláusula penal, sendo aquela que pune o inadimplemento contratual quase que de forma a efetivamente castigar, punir aquele que causou descumprimento do contrato. Assim, perde força o argumento referente à exclusividade do Direito Penal em aplicar sanções, em que pese esta terminologia ser própria da esfera criminal.

Neste sentido da possibilidade de um ramo do direito privado cumprir com funções penalizadoras,

pertinente reiterar que as principais funções da responsabilidade civil continuam sendo a reparatória e a compensatória. No entanto, busca-se incitar a reflexão acerca da possibilidade de, em casos excepcionais, serem vislumbradas outras funções para este ramo do Direito, como as funções dissuasória e punitiva, para atingir um fim pedagógico e uma mudança de postura social¹⁴.

De forma a demonstrar a utilização prática e a importância da classificação da natureza jurídica dos danos morais, seguem duas ementas exemplificativas referentes a julgados do STJ que corroboram o entendimento de que a compensação por dano moral não deve ter natureza meramente reparatório, mas também pedagógico ou disciplinador:

¹³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Disponível em: < <http://portal.estacio.br/media/2476068/nilson%20de%20castro%20di%C3%A3o%202003.pdf>>. Acesso em: 12 de Set. de 2012.

¹⁴ - VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 40.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TROÇA DE BEBÊS EM MATERNIDADE PÚBLICA. DANO MORAL. REVISÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VERBA FIXADA COM RAZOABILIDADE (R\$ 15.000,00 PARA O MENOR E R\$ 50.000,00 PARA A GENITORA). IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A revisão do valor fixado a título de danos morais em razão da troca de bebês em maternidade pública encontra óbice na Súmula 7/STJ, uma vez que fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, a exemplo, da capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a extensão do dano, o caráter pedagógico da indenização.
2. Somente é possível rever o valor a ser indenizado quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa no presente caso.
3. Agravo Regimental do Estado do Acre desprovido.¹⁵

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO POR ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO DIANTE DE COMPROVAÇÃO DA NÃO AUTORIA POR EXAME DE DNA. RECOLHIMENTO AO CÁRCERE POR 6 MESES. DANOS MORAIS. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA COM RAZOABILIDADE (R\$ 60.000,00). IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A revisão do valor fixado a título de danos morais em razão de prisão indevida por estupro e atentado violento ao pudor encontra óbice na Súmula 07/STJ, uma vez que fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, a exemplo, da capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a extensão do dano, o caráter pedagógico da indenização.
2. Somente é possível rever o valor a ser indenizado quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa no presente caso.
3. Agravo Regimental do Estado de Goiás desprovido.¹⁶

¹⁵ - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 459.026/AC. Relator: FILHO, Napoleão Nunes Maia, PRIMEIRA TURMA, publicado no DJ em 08/05/2014. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 de ago. de 2014.

¹⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 442.471/GO. Relator: FILHO, Napoleão Nunes Maia, PRIMEIRA TURMA, publicado no DJ em 08/05/2014. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 20 de ago. de 2014.

Em ambos os casos supracolacionados, é mencionado o verbete sumular número 7 da súmula do STJ, o qual determina que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, estatuinto que o valor estipulado nas duas hipóteses, em instância ordinária, observou as peculiaridades do caso, como a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a extensão do dano, o caráter pedagógico da indenização, elidindo, frise-se, a teoria de que a compensação por dano moral possui natureza unicamente reparatória, mas também, inibitória, educativa.

Desta forma, avaliada a natureza jurídica da reparação por dano moral, deve-se observar os critérios utilizados pelos doutrinadores a fim de se balizar o quantum indenizatório referente ao dano moral, uma vez que o texto legal do Código Civil de 2002 não possui detalhamento a respeito da equalização entre o dano sofrido pela vítima e a lesão provocada pelo violador do direito de personalidade. Assim,

o magistrado deve agir com equidade, analisando: a) a extensão do dano; b) as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; c) as condições psicológicas das partes; d) o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima¹⁷.

Conforme o acima alinhavado, infere-se que a mensuração do quantum reparatório referente ao dano moral é bem mais complexo do que aquele utilizado para aferição do dano material, uma vez que neste último, basta avaliar a quantia monetária do que foi perdido pela vítima, focando-se no bem da vida violado. Já no caso do dano moral, a ampla diferença se nota com o foco da indenização não apenas no direito da personalidade desrespeitado, mas também em fatores psicológicos e sociais, impossíveis de serem aferidas objetivamente, uma vez que cada ser humano é único e enfrenta as diversas situações ofensivas de maneira não uniforme, pois

cada pessoa recebe de modo diferente o impacto decorrente de uma agressão direta aos direitos da personalidade ou da perda de um ente

¹⁷ - TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 426-427.

querido, haja vista que a estrutura psíquica e emocional de cada um é peculiar e própria, assim como são diferentes os laços de afetividade que unem as pessoas, mesmo em se tratando de pais e filhos ou de um mesmo pai ou uma mesma mãe com filhos diversos¹⁸.

Assim, caberia ao juiz arbitrar cuidadosamente o quantum indenizatório referente à compensação a título de danos morais, mas sem se utilizar de arbitrariedades, uma vez que a própria doutrina construiu as referidas balizas de forma a nortear esta ponderação de forma menos abstrata.

Ainda a respeito da ponderação valorativa a ser realizada pelo magistrado, em que pese as recentes quantificações por intermédio de tabela que estabelece previamente os valores dos danos morais a serem aplicados a cada caso concreto, os valores ali expostos servem apenas de norteadores e não de balizadores para o cálculo do dano moral indenizável.

Não há, portanto, natureza vinculante ou impositiva em relação às quantias definidas por consenso jurídico (não necessariamente majoritário ou unânime), mas mera noção a ser seguida pelos magistrados quando do arbitramento das condenações por danos morais. Assim, é recorrível a decisão que condena o autor do dano em danos morais utilizando-se dos valores dispostos na tabela, não havendo que se falar em arbitramento indiscutível.

Outrossim, deve observar ainda, o magistrado, se não existe, na hipótese de incidência do dano moral algum fator de redução, de forma a equilibrar a situação jurídica a fim de que não haja injustiça ou condenação a pagamentos desproporcionais, os quais poderiam ocasionar enriquecimento ilícito:

O padrão geral de quantificação do dano moral é o da intensidade da dor. Estabelecido o valor, em reais, que a compense, deve o juiz verificar se não há, no caso, a incidência de algum fator de redução, como o reduzido grau de culpa do devedor, a culpa concorrente da

¹⁸ DOS SANTOS, Romualdo Batista. *Crerios para fixação da indenização por dano moral*. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direitocivil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACaO%20DA%20INDENIZACaO%20POR%20DANO%20MORAL.pdf>> Acesso em 20 de julho de 2014.

vítima, a demora no ajuizamento da ação de indenização, a conduta do devedor ou a imposição da obrigação ao Estado¹⁹.

Desta forma, em suma e frisando o que fora acima alinhavado a respeito da função e do arbitramento do pagamento a título de compensação por danos morais, entende a doutrina majoritária que o dano moral, além da função compensatória, também teria finalidade pedagógica, inibitória e disciplinadora.

Existem autores, entretanto, que seguem o entendimento de que a função da compensação por danos morais seria exclusivamente reparatória, sendo que, nos casos em que o comportamento do causador do dano for de extrema gravidade e de alta reprovabilidade social, caberia o seu caráter sancionador, da seguinte forma:

naquelas hipóteses em que a conduta do devedor foi particularmente repulsiva, é devida indenização punitiva, que não se confunde com os danos morais. São funções diversas que cada verba indenizatória cumpre. Desse modo, o motorista drogado e embriagado que provoca um acidente com vítima deve ser obrigado a pagar indenização punitiva, como forma de sancioná-lo pelos atos praticados, enquanto a transportadora aérea (no caso de acidentes com mortes nos voos) não, devido à ausência de ato ilícito. Já num caso em que, de um lado, o credor sofre dor extremada e, de outro, é particularmente reprovável a conduta do devedor, são cabíveis cumulativamente os danos morais e a indenização punitiva²⁰.

No entanto, a crítica que se faz quanto à utilização pura e simples da função compensatória da responsabilidade civil é que, utilizando-se tão somente este critério, estaria o julgador adstrito à figura única da vítima, sem levar em conta a conduta do autor, mensurando o seu grau de reprovabilidade ou ausência de dever genérico de cuidado. Ademais, a ótica da reparação estaria voltada unicamente ao passado, pois se estaria na tentativa de consertar o que já foi feito, sem se atentar para o futuro, no sentido de se coibir condutas reprováveis em momentos posteriores. Assim,

¹⁹ - COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil*. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 444.

²⁰ Idem, *Ibidem*, p. 432.

por este ângulo, a responsabilidade civil é axiologicamente neutra, pois não permite nenhuma graduação no que se refere ao desvalor da conduta ofensiva. A simples reparação do dano não considera a maior gravidade da conduta.²¹

Outrossim, cabe acrescentar que além das funções punitiva, pedagógico-educativa e inibitória, existe a função social da responsabilidade civil, tendo em vista que o novo código civil, ao contrário do Código de 1916, que protegia a propriedade privada e primava pelo individualismo, apregoa o bem estar social e coletivo, sendo certo que,

como já foi dito, o novo diploma civil adotou como um de seus princípios norteadores o princípio da socialidade, o que significa que os institutos do Direito Civil passam a buscar um fim social, ou melhor, uma função social, o que é inegavelmente compatível com a nova Ordem Constitucional²².

O mesmo autor, conclui, resumindo as teorias quanto às funções da responsabilidade civil que

a responsabilidade civil assume uma tríplice função, qual seja, compensatória, visando recompor o prejuízo causado à vítima; punitiva, com o fim de desestimular o autor do dano a praticar novos comportamentos desviados geradores de dano; e pedagógica ou educativa, pois, vendo o autor do dano sendo punido de modo a sentir-se desestimulado a novas práticas danosas, a sociedade adota comportamento no sentido de respeitar os direitos alheios, porque em caso de violação e dano a estes, é de conhecimento público a consequência reservada para os infratores. Da conjugação das três funções da responsabilidade civil, surge a sua função social.²³

Seguindo este raciocínio, caberia ao Juiz, no caso concreto, utilizar-se das premissas relativas às funções da responsabilidade civil fundadas no dano moral para arbitrar o quantum. Ou seja, deve o magistrado balizar-se pelas funções de punir

²¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de Andrade. *Dano Moral e indenização punitiva. Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, p. 237.

²² - SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. *Responsabilidade civil: compensar, punir e educar*. São Paulo: Memória jurídica, 2010, p.114.

²³ - Idem, Ibidem, p.114.

e dissuadir, ponderando se na hipótese a ser julgada, a conduta do autor do dano deve ser potencialmente desestimulada. Neste sentido, acentua-se que

cuida-se, num primeiro momento, de estabelecer os objetivos a serem buscados em caso de condenação, de modo a adequar o julgamento aos comandos principiológicos da responsabilidade civil e suas funções, bem como a atingir efetivamente tais desideratos, quais sejam punir e/ou dissuadir, dependendo do caso posto em análise, na medida propícia para tanto. Ou seja, o valor a ser fixado pelo juiz deve prestar-se, a um só tempo, ao atendimento dessas duas finalidades da prestação pecuniária ou, eventualmente, a uma ou outra, o que deverá ser destacado na fundamentação da sentença.²⁴

Por fim, analisadas as funções da compensação por danos morais, passa-se à análise da aplicabilidade dos *punitive damages* (indenização punitiva) no direito brasileiro.

²⁴ - VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.133.

3. DA (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO BRASILEIRO

Posteriormente ao detalhamento dos critérios a serem observados para o arbitramento dos valores a título de danos morais, observa-se que o direito brasileiro, em que pese não aplique proeminentemente a condenação por dano moral como sanção, mas principalmente como compensação ou forma de minoração do sofrimento, cabe a análise das seguintes ementas que demonstram a aplicação do caráter punitivo-pedagógico na fixação do valor a ser pago, de forma acessória ao intuito principal:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO MEDIANTE FRAUDE. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO ARBITRADO COM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. A contratação de empréstimo em nome da autora, mediante fraude, e a indevida inscrição do seu nome em cadastros restritivos de crédito, são fatos que ensejam danos morais indenizáveis.

2. O valor da indenização deve atender ao caráter punitivo e pedagógico do provimento jurisdicional e se adequar à condição econômica do causador do dano.

3. A indenização arbitrada em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) é compatível com a extensão dos danos (art. 944 do CC) e com os paradigmas jurisprudenciais colacionados.

4. Apelação do réu conhecida, mas não provida. Unânime²⁵

²⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível nº 20070710127017. Relatora: RAFAEL, Fátima. 2ª Turma Cível. Publicado no DJE: 25/06/2014. P.: 119. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 20 de set. de 2014.

CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA BUCOMAXILOFACIAL. MATERIAIS ESPECÍFICOS. RECUSA INDEVIDA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO.

1. Estando o procedimento cirúrgico expressamente coberto pelo plano de saúde, não cabe à seguradora, de modo unilateral, restringir os materiais e métodos cirúrgicos que serão aplicados, pois a escolha da terapêutica mais conveniente compete, exclusivamente, ao médico que acompanha o estado clínico do paciente. 1.1. Precedente da Turma. “(...) Cobertura do plano de saúde deve referir-se às doenças, e não ao tipo de tratamento, que deve ser aplicado pelo método mais moderno e, obviamente, pela prescrição do profissional habilitado.” (20060110088677APC, Relator Romeu Gonzaga Neiva, DJ 07/12/2009 p. 134).

2. A recusa indevida de cobertura de seguro de saúde é passível de indenização por danos morais, na medida em que agrava a aflição e sofrimento experimentado pelo segurado, já fragilizado pela doença. 2.1. Precedente do STJ: “Conforme precedentes das Turmas que compõem a Segunda Seção, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito. Agravo Regimental improvido.” (AgRg no REsp 1172778/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti). 3.1. Para a fixação da indenização por danos morais deve-se considerar a situação econômica das partes, a gravidade do dano experimentado, bem como o duplo aspecto satisfativo/punitivo da indenização.

3. Recurso parcialmente provido.²⁶

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PACOTE DE SERVIÇOS TURÍSTICOS –TRANSPORTE AÉREO – ATRASO NO VÔO – EXTRAVIO DE BAGAGEM –AUSÊNCIA DE TRANSPORTE –APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANO MATERIAL - RESPONSABILIDADE DA OPERADORA DE TURISMO –DANOS MORAIS CARACTERIZADOS –REDUÇÃO DO QUANTUM DA INDENIZAÇÃO –ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1) – Estabelece companhia aérea com o seu passageiro relação de consumo, aplicando-se, no caso de reparação de danos, o Código de Defesa do Consumidor.

²⁶- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível nº 20120111108307, Relator: EGMONT, João. Publicado no DJE: 16/06/2014. Pág.: 165. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 18 de ago. de 2014.

- 2) – Como intermediadora dos serviços oferecidos, a operadora de turismo é responsável pela falha dos serviços oferecidos no pacote adquirido pelos consumidores, respondendo solidariamente com a companhia aérea, tanto em caso de atraso de vôo ou extravio de bagagens.
- 3) – Nas relações de consumo, a responsabilidade do fornecedor do produto ou do serviço é objetiva, logo prescinde do elemento subjetivo culpa.
- 4) – No que se refere a serviços de traslado oferecidos no aeroporto aos adquirentes de pacote, somente a operadora de turismo é responsável pelo não cumprimento deste item constante do contrato e pela reparação dos danos materiais sofridos.
- 5) – Cabe àquele que comete ato ilícito, causador de dano a alguém, tendo agido por negligência ou impropriedade, reparar o dano causado.
- 6) – Não se está diante de meros transtornos, aborrecimentos ou irritações normais do cotidiano, e sim de dano moral, quando se tem atraso de vôo, que leva se perder a conexão, e extravio de bagagem, devendo a companhia aérea e a operadora de turismo, como prestadoras de serviços, zelar pela prestação do serviço de forma satisfatória.
- 7) - Na fixação do valor indenizatório deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como as condições específicas do ofensor e do ofendido, de forma que seja atendido o caráter compensatório, pedagógico e punitivo da condenação, sem gerar enriquecimento indevido do lesado, nos termos do que preceitua os artigos 944 e 884 do Código Civil.
- 8) – A fixação da indenização em R\$12.000,00(doze mil reais), não se mostra razoável e proporcional ao dano causado, sendo ela 04(quatro) vezes maior que o preço do pacote de viagem adquirido, R\$3.000,00(três mil reais), e por isso deve ser reduzida para R\$3.000,00(três mil reais), sendo R\$1.500,00(hum mil e quinhentos reais) para cada um dos ofendidos, a ser pagos solidariamente pelas causadoras do dano.
- 9) - A correção monetária e juros de mora da indenização por danos morais deve ter o termo inicial contado a partir da fixação dos valores .
- 10) – Recurso conhecido e parcialmente provido. Preliminar rejeitada.²⁷

²⁷ - BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível nº 20130110628233. Relator: VASCONCELOS, Luciano Moreira, 5ª Turma Cível, Publicado no DJE: 20/06/2014. Pág.: 140. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 de set. de 2014.

Observa-se, na jurisprudência colacionada que, em que pese alguns autores entendam ter a compensação por dano moral caráter unicamente reparatório, aplica-se, nos casos práticos, fundamentado também na doutrina majoritária, o caráter punitivo, sancionador ou pedagógico do pagamento por danos morais. Desta forma, caberia questionar se esta função punitiva é idêntica à aplicada no direito norte americano, ou se apresenta temperamentos ao ser utilizada no direito brasileiro.

A respeito do instituto do punitive damages, também denominado de exemplary damages, cabe analisar as suas origens, pois é comum, devido à ampla divulgação por intermédio da mídia em comunicações de massa, dar-se ênfase às indenizações milionárias recorrentes no direito norte americano, sendo necessário portanto, esclarecer que o referido instituto também é aplicado em outros países, como Inglaterra, Itália, França, Alemanha e Portugal, mas com suas peculiaridades em cada país. No entanto,

por ser o berço das prestações punitiva e dissuasória (ou exemplar), concentra-se o estudo primeiramente no sistema anglo-saxônico, e mais detidamente nos Estados Unidos, onde maior evolução se deu nas últimas décadas, para, logo após, serem tecidas algumas considerações em relação a outros países, como Itália, França, Alemanha e Portugal, para, só então, chegar-se ao Brasil.²⁸

Como nos Estados Unidos a matéria recebeu na contemporaneidade maior atenção e desenvolvimento, o estudo resta mais detido ao sistema jurídico deste país, não sendo o motivo para restrição em face dos demais países a sua irrelevância jurídica, mas tão somente visibilidade prática. Desta maneira, cabe explicar que, na classificação dos ramos jurídicos no sistema norte-americano, ocorre uma divisão bem nítida entre o direito privado contratual (aquele em que as partes estipulam por intermédio de instrumento detalhado em cláusulas de cumprimento a maneira de implemento da obrigação) e o direito privado extracontratual (prescinde de instrumento contratual, sendo originário da prática de ato ilícito alheio a instrumento estipulado

²⁸ - VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 43.

pelas partes). Segundo Carolina Vaz, a denominação exata corresponde ao *Contract Law* e ao *Tort Law*, respectivamente, acentuando neste sentido que

A *tort Law* (responsabilidade civil decorrente de atos ilícitos) objetiva, resumidamente, proteger interesses pessoais e/ou sociais, restabelecendo a(s) pessoa(s), vítima(s) de determinado prejuízo, ao status quo ante (*compensatory damages*), além de punir o responsável (pessoa física ou jurídica) pela prática do dano causado a essa vítima e dissuadir este e a sociedade em geral de praticar semelhante conduta (*punitive damages* e *exemplary damages*).²⁹

Pois bem, o direito norte-americano, em seu sistema de Common Law, originário do Direito Anglo Saxão, diverso, portanto do nosso, de origem romano germânica, admite a punição monetária oriunda de um ato ilícito em proporções em muito superiores à extensão do dano, de forma a difundir um desestímulo à negligência, imprudência ou imperícia, não havendo, portanto, as limitações encontradas no direito brasileiro quanto à extensão do dano ou enriquecimento ilícito, o que se discutirá em momento próprio. De forma a demonstrar este arbitramento que é aplicado no caso concreto, explicita-se que

é sabido que a justiça norte-americana, refletindo a mentalidade prática daquele país, criou os “punitive damages” como um mecanismo de dissuasão. Política judicial altamente elogiável ressalvados os exageros. A diretoria, por exemplo, de uma grande fábrica de pequenas escadas de abrir, utilizadas por donas de casa, pode, visando diminuir despesas, liberar sua produção sem o devido controle de qualidade. Raciocinaria assim: “Por que gastar tanto com o controle de qualidade? Se alguma dona de casa se machucar, por defeito da escada, pagarei as despesas do hospital e os dias parados. Sairá, para nós, mais barato do que testar cada uma das milhares de escadas que fabricamos”. Para desestimular esse egoísta cálculo de “custo/benefício” a justiça americana condena o industrial do exemplo a pagar uma soma (“punitive damages”) que excede o real prejuízo material e mesmo moral da vítima (a dor e outros fenômenos subjetivos). A condenação “punitiva” funciona como um alerta àquele fabricante e aos demais fornecedores de bens e serviços.³⁰

²⁹ - VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47.

³⁰ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro Rodrigues. Universidade Federal de Santa Catarina. *Danos morais e punitivos*, p. 8-9. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10060-10059-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de junho de 2014.

Assim, de forma a estimular que os fornecedores de serviço ou de produtos e todos aqueles que sujeitam os indivíduos a um risco operem com maior prudência e cautela em relação a suas atividades, o direito norte americano se utiliza de sanções que superam demasiadamente o dano causado, pois além da função primordial de se reparar o sofrimento ou prejuízo causado, serve também o pagamento vultoso como forma de se inibir novos comportamentos displicentes por parte dos mesmos ou de outros fornecedores ou prováveis autores de sinistros.

Observados estes aspectos iniciais, já é possível aferir-se diferenças jurídicas em relação à aplicação da função punitiva nos EUA e no Brasil. Primeiramente, como o direito brasileiro tem origens germânicas, ao contrário da Common Law do direito norte-americano, a função punitiva do Estado restou exclusiva ao ramo do direito penal em nosso ordenamento, o que é corroborado da seguinte forma:

O Direito Norte – Americano é o Direito da common Law, direito esse que é costumeiro e construído, principalmente, a partir de decisões judiciais. Além disso, o modelo da common Law permite a pena privada o que em regra é vedado nos países de tradição romano-germânica. Em nossa escola romano-germânica a punição é eminentemente de competência do Estado, de acordo com o Direito Penal. Desse modo, pode-se falar em dois argumentos contra a adoção de um caráter punitivo nas indenizações por danos morais: em primeiro lugar o princípio da reserva legal e em segundo lugar, da pena privada.³¹

Assim, entende-se que, devido a separação das esferas civil, penal e administrativa em nosso ordenamento jurídico, sendo uma independente da outra, não caberia ao magistrado da área civil, por exemplo, aplicar uma sanção punitiva de âmbito penal. O que se admitiria seria uma punição de forma indireta ou reflexa, de forma a não ferir a autonomia entre as esferas jurídicas, nesta mesma linha, Fábio Ulhôa Coelho leciona que

Em vista da autonomia das esferas de responsabilização jurídica (civil, penal e administrativa), segue cada tipo de sanção seu regime próprio. O princípio da reserva legal aplica-se às sanções de natureza

³¹ - RIBEIRO, Marcelo Marques Antunes. *“Punitive damages”: a aplicação deste instituto no sistema brasileiro de responsabilidade civil*. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2006, p. 54. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RibeiroMM_1.pdf>.

pecuniária cujo resultado reverte para o Estado. É esse o caso das multas de direito penal de administrativas. E com certeza, para impor ao responsável por danos qualquer sanção pecuniária a ser satisfeita mediante pagamento ao Estado, é necessário previa lei que a comine.³²

Na mesma corrente de pensamento referente à impossibilidade de aplicação da punição de forma isolada, como pena, mas aceitando a condenação ao pagamento de valor a título de danos morais de forma acessória, reflexa ou indireta, Flávio Tartuce opina que

Esse caráter disciplinador, pedagógico ou educativo (acessório) somente será possível quando cabível for a reparação (principal). Não há como atribuir à reparação moral uma natureza punitiva pura, eis que a última expressão utilizada no artigo 927, caput, do CC é justamente a forma verbal da palavra reparação.³³

Outra corrente doutrinária, corroborada por Carlos Roberto Gonçalves, preleciona que o papel sancionador, punitivo do dano moral a ser arbitrado ao causador da dano já é inerente à contraprestação pecuniária devida, entendendo, portanto, ser despicienda a somatização de um valor além do já arbitrado para a compensação, sustentando a tese de que

O caráter sancionatório permanece ínsito na condenação ao ressarcimento ou à reparação do dano, pois acarreta a redução do patrimônio do lesante. Não se justifica, pois, como pretendem alguns, que o julgador, depois de arbitrar o montante suficiente para compensar o dano moral sofrido pela vítima (e que indireta e automaticamente, atuará como desestímulo ao ofensor), adicione-lhe um *plus* a título de pena civil, inspirando-se nas punitive damages do direito norte americano.³⁴

Existe também o entendimento, embasado inclusive na terminologia das palavras indenizar e reparar, contrário à função punitiva das indenizações pecuniárias, uma vez que que, como já dito, indenizar significa retornar ao status quo ante uma situação que foi alterada por ato comissivo ou omissivo de outrem, sendo

³² COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil*. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 443.

³³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6 ed. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 425.

³⁴ GOLÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 573/575.

certo que a aplicação de pena, ao caso, não tornaria a situação indene, mas geraria um crédito, uma valor a mais no cenário fático decorrente da violação jurídica. Assim,

A resistência à indenização punitiva, transcende, por óbvio, o aspecto terminológico. A dificuldade dos doutrinadores em aceitar a ideia de uma indenização que assuma feição punitiva decorre, em grande medida, do estabelecimento da premissa de que, na esfera civil, a resposta jurídica ao dano há de ser, única e exclusivamente, a reparação. Esse é o modelo ou paradigma a partir do qual são elaboradas as grandes construções teóricas da responsabilidade civil tradicional³⁵.

Ainda, conforme expresso no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, entende Fábio Ulhôa Coelho que a aplicação de pena isoladamente, de forma a punir a conduta ilícita do indivíduo realizada por juiz civil, violaria o princípio da legalidade, uma vez que o referido dispositivo estatui que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ora, como não há lei que comine pena às condutas ilícitas cíveis, não haveria de se falar em aplicação de pena àquele que provoca dano de origem civil pelo juiz da esfera civil, sob pena de arbitrariedade.³⁶

No entanto, defende o mesmo autor que seria possível, mesmo sem lei premonitória, a aplicação de sanção punitiva em âmbito civil, uma vez que, mesmo não havendo lei que preveja a liquidação em caso de danos em caso de responsabilidade objetiva, pois o artigo 186 do Código Civil apenas se refere aos casos de responsabilidade subjetiva, utiliza-se deste critério no caso concreto.

Portanto, deve-se utilizar do arbitramento por danos morais com função punitiva com certa cautela, analisando a reprovabilidade da conduta do agente causador do ilícito. Este é o entendimento de Fábio Ulhôa, ao explicitar

³⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de Andrade. *Dano Moral e indenização punitiva. Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 232.

³⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil*. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.447.

ser cabível no direito brasileiro, mesmo sem lei que a estabeleça em termos gerais ou específicos, a indenização punitiva nos casos em que a conduta do demandado tiver sido particularmente reprovável. Se restar provado que o cirurgião foi totalmente displicente, sem a mínima consideração para com o paciente, indiferente aos efeitos de sua desatenta conduta, a indenização não deve limitar-se à compensação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais da vítima. Cabe acrescentar-lhe uma verba a título de sanção civil, que integrará o crédito da indenização.³⁷

Cabe acrescentar, ainda, que o enunciado 379 do CJF/STJ dispõe que “o artigo 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”, ou seja, o fato de a Constituição Federal estatuir que as penas devem ser cominadas previamente por lei e o fato de ser notória a autonomia das esferas jurídicas cível, penal e administrativa não obstam a aplicabilidade de um caráter punitivo/sancionador a ser realizada pelo magistrado civil, o que não invade a competência dos juízes das demais áreas jurídicas por se tratar de matéria propriamente civil e privada, não havendo que se falar em afronta ao princípio da legalidade, portanto.

Além da legalidade, conforme exposto anteriormente, necessário expor, primeiramente, as principais críticas sofridas em relação à aplicação da denominada “teoria do desestímulo” tal qual realizado no direito norte americano. Assim, discrimina Carolina Vaz os principais argumentos contrários à função punitiva e dissuasória em nosso sistema jurídico vigente:

- 1) Os danos punitivos são verdadeiras sanções penais, contrapondo-se ao instituto da responsabilidade civil, que visa ao ressarcimento/compensação do dano efetivamente sofrido.
- 2) Admitir o uso dos “danos punitivos” seria ensejar o enriquecimento sem causa, pois a reparação pecuniária extrapolaria o prejuízo sofrido.
- 3) Esses danos representam a mercantilização da justiça e das relações existenciais, transformando o acesso à tutela jurisdicional em loteria, cujo prêmio máximo seriam “absurdas indenizações milionárias (tort lottery ou overcompensation)

³⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil*. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 447.

4) Seriam um *bis in idem*, já que em hipóteses de condenação por lesões corporais, p. ex., além da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, o autor seria punido novamente ao reparar os danos

5) A Constituição Federal de 1988, ao utilizar a expressão “indenização” no artigo 5º, inciso X, afasta qualquer possibilidade de fixação de valor a título de danos morais que seja superior ao prejuízo causado. (VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão; os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.)³⁸

Assim, tecidos os argumentos contrários à aplicação do referido instituto do direito norte americano no Brasil, adiciona-se uma reflexão adicional ao tema, o qual será analisado de forma mais minuciosa ao longo do desenvolvimento, sendo certo que, resolvido o aspecto da legalidade referente à função sancionadora da compensação por dano moral outrora abordado, cabe então aprofundar-se na análise referente aos limites pecuniários desta punição, uma vez que saltam aos olhos os excessos e desproporcionalidades das indenizações cominadas no direito norte americano, algo que refoge totalmente da realidade dos tribunais brasileiros, os quais ponderam os valores referentes às indenizações a serem pagas.

Como forma de comparar o tratamento dado aos montantes pecuniários das condenações por danos morais no direito americano e no direito brasileiro, seguem dois exemplos de casos reais nos quais houve condenação à indenização, sendo um nos Estados Unidos e outro no Brasil:

Um júri americano decidiu que uma mulher deve receber US\$ 3,5 milhões em indenização por queimaduras sofridas com uma máquina de café da rede Starbucks.

Dawn Samperisi, 36, da cidade de Glen Cove, no Estado de Nova York, sofreu queimaduras de primeiro e segundo grau na mão direita quando uma máquina de café expresso explodiu durante uma demonstração.

³⁸ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 83.

"Ela tem uma mão deformada, feia, horrível e dolorida, e ela vai tê-las pelo resto da vida", afirmou o advogado de Samperisi.

A defesa da Starbucks reconheceu que Samperisi ficou ferida em um "acidente infeliz" na filial de Glen Cove, mas disse que ela é "tão responsável" pelo que aconteceu quanto a Starbucks.³⁹

Prestador de serviço que coloca o cliente em risco de grave acidente e não dá assistência deve indenizar o consumidor. A conclusão é da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que manteve a decisão que condenou as empresas Giraffas Administradora de Franquias e TC Comércio de Alimentos a pagar indenização de R\$ 5 mil a uma cliente que cortou a boca ao comer um sanduíche, comprado na lanchonete, com um pedaço de vidro. Cabe recurso.⁴⁰

Pois bem, analisando-se os dois casos, em que as situações fáticas são demasiado parecidas (dano a cliente causado por falha na prestação de serviços), percebe-se claramente a diferença pecuniária atribuída em cada caso. Desta forma, cabe no presente momento, avaliar o porquê de o Direito Brasileiro não aplicar os punitive damages em sua forma pura da mesma forma em que o faz o Direito Americano quanto ao arbitramento dos valores a serem pagos.

É certo que o artigo 884 do Código Civil estatui que "aquele que sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários". Assim, a proibição do enriquecimento ilícito ou sem causa foi erigido em nosso ordenamento como princípio ordenador do direito civil, sendo definido como

A vantagem patrimonial auferida por um sujeito de direito sem fundamento jurídico. O enriquecimento indevido importa a obrigação para o sujeito que auferiu a vantagem patrimonial infundada (enriquecido) de compensar o sujeito às custas de quem aumentou o seu patrimônio (prejudicado).⁴¹

³⁹ - BBC BRASIL. "Mulher ganha indenização milionária da Starbucks". Publicado em 29 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/economia/020129_starbucksdi.shtml>. Acesso em 09 de agosto de 2014.

⁴⁰ - Revista Consultor Jurídico. "Giraffas deve pagar indenização para cliente". Publicado em 26 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-26/giraffas-pagar-indenizacao-vender-sanduiche-vidro>>. Acesso em 10 de junho de 2014.

⁴¹ - COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil*, volume 2: obrigações: responsabilidade civil. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54.

Assim, como a compensação pecuniária arbitrada superaria exponencialmente a extensão do dano nos moldes do nosso direito civil, parte da doutrina entende que a aplicação do instituto do *punitive damages*, da mesma forma em que serve ao direito americano leva à vítima um bônus superior ao ônus (lesão sofrida).

Infere-se, portanto, utilizando-se desta lógica, que a aplicação do *punitive damages* da mesma forma em que é realizada no direito norte americano resultaria em uma desproporção entre a lesão sofrida e o montante pecuniário a ser pago como forma de compensar o dano sofrido pela parte, uma vez que é logicamente desarrazoado (utilizando-se, lógico, da formula referente à indenização ser medida pela extensão do dano) o pagamento de mais de três milhões de reais a um cliente que teve sua mão queimada por produto ou serviço fornecido, como no exemplo supracitado.

Assim, a aplicação do instituto no direito brasileiro não poderia se incompatibilizar com o princípio do enriquecimento sem causa, sob pena de contrariar as bases do nosso ordenamento, uma vez que, no Brasil, a proibição do enriquecimento sem causa tem como uma das funções a equalização referente à afetação a diferentes patrimônios jurídicos, não podendo minorar excessivamente a esfera patrimonial de um sujeito de direitos em detrimento de outro, o que é corroborado da seguinte maneira:

Assim, sendo certo de que incidirá como uma pena privada traduzida em grande montante pecuniário, busca-se uma compatibilização do instituto com ordenamento jurídico brasileiro para que não esbarre no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, viabilizando, assim, uma maior eficácia da função desestimulante da conduta ilícita.⁴²

O princípio da proibição do enriquecimento sem causa é decorrente, ainda, de outros princípios basilares do direito civil brasileiro, tais como a função

⁴² - RUSSO, Rafael dos Santos. *Aplicação Efetiva dos Punitive Damages no atual Ordenamento Brasileiro*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, p. 5. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2014.

social, razoabilidade e proporcionalidade, todos oriundos da recente constitucionalização do direito civil, o qual observa a dignidade mínima necessária também ao ofensor. É o que defende, por exemplo, Flávio Tartuce:

Nunca se pode esquecer, ademais, da função social da responsabilidade civil. Se por um lado deve-se entender que a indenização é um desestímulo para futuras condutas, por outro não pode o valor pecuniário gerar enriquecimento sem causa ou ruína do ofensor, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade na fixação do quantum indenizatório.⁴³

Desta forma, infere-se que a importância dada ao nosso ordenamento ao enriquecimento ilícito nada tem de egoístico ou privativo da prosperidade alheia, como entendido por muitos leigos, mas cumpre, ao contrário, um importante papel social, conforme apregoado na Constituição Federal de 1988 com os seus princípios fundados na função social e na solidariedade. É que, ao se impedir o enriquecimento de alguém sem uma causa subjacente, estar-se-ia configurando o empobrecimento também sem causa subjacente de outra parte da relação jurídica, porque por um princípio basilar da economia, onde um enriquece demasiadamente, outro também empobrece de maneira diretamente proporcional.

Assim, de forma a evitar-se a ruína de alguém sem motivo justo ou razoável esquecendo-se do princípio norteador da proporcionalidade entre a conduta realizada e o resultado gerado, tutela-se no Código Civil a proibição do enriquecimento ilícito, de maneira a proteger o patrimônio individual.

Levantando também a discussão referente à crítica feita à aplicação da teoria do punitive damages no Brasil sob pena de tal fato gerar enriquecimento ilícito, leciona o mesmo autor que

A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das punitive damages do direito norte americano é que elas podem conduzir ao arbitramento

⁴³ - TARTUCE, Flávio. Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 6 ed. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 427.

de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico – constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece nosso ordenamento. Se a vítima já está compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito.⁴⁴

Ainda a respeito da possibilidade de violação ao princípio do direito civil referente à proibição do enriquecimento sem causa, explicita-se que

Não resta dúvida de que a compensação ou a reparação procedem, mas os danos punitivos é que são objeto de repúdio por parte dos estudiosos brasileiros por gerarem, de acordo com a sua visão, um enriquecimento sem causa quando se estipula um alto valor indenizatório⁴⁵.

Ocorre que, devido ao fato de o dano moral, ao contrário do material, ser incalculável por critérios de equivalência, e levando-se também em consideração o patrimônio do causador do dano como um dos elementos utilizados para a fixação do valor a ser arbitrado a título de condenação, existe uma corrente de pensamento que entende ser cabível o pagamento por danos morais de maneira superior à lesão causada, o que é reforçado pela seguinte ótica:

Estudando a argumentação dos que não aceitam os danos punitivos observamos uma falha. Ao estipular o valor do quantum devido parecem-nos que só é levada em conta a condição econômica de quem recebe a indenização. Esse exemplo torna-se claro nas relações de consumo, uma vez que nas sociedades de massa a maioria das empresas possui grande patrimônio econômico.⁴⁶

⁴⁴ - TARTUCE, Flávio. Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 6 ed. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 427.

⁴⁵ - RIBEIRO, Marcelo Marques Antunes. "Punitive damages": a aplicação deste instituto no sistema brasileiro de responsabilidade civil. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2006, p. 63. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RibeiroMM_1.pdf>. Acesso em 30 de julho de 2014.

⁴⁶ - RIBEIRO, Op.cit.

A superação do valor da compensação se comparada com o dano causado poderia ser justificada, portanto, pela impossibilidade de se mensurar a dor, o sofrimento de órbita moral. Desta forma, é evidente que, em muitos casos o dano moral pode superar, em muito, o dano material, uma vez que ao perder um bem palpável da vida, o sujeito de direito pode imediatamente calcular quanto este vale (uma jóia, a remuneração recebida pelo cônjuge, os pertences em um bagagem), ao contrário do que ocorre com os bens extrapatromônias que não são mensuráveis, cujo valor sentimental ultrapassa, em muito, os valores aferíveis no mercado de consumo (uma jóia da família, a ausência do cônjuge morto, o sofrimento por não ter seus pertences em outra localidade).

Outrossim, quando o causador da conduta ilícita possuir vultoso patrimônio, ineficaz seria a condenação a título de danos morais tomando-se como parâmetro a extensão do dano, pois a importância monetária, em que pese fosse alta para o critério do homem médio, poderia ser insignificante para uma pessoa jurídica, ou mesmo física, que possua patrimônio que ultrapasse as cifras dos milhões. A título de reflexão, que desestímulo geraria a soma de indenizações a serem pagas no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ao ano para uma empresa que fatura este mesmo valor em menos de uma semana?

Infere-se, portanto, que uma empresa multinacional, por exemplo, que lucra cifras de centenas de milhões de reais por ano, poderia ser condenada ao pagamento de danos morais de forma punitiva em valores superiores ao dano efetivo causado, uma vez que não afetaria de forma incisiva o seu funcionamento a sanção aplicada. Entende-se, ademais, que ao tratar-se de direito do consumidor, por ter o fornecedor a obrigação de cautela superior, em razão do risco da atividade, expondo de maneira exponencial a população à potencialidade de sinistros, não haveria grande injustiça ao se aplicar a compensação por dano moral de forma majorada, de forma a inibir futuros erros e negligências. Como exemplo, colaciona-se excerto de voto do Desembargador Flávio Rostirola, referente a acidente provocado por negligência de empresa produtora de evento, o qual dispõe que

ponderadas todas essas circunstâncias e levada em conta também a capacidade financeira da ré, por integrar, frise-se, um grupo econômico de substancial aporte, os montantes devem ser reavaliados, de forma a traduzirem justa compensação à consumidora pelo grave acidente de consumo que a vitimara, que, conforme bem pontuado pelo

Desembargador Gilberto de Oliveira, não pode ser reputado como uma fatalidade, mas, sim, evento decorrente da negligência em que incidira a ré ao preparar o acervo necessário à realização do evento que promovera.

Com base nesses argumentos, reviso o meu posicionamento anterior para dar parcial provimento ao apelo da autora e, reformando a sentença, majorar para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a compensação que lhe fora assegurada a título de dano moral e para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a compensação a título de dano estético.⁴⁷

Observa-se, portanto, que, em que pese não tenha sido feita alusão direta ao caráter sancionatório do dano na hipótese narrada, levou-se em consideração a situação econômica da empresa responsável pelo evento, sendo certo que o pagamento de quantia irrisória não cumpriria seu desiderato de desestímulo à repetição de descaso com a segurança pública, como no ocorrido.

A título ilustrativo, existem argumentos contrários à utilização de intuito punitivo para coibir condutas reprováveis futuras utilizando-se da tese de que a pena não serviria para evitar a prática do ato, uma vez que a vontade do indivíduo em praticá-lo poderia ser superior ao temor pelo recebimento de sanção pecuniária. Neste caso, parte da doutrina refuta o referido argumento alegando que o problema a ser analisado na hipótese seria a ineficácia da sanção, e não a inutilidade do instituto. É o que explicita, por exemplo, André Gustavo Corrêa de Andrade:

se concretamente, uma pena não se mostra eficaz como fator de prevenção, isso é uma questão que diz com a eficácia do instrumento, não com a sua natureza ou essência. O que aqui se deseja é que toda pena, incluída a de multa, é concebida para prevenir a prática de uma conduta indesejável.⁴⁸

⁴⁷ DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Cível nº 20100110092242. Relator: ROSTIROLA, Flávio. 1ª Turma Cível. Publicado no DJE: 11/12/2013. P.: 70. Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em 03 de ago. de 2014.

⁴⁸ - ANDRADE, André Gustavo Corrêa de Andrade. Dano Moral e indenização punitiva. Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito Brasileiro, p. 241.

A sensação de impunidade gerada ao se deparar com indenizações irrisórias arbitradas às vítimas de uma má prestação de serviços ou de eventos danosos configura, no entanto, um estímulo à repetição da conduta irregular, uma vez que seria mais vantajoso às grandes empresas continuar a pagar indenizações aos clientes ao invés de resolver a matriz do problema gerado, o que configura os notórios casos de desrespeito explícito ao usuário dos serviços, sem que haja incentivo à melhoria na sua prestação.

Na hipótese narrada, em que uma jovem paga a um prestador de serviços valor de entrada em um evento para se divertir, depreende-se que seria inerente à atividade desempenhada pela empresa, a tutela da segurança dos presentes, além, é claro, de proporcionar entretenimento. Sendo este, portanto um risco inerente à sua atividade empresarial, não haveria que se falar, em tese, em pagamento irrisório de indenização por danos morais apenas para compensar o sofrimento causado, uma vez que imperaria notória injustiça: a empresa lucraria com o evento enquanto a consumidora/cliente teve um dos seus bens mais preciosos - a incolumidade física – prejudicado em razão da mesma atividade lucrativa da produtora de eventos. A título de análise, quanto valeria o tempo que esta jovem perdeu no hospital devido a negligência da organizadora do evento? Como majorar o sofrimento vivido por uma jovem que teve seu corpo tomado por cicatrizes, pinos e pontos enquanto a empresa que lhe proporcionaria um serviço adequado não teve a estratégia de cautela referente àqueles que pagaram por uma prestação do mesmo?

No entanto, utiliza-se do argumento já explicitado do enriquecimento ilícito para se coibir a indenização que de fato desestimule a perpetuação de condutas abusivas, mas a corrente favorável à aplicação do *punitive damages* no Brasil demonstra ser possível a aplicação de indenizações mais vultosas e que de fato, afetem a estrutura patrimonial da empresa no intuito de coibir os erros em suas atividades. Não deixa de ser também, na verdade, uma forma civilizada de vingança, pois como a sociedade evoluiu e não se admite há muito o exercício arbitrário das próprias razões, o arbitramento de condenação em valores elevados ao causador de violação a bem juridicamente tutelado receberia civilmente uma sanção inibitória da repetição de sua conduta, além de proporcionar um certo conforto à vítima que não sentiria com tanta demasia a sensação de impunidade.

Parte da doutrina defensora da aplicação do instituto do punitive damages no ordenamento jurídico brasileiro, utiliza-se, ainda, do raciocínio de que, se a sanção pecuniária a ser paga for aplicada em algum fundo, e não diretamente à vítima, não haveria enriquecimento sem causa, pois ausente o liame entre causador do dano e o atingido.

Ademais, em casos de estudo de Direito Comparado, em certas hipóteses, restou determinado que a importância monetária a ser paga pelo causador do dano seria destinada a sujeito jurídico diverso daquele que sofreu diretamente o dano, assim como ocorre na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85), a qual estatui em seu artigo 13 que

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

Ainda defendendo a inocorrência de enriquecimento ilícito nos casos em que a indenização é revertida a algum fundo para este fim, é asseverado por Vitor Fernandes Gonçalves, a respeito dos interesses difusos que

Já no que toca à objeção referente ao alegado enriquecimento sem causa da vítima, releva notar que o enriquecimento do autor não se amolda técnico-juridicamente à figura do enriquecimento sem causa, uma vez respeitado o princípio da legalidade. Ademais, no âmbito da proteção aos interesses difusos, em que o produto das indenizações punitivas reverte para um fundo de indenização, esse problema deixa de existir.⁴⁹

Logo, nessas hipóteses, elidida estaria a argumentação referente ao enriquecimento sem causa, tendo em vista que o sujeito beneficiado pela pecúnia não idêntico ao que sofreu diretamente a violação de seu direito. Assim preleciona-se que

Quanto a gerar enriquecimento sem causa, como esclarecido, pela verificação do tratamento dado à matéria no Direito comparado, os sistemas que aplicam as prestações punitivas destinam o valor a ser

⁴⁹ GOLÇALVES, Vitor Fernandes. A punição na responsabilidade Civil. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 249.

pago pelo causador do dano, no mais das vezes, à vítima ou a uma entidade pública ou privada de interesse público relacionada ao bem jurídico afetado, ao menos como ocorre nos Estados Unidos.⁵⁰

Alega, ainda, a mesma autora, em relação à discordância referente à possibilidade de locupletamento ilícito da vítima que o objetivo do instituto não seria enriquecer uma parte e empobrecer a outra, pois a destinação do valor a ser pago seria decidido apenas no momento de sua aplicação, o que já ocorre, de certa forma, em nossa legislação, exemplificando que

Isso já ocorre nas condenações em sede de ações civis públicas por ilícitos contra o meio ambiente, contra o consumidor, a criança e o adolescente, entre outros interesses coletivos lato sensu que são tutelados pela esfera jurídica nacional. Ou, ainda, antes do ajuizamento de conduta, quando os valores a serem pagos pelo investigado pela prática dos referidos danos são destinados a instituições que visam a proteger ou promover o desenvolvimento de atividades relacionadas ao bem jurídico que foi atingido.⁵¹

No entanto, contrário a esta orientação fundada na defesa da inexistência do enriquecimento ilícito quando da aplicação do instituto em nosso ordenamento, consubstanciado na proibição do enriquecimento ilícito, segue, a título ilustrativo, excerto de julgado do Superior Tribunal de Justiça em que se demonstra a impossibilidade de aplicação do instituto da punitive damages da mesma maneira em que esta é utilizada no direito norte – americano. Os referidos argumentos acobertados pela ausência de razoabilidade no arbitramento de valores exorbitantes a título de sanção civil serviram para minoração de valor a que havia sido condenado o autor da conduta geradora do dano moral em primeira instância:

⁵⁰ VAZ, Caroline. Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 84.

⁵¹ Idem, Ibidem, p.84.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL.

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM VALOR EXORBITANTE. NECESSIDADE DA REDUÇÃO.

RESPEITO AOS PARÂMETROS E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES.

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

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

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

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

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

6. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e 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.⁵²

Desta maneira, corroborando o entendimento jurisprudencial supracitado, alguns doutrinadores entendem que haveria a criação da denominada “indústria do dano moral”, como uma loteria, nos casos em que se estipulasse arbitramento demasiado superior ao dano causado, alegando ser desproporcional e desarrazoada a aplicação do *punitive damages* no Brasil. Segundo José Camilo Neto,

a aplicabilidade do Dano Moral punitivo levanta uma importante questão, se a fixação do quantum indenizatório com caráter punitivo incentiva a indústria do dano moral, pois em decorrência do alto valor da indenização, aqueles indivíduos que buscam no judiciário o enriquecimento ilícito podem aproveitar-se deste instituto.⁵³

Assevera ainda o mesmo autor que alguns poderiam se utilizar de má-fé até mesmo no intuito de visar o sujeito passivo da indenização, uma vez que a vítima apenas receberia valores vultosos se o dano fosse causado por pessoa portadora de situação financeira favorável, pois

o ordenamento jurídico norte-americano adotando a teoria do dano punitivo assume enorme risco em relação aos postulantes de má-fé, ou seja, daqueles que visam no judiciário uma mina de ouro. O caráter punitivo possibilita a vítima do dano a receber uma grande quantia em dinheiro, uma vez que, além do ressarcimento receberá uma quantia extra que servirá para punir a vítima, é lógico que se o autor desfrutar de uma boa situação econômica maior será o valor da indenização.⁵⁴

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 850.273/BA. Relator: CASTRO, Honildo Amaral de Mello. QUARTA TURMA, publicado em DJe 24/08/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 25 de jul. de 2014.

⁵³ NETO, José Camilo. Evolução histórica do dano moral: uma revisão bibliográfica. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7053>. Acesso em 20 de jun. de 2014.

⁵⁴ Idem, *Ibidem*.

Desta forma, em que pese a existência de muitas empresas que desfrutam de lucros vultosos e mais do que suficientes para o pagamento de indenizações, é discutido ainda se o caráter punitivo-sancionador do instituto do *punitive damages* ocasionaria o enriquecimento ilícito das vítimas, em uma tentativa de desestimular e inibir a repetição dos danos nos casos em que a sociedade empresária desfruta de disponibilidade econômica exorbitante. Confrontam-se, portanto, o possível enriquecimento ilícito da parte lesada com a injustiça e irresponsabilidade referentes à continuidade do descaso em relação aos consumidores e vítimas dos serviços prestados. O que é também demonstrado ao se evidenciar que

Mesmo com o caráter compensatório aplicado pelo nosso Código Civil, o tema ainda suscita bastantes discussões no plano doutrinário, pois surge no Brasil uma tendência para a aplicação da Doutrina dos Punitives, defendendo uma indenização que traga ao autor uma punição para que não volte mais a praticar tais danos, e ainda servindo de exemplo para os demais.⁵⁵

Com raciocínio oposto ao enfrentado, por outro lado, há discordância quanto ao fato de a aplicação do instituto do *punitive damages* ocasionar a denominada “indústria do dano moral” ao se partir da ótica de que o enfoque a ser utilizado deve ser o da realidade fática do país em que será utilizado o instituto, e não o sistema jurídico paradigma, como o norte americano. Desta maneira, conseqüentemente, o valor resultante do arbitramento realizado seria diverso, ou seja, não tão exorbitante quanto o que ocorre no sistema aplicado nos Estados Unidos. É o que detalha Caroline Vaz ao diferenciar os sistemas americano e brasileiro de aplicação da lei:

Como no caso dos danos morais puros, há de prevalecer o bom senso do julgador, uma vez que, diferentemente da *tort Law* em que juízes leigos, ou seja, um Tribunal do Júri Popular, podem aplicar uma quantia

⁵⁵ NETO, Camilo José. Evolução histórica do dano moral: uma revisão bibliográfica. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7053>. Acesso em 20 de junho de 2014.

de condenação de acordo com seu entendimento, no Brasil, um técnico o fará, oportunidade em que se vai utilizar de instrumentos como o próprio princípio da razoabilidade, além de critérios como, por exemplo, os utilizados para fixar o quantum referente aos danos morais.⁵⁶

Contrastando ainda a aplicação da função punitiva das compensações por danos morais entre o sistema brasileiro e o norte – americano, cabe acrescentar que a ocorrência de resultados exponenciais no arbitramento dos danos morais nem sempre ocorre, não havendo que se falar em generalização das indenizações milionárias, conforme demonstrado pela mídia. Neste sentido, no afã de demonstrar as diferenças entre ambos os sistemas, Humberto Teodoro Junior acrescenta que

Se no direito norte-americano pode acontecer o emprego da indenização do dano moral como meio primitivo, duas observações, no entanto, sem impõem: a) não são todas as indenizações da espécie que assumem proporções de maior vulto; apenas em casos de grande repercussão social, o júri delibera transformar a indenização ressarcitória em indenização punitiva. No comum dos casos, as cortes se limitam a pequenas reparações.⁵⁷

Continuando sua explanação, frisa a diferença substancial entre ambos os sistemas, havendo impossibilidade de aplicação do instituto exatamente da mesma forma em que é aplicado no direito estadunidense, argumentando que

o direito americano está assentado em bases institucionais e sistemáticas muito diferentes das vigorantes no direito nacional. Aqui, entre nós, o uso da sentença civil para transformar a indenização do prejuízo individual em pena, sem que lei alguma o autorize, ofende a garantia constitucional do *nulla poena sine lege* (CF, art. 5º, XXXIX).⁵⁸ (Humberto Theodoro Junior. Dano Moral, 5. Ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 81-82).

Assim, resta evidenciada a clara diferença entre os sistemas e o conseqüente reflexo no valor das condenações a serem aplicadas. Ora, se no sistema

⁵⁶ VAZ, Caroline. Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.86.

⁵⁷ JUNIOR, Humberto Theodoro. Dano Moral, 5. Ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 81-82

⁵⁸ Idem, Ibidem, p. 81-82.

norte americano a função sancionatória do direito civil é calculada por populares, por óbvio que estes estariam mais sujeitos às paixões cotidianas e ao caráter vingativo referente à sanção pecuniária, sendo que, no Brasil, a aplicação seria realizada não por um indivíduo leigo, mas por técnico, supervisionado pelo Juiz, conhecedor dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, fulminando-se a possibilidade de indenizações que beiram às raias de um ganho na loteria, como dito por parte da doutrina.

Assim, cabe ainda acrescentar que, como nos Estados Unidos, cada Estado da Federação possui legislações independentes, o instituto em estudo pode ser aplicado também com seus temperamentos a depender do local em que se tenha formado a relação jurídica. Atualmente, no entanto, pode-se resumir que a referida sanção civil vem sendo reiteradamente aplicada em casos de negligência grosseira, responsabilidade civil objetiva e responsabilidade pela quebra de contrato, conforme assinalado a seguir:

Nos Estados Unidos, os punitive damages têm sido aplicados reiteradamente, com as peculiaridades que variam de um Estado para outro da Federação, conforme referido, para os casos de negligência grosseira (Gross negligence), responsabilidade objetiva (strict liability), responsabilidade civil pela quebra de alguns pactos contratuais.⁵⁹

No entanto, quanto ao último caso de aplicação do punitive damages, referente à quebra de alguns pactos contratuais, necessário esclarecer que, em nosso ordenamento jurídico, o mero descumprimento contratual não gera dano moral a ser indenizado, pois seria necessário, frise-se, que se superasse os meros aborrecimentos do cotidiano para que o inadimplemento ou desistência contratual gerasse um dano capaz de superar dissabor ordinário. Isto porque é evidente que todos estão sujeitos às intempéries da vida social, em que pactos e ajustes são renegociados constantemente. A fim de ilustrar o referido entendimento no sentido de que a mera quebra de expectativa contratual não é capaz de gerar dano moral, seguem arestos do Superior Tribunal de Justiça:

⁵⁹ VAZ, Caroline. Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 51.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. VERIFICAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ.

DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. MERO ABORRECIMENTO. PRECEDENTES.

ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. NÃO PROVIMENTO.

1. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, concluiu pela não ocorrência do dano moral. A revisão da conclusão adotada esbarra no óbice do verbete 7 da Súmula desta Corte.

2. O mero descumprimento contratual não acarreta dano moral indenizável.

3. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁶⁰

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO FINANCEIRA. FUNDO DE INVESTIMENTO. VARIAÇÃO CAMBIAL OCORRIDA EM 1999. PERDA DE TODO O VALOR APLICADO. CLÁUSULA STOP LOSS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CDC. RELAÇÃO DE CONSUMO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. MERO DISSABOR.

(...)

5. O simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais, sendo necessária a existência de um plus, uma consequência fática capaz, essa sim, de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.⁶¹

Assim, demonstrado que o descumprimento contratual não gera a ocorrência de dano moral de maneira imediata, passa-se a análise da ponderação quanto à proibição do enriquecimento sem causa, conforme já explicitado

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no REsp 1444549/SP. Relatora: GALOTTI, Maria Isabel. Publicado em 20/05/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 de jun. 2014.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 656.932/SP. Relator: FERREIRA, Antônio Carlos, publicado em 02/06/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 de jun. de 2014.

anteriormente e a necessidade de se desestimular a reiteração de comportamentos irregulares por intermédio de condenações pecuniárias.

De forma a exemplificar como tem sido equalizado o conflito entre o caráter sancionador e função inibitória do dano moral e a proibição do enriquecimento ilícito, seguem alguns entendimentos dos Tribunais pátrios. O primeiro, de São Paulo, discorre que

O valor da indenização deve ser fixado levando-se em conta os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade bem como as peculiaridades do caso concreto. Assim, entendo que o mesmo deve ser majorado para quantia correspondente a 20 (vinte) salários mínimos, solução que melhor se adequa ao princípio da razoabilidade, não gera enriquecimento sem causa e está em consonância com precedentes desta C. 2ª Câmara.⁶²

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, corroborando este entendimento, ao sentido de arbitrar a compensação a ser paga pelo autor da conduta danosa, também se utiliza do critério da limitação ao enriquecimento ilícito, conforme pode-se observar da ementa do julgado a seguir:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPETIÇÃO DO INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TELEFONIA. COBRANÇAS INDEVIDAS. SENTENÇA ULTRA PETITA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PUNITIVE DAMAGES. EXCESSO EXTIRPADO. É cediço que, em atenção ao princípio da adstrição, preconizado nos artigos 128 e 460 do CPC, há limitação imposta à prestação jurisdicional, devendo o magistrado, ao proferir a sentença, ater-se aos estritos termos em que deduzidos a causa de pedir e o pedido. Viável a extirpação do excesso cometido, no que tange à concessão de indenização pela função punitiva da responsabilidade civil, quando o pedido foi apenas de reparação de danos morais, não havendo falar em desconstituição in totum da sentença. Precedentes desta Corte. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Evidenciado nos autos que a operadora de telefonia demandada intentou cobranças indevidas em face da autora, após o cancelamento da linha, cabível o ressarcimento dobrado das importâncias pagas em excesso, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC.

⁶² SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação 0001407-41.2013.8.26.0372. Relator: PEIXOTO, César. Comarca Monte Mor. Órgão Julgador 38ª Câmara de Direito Privado. Publicado em: 27/06/2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7661909&cdForo=0>> Acesso em 12 de junho de 2014.

Desnecessidade de que haja comprovação de má-fé do credor. Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida, no ponto. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Conquanto cediço que a simples cobrança equivocada de dívida, por si só, não se revela suficiente à configuração do dano moral, ao concreto, restou comprovado o descaso da ré, que mesmo depois dos inúmeros contatos feitos pela parte autora no sentido de cancelar os serviços que não solicitara, persistiu no envio das faturas, trazendo a esta mais do que meros dissabores, estando caracterizado o dano moral e, por conseguinte, a obrigação de indenizar. Sentença confirmada, no tópico. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, bem como aos parâmetros utilizados por esta Câmara, em situações análogas, conduz à redução do montante indenizatório fixado para R\$ 3.000,00 (três mil reais), corrigidos monetariamente e acrescidos de juros moratórios conforme estabelecido na sentença. – *grifo nosso*. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.⁶³

Desta forma, no caso supracitado, foi o montante indenizatório reduzido em observância ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa, asseverando que a compensação deve ser suficiente para a recomposição dos prejuízos. No mesmo tribunal, outro julgado se esmiuçou mais profundamente a respeito da inaplicabilidade dos punitive damages aos valores a serem condenados a título de indenização, concluindo que, o referido instituto serve como base para os critérios a serem utilizados pelo juiz. É o que se depreende a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NULIDADE DE SENTENÇA. Sentença que ultrapassou os limites impostos pela parte autora com o manejo de sua petição inicial, infringindo ao que dispõe os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil. Aplicação dos punitive damages em desacordo com os preceitos estabelecidos pelo direito comparado. PRESENÇA DE OBJETO ESTRANHO EM PRODUTO OFERTADO PELA RÉ. DANO MORAL. NÃO CABIMENTO. Demanda em que a parte autora pleiteia indenização por danos morais em decorrência da presença de corpo estranho em produto ofertado pela ré. Inexistência dos requisitos elencados para a configuração da responsabilidade civil. Não configuração do dano moral, uma vez que a situação se caracteriza como mero dissabor ou aborrecimento na convivência do dia-a-dia.

⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70053971388, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 25/04/2013. Disponível em :<www.tjrs.jus.br>. Acesso em 03 de jul. de 2014.

Proveram a apelação da demandada e desproveram o apelo do demandante. Decisão unânime.

(...)

Concluindo, “a doutrina dos punitive damages exige, como se viu, outros critérios – bem mais rigorosos –, não podendo ser diferente, sob pena de o instituto ser inútil aos próprios fins que persegue. Mesmo na presença de uma base filosófico-cultural eminentemente utilitarista, a doutrina norte-americana considera imprescindível – para alcançar, efetivamente, um resultado socialmente útil com a punição/prevenção – a comprovação de elementos subjetivos (culpa grave, dolo, malícia, fraude etc.) a marcarem a conduta do ofensor. Do contrário, a aplicação indiscriminada da indenização punitiva, além de tornar-se um jogo de azar, acarretaria os fenômenos indesejáveis de hiperprevenção e supercompensação, não tendo nenhuma eficácia no plano ético-pedagógico se estendida à responsabilidade objetiva”.

Assim, infere-se que, no julgado utilizado de forma ilustrativa, o instituto do punitive damages não pode ser utilizado de maneira arbitrária, sendo imprescindível aferir-se o caráter subjetivo e seus elementos (dolo e/ou culpa) embaixadores da conduta do agente causador do dano, o que não se amoldaria ao campo da responsabilidade objetiva. Sendo assim, o uso do instituto tal como no direito norte americano, com bases filosófico-culturais diversas do direito brasileiro sem apurar-se o grau de culpa ou dolo do ofensor, geraria, como exposto no acórdão, em um “jogo de azar”, em que qualquer tipo de violação ao patrimônio jurídico resultaria na aquisição de patrimônio expressivo.

Já no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, avaliou-se se o caráter pedagógico das indenizações se confundiriam com os danos punitivos do Direito comparado. Na hipótese, a discussão se deu em razão da alegação de que o pagamento a título de danos morais para a parte lesada poderia configurar na utilização inadequada dos punitive damages, tese esta que foi afastada pelo julgado, conforme se demonstra a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA NA FORMAÇÃO DO CONTRATO. CONSEQUÊNCIA DESFAVORÁVEL À CONSUMIDORA QUE ULTRAPASSA O MERO ABORRECIMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. DESPROVIMENTO DO APELO DA PARTE RÉ. Hipótese de financiamento de veículo (motocicleta) com informação defeituosa e insegura à consumidora para usar, a um tempo, o nome de casada, e noutro o nome de solteira na formação do contrato, com isso causando obstáculo à entrega da cópia do contrato

de financiamento para regularização junto ao órgão de trânsito e propiciando a apreensão da motocicleta por ausência de documentação. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Violação dos deveres anexos de informação, boa-fé e confiança na formação escrita do pacto de mútuo bancário. O caráter pedagógico na plurivalência dos fundamentos para o efeito reparatório não caracteriza, por si só, o "punitive damages", mas simples parâmetro aceito tranquilamente em sede de doutrina e pretorianas e de igual modo a devolução em dobro, como contrapartida de justiça do contrato, e não resquícios dos chamados "danos punitivos" da legislação americana. Desprovemento do recurso.

0317260-92.2012.8.19.0001 – APELACAO. DES. ANTONIO CARLOS BITENCOURT - Julgamento: 04/06/2014 - VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR

Em outro julgado da mesma Corte, evidencia-se o entendimento de que o caráter pedagógico-punitivo da indenização a ser arbitrada não se confunde com os danos punitivos, servido tão somente como parâmetro para a aplicação da condenação pelo magistrado, não havendo que se falar em sanção ou punição além do permitido pela norma civil. É o que se afere, *verbis*:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PESSOA JURÍDICA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE ABALO À HONRA OBJETIVA. Responsabilidade da Bradesco Saúde. Primeiramente, deve ser mantida a sentença de improcedência em relação à primeira ré (Bradesco Saúde), por não existir qualquer responsabilidade quanto aos fatos narrados na peça inicial. Com efeito, a causa de pedir da demanda baseia-se no fato de que a empresa corretora de seguros (2ª ré) descontou indevidamente um cheque emitido pela parte autora. Tal cheque serviria de pagamento da 1ª mensalidade do plano de saúde a ser contratado junto ao Bradesco Saúde, no entanto, o negócio jurídico acabou não se concretizando já que os eventuais segurados não foram aprovados em exame médico. Mesmo sem a celebração do contrato de plano de saúde, a corretora procedeu ao desconto do cheque emitido pela autora, conforme cópia do cheque de fls. 23. Entretanto, não há qualquer responsabilidade da Bradesco Saúde, uma vez que o desconto foi efetivado apenas pela corretora, que, diga-se de passagem, não possui qualquer relação de vinculação ou dependência em relação às seguradoras que eventualmente intermediam negócios. Assim, não há que se falar em responsabilidade da 1ª ré (Bradesco Saúde). Dano moral. O mero descumprimento de um dever legal não dá azo à condenação por danos morais como forma de punição, porquanto, no ordenamento pátrio, não há a previsão do punitive damages. A doutrina, ao falar do caráter punitivo-pedagógico do dano moral, estabelece apenas um requisito indispensável para orientar o magistrado no momento do arbitramento do valor compensatório, mas, de forma alguma, trabalha com a idéia de que o dano moral configura-se com forma de punição. Dessa forma, imprescindível, para a

responsabilização por danos morais, a presença de todos os elementos da responsabilidade civil, dentre eles, a ocorrência de dano. Tratando-se de pessoa jurídica, a configuração do dano moral depende da prova do efetivo abalo de sua honra objetiva, que nada é mais do que o prestígio de que goza da comunidade. O desconto indevido de cheques, em tese, não é apto a causar qualquer repercussão perante a comunidade e, por isso, não há abalo à honra objetiva da pessoa jurídica vítima de tal ato ilícito. Dessa forma, diante da ausência de um dos pressupostos da responsabilidade civil, qual seja, o dano, o pedido de condenação da empresa ré ao pagamento de compensação por dano moral foi corretamente julgado improcedente, não merecendo reforma a sentença nesse ponto. Parte ré que sucumbiu em parte mínima dos pedidos veiculados na inicial. Recurso a que se nega seguimento.⁶⁴

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina explicita que os danos punitivos servem para penalizar condutas excepcionais, em que haja enriquecimento ilícito ou extrema gravidade na conduta reprovável do ofensor, conforme se afere do excerto colacionado, verbis:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE PROTESTO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JUÍZO A QUO QUE JULGOU PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS. INSURGÊNCIA DE AMBOS OS LITIGANTES. CASO CONCRETO EM QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA APONTOU DOIS CHEQUES PARA PROTESTO APÓS A EXPIRAÇÃO DO PRAZO DE APRESENTAÇÃO. INVIABILIDADE. PUBLICIDADE DA MORA QUE SE DEU APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO PARA TANTO, SEJA UTILIZANDO COMO PARÂMETRO A DATA DE EMISSÃO DA CAMBIAL OU A DE SUA PÓS-DATAÇÃO. TÍTULOS QUE DEVEM SER PROTESTADOS NO PRAZO DE APRESENTAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, CAPUT, COMBINADO COM O ART. 47, CAPUT, AMBOS DA LEI N. 7.357/1985. ATOS CARTORÁRIOS, VIA DE CONSEQUÊNCIA, EVADOS DE ILICEIDADE, IMPONDO-SE SUA NULIDADE. DEVER DE INDENIZAR, A SEU TURNO, QUE SE AFIGURA INCONTESTE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EXEGESE DA SÚMULA N. 297 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA TEORIA FINALISTA APROFUNDADA OU MITIGADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONTEXTO QUE

⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0025686-92.2010.8.19.0210. Relatoria: COTTA, Renata. - Julgamento: 04/02/2014 - TERCEIRA CAMARA CIVEL. Disponível em <www.tjrs.jus.br> . Acesso em 15 de ago. de 2014.

DISPENSA A ANÁLISE E COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO OFENSOR, BASTANDO QUE SE EVIDENCIE SUA CONDUTA ANTIJURÍDICA, O RESPECTIVO DANO E O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AQUELE E ESTE. REQUISITOS EVIDENCIADOS NO CASO. DANO MORAL QUE, NA HIPÓTESE DE INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES E PROTESTO INDEVIDO, PRESCINDE DA COMPROVAÇÃO DO ABALO ANÍMICO, CONFIGURANDO-SE, MESMO QUE EM FACE DA PESSOA JURÍDICA, IN RE IPSA, VALE DIZER, PELO PRÓPRIO FATO DA CONDUTA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ARBITRAMENTO. Em linha de princípio, de acordo com o art. 944, caput, do Código Civil, sua finalidade é meramente compensatória, ou satisfativa, com o fim de servir de lenitivo em favor da vítima. Por outro lado, avulta, hodiernamente, na linha do direito norte-americano (exemplary ou punitive damages), seu caráter punitivo, ou retributivo, de modo a sancionar o ofensor, sem prejuízo, como conseqüência deste viés, da prevenção geral (em face da comunidade) e especial (em face do autor), para que semelhantes condutas antijurídicas não sejam endossadas ou reiteradas -- chamada também de disciplinar ou pedagógica. O entendimento pátrio mais abalizado, no entanto, com acerto, restringe esta última para hipóteses excepcionais, vale dizer, para aqueles casos em que a mera compensação representaria medida ineficaz para a tutela do direito da personalidade -- ou, mais amplamente, da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Fundamental Law. São exemplos a albergar a punição, conforme o escólio de Sergio Cavaliere Filho (Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 98-100): quando a compensação é incabível; o comportamento do ofensor revelar-se particularmente reprovável; o agente obtiver lucro ilícito; e, por último, tratar-se de reiteração da conduta ilícita. Nesse sentido, aliás, caminha a jurisprudência ainda incipiente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1300187/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, j. 17-5-2012). Se assim é, deve-se apurar não somente o prejuízo da vítima, mas, igualmente, quando cabível, a gravidade e reprovabilidade da conduta ofensiva, norteados-se, como critério balizador, pela razoabilidade, a fim de que não alcance, inclusive à luz da capacidade econômica dos Litigantes, valor exorbitante ou irrisório que não reflita a peculiaridade do caso. CONTEXTO DOS AUTOS QUE, À LUZ DAS FINALIDADES COMPENSATÓRIA E PUNITIVA, DO PORTE ECONÔMICO DOS LITIGANTES E DE ACORDO COM PRECEDENTES FIRMADOS EM CASOS ANÁLOGOS POR ESTE COLEGIADO, RECOMENDA A MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PARA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA DESDE A DATA DO EVENTO DANOSO, QUAL SEJA, A DO PRIMEIRO PROTESTO LAVRADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 54 DA CORTE DA CIDADANIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. ATUALIZAÇÃO QUE DEVE TER INÍCIO DESDE A DATA DO ARBITRAMENTO, NOTADAMENTE A PARTIR DO PRESENTE JULGAMENTO, TENDO EM VISTA A MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA N. 362 DA MESMA CORTE SUPERIOR. SUCUMBÊNCIA. REVALORAÇÃO QUE SE IMPÕE DIANTE DA REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. AUTORA QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DE SEUS PEDIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ANÁLISE DETIDA DA DEMANDA QUE EVIDENCIA O

CONSIDERÁVEL ESFORÇO E ACOMPANHAMENTO DOS PROCURADORES DA DEMANDANTE, TRATANDO-SE DE CAUSA QUE TRAMITA DESDE 2010, E CONSIDERANDO AINDA O LUGAR DIVERSO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONTEXTO DOS AUTOS QUE RECOMENDA A ELEVAÇÃO PARA O PERCENTUAL MÁXIMO DE 20% PREVISTO NO ART. 20, § 3º, DO MESMO DIPLOMA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PEDIDOS FORMULADOS POR AMBOS OS LITIGANTES EM SEDE RECURSAL. INDEFERIMENTO. ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO PARA A INCIDÊNCIA DA PENALIDADE NÃO EVIDENCIADOS. PARTES QUE NÃO ULTRAPASSARAM OS LIMITES RAZOÁVEIS DO CONTRADITÓRIO, PROPICIANDO, AO MENOS, A DEVOLUÇÃO DA CAUSA E A CONFIRMAÇÃO, EM PARTE, DA SENTENÇA PELA INSTÂNCIA SUPERIOR. RECURSO PRINCIPAL DESPROVIDO. RECURSO SUBSIDIÁRIO PARCIALMENTE ACOLHIDO.⁶⁵

O Tribunal de Justiça do Paraná, por sua vez, traz julgado em que, na hipótese de indenização por danos morais (extravio de bagagem), o valor a ser utilizado para abater o sofrimento causado deve ter caráter meramente compensatório, e não punitivo, em que pese reconheça a existência de entendimento dissonante na doutrina e em parte da jurisprudência. É o que se demonstra:

(...) nesse sentido, cumpre ressaltar, aqui, que os danos morais, ao contrário do que entende parte da doutrina, não devem ter caráter punitivo, mas tão somente um caráter compensatório - reparatório.

A indenização devida a título de danos morais deve consistir, então, numa forma de compensar a vítima, pelo sofrimento experimentado, isto sem que se insira em indevidos efeitos punitivos.

Nesse sentido, ousar afirmar que os partidários da teoria do valor do desestímulo, equivocam-se na base de seu raciocínio, pois a ausência da titularidade do direito, então invocado, retira tal possibilidade.

Ora, por definição constitucional, o direito de punir não é do particular. É do Estado. Não sendo legítima a indenização dada com assento em tal base.

A teoria do “valor do desestímulo”, que embasaria o “caráter punitivo” da indenização por danos morais, funda-se na idéia americana dos “punitive damages”, que traduzidos como “danos punitivos”,

⁶⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.008444-0, de Ibirama Relatora: WOLFF, Rosane Portella. Publicado em 08/05/2014. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 10 ago. de 2014.

naturalmente, “nos conduz a uma expressão vazia e desprovida de conteúdo significativo no campo jurídico brasileiro.”⁶⁶

Por fim, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, entende-se que a teoria utilizada no direito comparado é aplicada no Brasil de forma não absoluta, com temperamentos, de forma que apenas em situações fáticas de profunda gravidade é que se deve falar em majoração da indenização por utilização dos punitive damages, conforme ilustrado no seguinte julgado de relatoria do Desembargador Waldir Leônico Lopes:

DIREITO DO CONSUMIDOR. SEGURO. TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DO BEM SEGURADO. SINISTRO. NEGATIVA DE COBERTURA SECURITÁRIA (CONCERTO DO BEM OU INDENIZAÇÃO). ALEGAÇÃO DE AGRAVAMENTO DO RISCO. DANOS MORAIS PELA RECUSA DA COBERTURA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Ainda que se admita a falta de comunicação da transferência do veículo a outrem no curso do contrato de seguro, tal omissão não implicaria o afastamento da responsabilidade da seguradora, conforme o pacífico entendimento do STJ, consubstanciado no enunciado n. 465 de sua súmula, que "ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação". Inteligência do art. 768 do Código Civil.

2. As sanções previstas no art. 17 do Código de Processo Civil somente são cabíveis quando for manifesta a prova no sentido de que a parte agiu nos termos do art. 16 do mesmo diploma legal. Não havendo nos autos qualquer evidência nesse sentido, não há falar-se em litigância de má-fé.

3. A priori, dissabores e frustrações decorrentes da recusa de pagamento da indenização de seguro sejam considerados danos morais. A doutrina dos punitive damage no direito brasileiro tem recebido temperamentos e justifica-se em casos de repercussão e gravidade.

4. Não havendo condenação ao pagamento de quantia determinada, impõe-se, na fixação dos honorários advocatícios, a observância do art.

⁶⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 1183236-9, 9ª C.Cível - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Relator: JÚNIOR, Francisco Luiz Macedo. Publicado em 03.07.2014. Disponível em <www.tjpr.jus.br>. Acesso em 25 de ago. de 2014.

20, § 4º, do Código de Processo Civil, o qual prevê a regra de equidade. Com efeito, o magistrado, de acordo com as especificidades do caso concreto, deve sopesar os parâmetros contidos nas alíneas do § 3º do citado preceptivo legal, para fixar, de forma justa, a verba honorária. Em consonância com os parâmetros mencionados, revela-se compatível a fixação de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.600,00 (um mil e seiscentos reais).

5. Recursos conhecidos e não providos, rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa.⁶⁷

Assim, percebe-se que os Tribunais têm se atentado para questão da razoabilidade e da proibição do enriquecimento ilícito para arbitrar o quantum indenizatório, uma vez que, ao contrário da cultura norte – americana, no Brasil, o pagamento da indenização será suportada pelo próprio autor da conduta, de maneira pessoal, e não por intermédio de seguros e resseguros, como é realizado nos Estados Unidos, o que resultaria, por consequência lógica, em uma penalização exponencialmente superior à efetiva extensão do dano e responsabilidade do indivíduo fundada no dever genérico de cuidado objetivo em nosso sistema.

Apesar desta argumentação, não se pode também aceitar, de forma pacífica, condenações a compensações por danos morais irrisórias, já que o sofrimento provocado pelo autor do dano pode ser de expressão incontestável. Como mensurar, por exemplo, a perda dos movimentos dos membros inferiores de um indivíduo que, por conduta negligente de uma empresa, provocou sinistro resultante nesta situação irreversível? Como compensar o sofrimento de uma mãe que perde o filho em tenra idade devido a incêndio propagado em ambiente de eventos por conta de irregularidades de funcionamento, como o caso da Boate Kiss, em Santa Maria-RS?

Portanto, o valor a ser calculado deve, além de gerar o desestímulo, a fim de que estas situações não se repitam, compensar de forma figurada (isto é dito porque nenhum valor pecuniário é capaz de minorar certos sofrimentos) as angústias sofridas. Desta forma, em que pese o óbice da proibição do enriquecimento ilícito,

⁶⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n.620686, 20060111057669APC, Relator: JÚNIOR, Waldir Leôncio Lopes. 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/09/2012, Publicado no DJE: 21/09/2012. Pág.: 146. Disponível em <www.tjdft.jus.br>. Acesso em 15 de set. 2014.

totalmente desarrazoada a condenação em quantias irrisórias, as quais propagam a impunidade.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, verificou-se que, em que pese o instituto do *Punitive Damages* obtenha bons resultados de desestímulo nos países que o adotam, tal teoria não poderia ser aplicada no Brasil de forma destemperada, tendo em vista que as nossas bases jurídicas possuem fundamentos e princípios valorativos diferenciados. Até mesmo a base cultural brasileira e forma como esta sociedade foi organizada influenciam na negativa de aplicação de forma irrestrita do instituto conhecido por sua aplicação em especial nos Estados Unidos, apesar de, como demonstrado no presente trabalho, existir também a aplicação do instituto em outros países da Europa.

Estas restrições quanto à aplicação do instituto se devem à proibição do enriquecimento ilícito como princípio basilar de nosso direito privado; a observância do princípio da reserva legal, tendo em vista que as sanções apenas podem ser aplicadas quando previstas expressamente em lei; e ao princípio do juiz natural, que, como base do direito penal, proíbe que um juiz que não seja da esfera criminal aplique sanções punitivas ao agente causador do dano.

Quanto às restrições sociais, percebe-se que o Direito Norte Americano trabalha com a ideia do resseguro, sendo que, em regra, as seguradoras contratadas ao momento em que se instaura um negócio é que pagam as indenizações exponenciais à vítima, não havendo prejuízo exorbitante para a empresa acionada.

Além disso, aqueles que se opõem à aplicação da teoria no direito brasileiro sustentam que o Código Civil é claro ao estatuir que a indenização se mede tão somente pela extensão do dano, sendo certo que, o recebimento de importância pecuniária em valor superior ao dano causado resultaria, inevitavelmente em afronta ao artigo 924 e ao princípio da proibição do locupletamento ilícito.

No entanto, defensores da aplicação da teoria no Brasil, sustentam que, da mesma forma em que nos países que adotam os *punitive damages*, nosso ordenamento, no caso de Ação Popular, destina o valor da indenização a um fundo, ou

seja, pessoa diversa da atingida pela violação do direito. Assim, neste caso, não haveria enriquecimento ilícito de outrem em razão da condenação arbitrada, pois a verba seria destinada àquele que não participou da relação jurídica inicial.

Outros defensores entendem que, em que pese o Código Civil defina que a indenização se meça pela extensão do dano, em caso de dano moral, este não pode ser mensurado, não havendo possibilidade de se falar em exagero na condenação arbitrada pelo magistrado.

Ao se ponderar todos os argumentos, conclui-se que, hodiernamente, os tribunais brasileiros têm se utilizado do instituto com parcimônia, servindo ele de base para o arbitramento do valor da condenação, que poderá ser majorada em casos de gravidade da conduta do ofensor, avaliando-se portanto, o caráter subjetivo de seu comportamento e as consequências dele advindas, não se aceitando o referido instituto como base para arbitrariedades na ponderação dos valores a serem pagos a título de indenização.

Desta forma, os instituto não pode ser aplicado no Brasil da mesma forma em que utilizado em outros países, sob pena de se aplicar teoria que esbarra em princípios intrínsecos ao nosso direito, sendo com ele incompatível. É possível, no entanto, acolher alguns de seus fundamentos para punir mais severamente o autor do fato que se excedeu em culpa ou dolo, como forma de gerar desestímulo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e indenização punitiva. Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito Brasileiro*, 4ªed, Rio de Janeiro:Lumen Juris.

BBC BRASIL. “Mulher ganha indenização milionária da Starbucks”. Publicado em 29 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/economia/020129_starbucksdi.shtml>. Acesso em 09 de agosto de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1269246/RS, Relator: SALOMÃO, Luís Felipe, publicado no DJ de 27/05/2014. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 de jun. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1269246/RS, Relator: SALOMÃO, Luís Felipe, publicado no DJ de 27/05/2014. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 de jun. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 850.273/BA. Relator: CASTRO, Honildo Amaral de Mello. QUARTA TURMA, publicado em DJe 24/08/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 25 de jul. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 850.273/BA. Relator: CASTRO, Honildo Amaral de Mello. QUARTA TURMA, publicado em DJe 24/08/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 25 de jul. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no REsp 1444549/SP. Relatora: GALOTTI, Maria Isabel. Publicado em 20/05/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 de jun. 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível nº 20070710127017. Relatora: RAFAEL, Fátima. 2ª Turma Cível. Publicado no DJE: 25/06/2014. P.: 119. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 20 de set. de 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível nº 20130110628233. Relator: VASCONCELOS, Luciano Moreira, 5ª Turma Cível, Publicado no DJE: 20/06/2014. Pág.: 140. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 de set. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 656.932/SP. Relator: FERREIRA, Antônio Carlos, publicado em 02/06/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 de jun. de 2014.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Cível nº 20100110092242. Relator: ROSTIROLA, Flávio. 1ª Turma Cível. Publicado no DJE: 11/12/2013. P.: 70. Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em 03 de ago. de 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n.620686, 20060111057669APC, Relator: JÚNIOR, Waldir Leôncio Lopes. 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/09/2012, Publicado no DJE: 21/09/2012. Pág.: 146. Disponível em <www.tjdft.jus.br>. Acesso em 15 de set. 2014.

DOS SANTOS, Romualdo Batista. *Créritos para fixação da indenização por dano moral*. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direitocivil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACaO%20DA%20INDENIZACaO%20POR%20DANO%20MORAL.pdf>> Acesso em 20 de julho de 2014.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 573/575.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Dano Moral*, 5. Ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

MARINS, Felipe Fernandes. *Dano moral ou mero aborrecimento?* Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/3540/dano-moral-ou-mero-aborrecimento>>. Acesso em 08 de jun de 2014.

NETO, Camilo José. *Evolução histórica do dano moral: uma revisão bibliográfica*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7053>. Acesso em 20 de jun de 2014.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. Volume.I, p. 569.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 1183236-9, 9ª C.Cível - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Relator: JÚNIOR, Francisco Luiz Macedo. Publicado em 03.07.2014. Disponível em <www.tjpr.jus.br>. Acesso em 25 de ago. de 2014.

Revista Consultor Jurídico. “Giraffas deve pagar indenização para cliente”. Publicado em 26 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-26/giraffas-pagar-indenizacao-vender-sanduiche-vidro>>. Acesso em 10 de junho de 2014.

RIBEIRO, Marcelo Marques Antunes. *“Punitive damages”: a aplicação deste instituto no sistema brasileiro de responsabilidade civil*. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RibeiroMM_1.pdf>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70053971388, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 25/04/2013. Disponível em :<www.tjrs.jus.br>. Acesso em 03 de jul. de 2014.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro Rodrigues. Universidade Federal de Santa Catarina. *Danos morais e punitivos*. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10060-10059-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de junho de 2014.

RUSSO, Rafael dos Santos. *Aplicação Efetiva dos Punitive Damages no atual Ordenamento Brasileiro*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.008444-0, de Ibirama Relatora: WOLFF, Rosane Portella. Publicado em 08/05/2014. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 10 ago. de 2014.

SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação 0001407-41.2013.8.26.0372. Relator: PEIXOTO, César. Comarca Monte Mor. Órgão Julgador 38ª Câmara de Direito Privado. Publicado em: 27/06/2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7661909&cdForo=0>> Acesso em 12 de junho de 2014.

SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. *Responsabilidade civil: compensar, punir e educar*. São Paulo: Memória jurídica, 2010.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. *A constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/24039/a-constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em 09 de jul de 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6 ed. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2011.

VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.