

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO**

**ELCIO NACUR REZENDE**

**JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA**

**OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-036-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

---

### **Apresentação**

O XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, ocorrido nos dias 3 a 6 de junho de 2015, em Aracaju, Sergipe, apresentou como objeto temático central Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Este encontro apresentou a peculiaridade de ter, pela primeira vez, um grupo de trabalho dedicado ao Direito Civil Contemporâneo, que, de acordo com a ementa oficial, destinava-se ao exame de questões relevantes dessa disciplina jurídica sob o enfoque da metodologia privatística, suas categorias clássicas e sua milenar tradição, mas com a necessária aderência aos problemas de uma sociedade hipercomplexa, assimétrica e com interesses econômicos e sociais contrapostos.

O grupo de trabalho, que ocorreu no dia 5 de junho, no campus da Universidade Federal de Sergipe, contemplou a apresentação de 29 artigos, de autoria de professores e estudantes de pós-graduação das mais diversas regiões do país. Os trabalhos transcorreram em absoluta harmonia por quase sete horas e, certamente, propiciaram a todos bons momentos de aprendizado em um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, que hoje é chamado a dialogar com o legado imperecível de sua tradição romano-germânica e com os desafios contemporâneos.

Os artigos reunidos nesta coletânea foram selecionados após o controle de qualidade inerente à revisão cega por pares, em ordem a se respeitar os padrões da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e também para que esta publicação seja útil para os diversos programas de pós-graduação aos quais se vinculam seus autores.

Neste livro eletrônico, o leitor encontrará textos atuais e com diferentes enfoques metodológicos, doutrinários e ideológicos sobre temas de interesse prático e teórico do Direito Civil Contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito Civil, há diversos artigos sobre os direitos da personalidade, a lesão e a interpretação do Direito Civil. No Direito das Obrigações e dos Contratos, destacam-se escritos que dizem respeito à função social do contrato, aos demais princípios contratuais e sua correlação com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade, aos deveres anexos da boa-fé objetiva, às distinções entre renúncia e remissão, ao contrato de doação modal, bem assim aos contratos de agência e de representação comercial. A Responsabilidade Civil

também despertou significativo interesse dos participantes do grupo de trabalho, que expuseram suas visões sobre os danos morais, as lesões decorrentes de cirurgias plásticas, as conexões entre a incapacidade e a reparação de danos, a ação direta das vítimas em face das seguradoras, a função punitiva e o Direito de Danos e a reparação por ruptura de noivado.

No Direito das Coisas, o leitor poderá examinar textos sobre a hipoteca, a propriedade aparente e o problema da ausência de procedimento especial sobre a usucapião judicial no novo Código de Processo Civil. No Direito de Família e no Direito das Sucessões, houve um significativo número de artigos, que se ocuparam dos mais variados temas, ao exemplo das famílias mosaico, da Lei de Alienação Parental, das modalidades de filiação e de seu tratamento jurídico contemporâneo, do núcleo familiar poliafetivo, do testamento vital e do planejamento sucessório.

Essa pátina com cores tão diversas, a servir de metáfora para as diferentes concepções jurídicas emanadas neste livro, foi causa de alegria para os coordenadores, que puderam observar que no Brasil não há predileção por qualquer parte do Direito Civil, muito menos se revelaram preconceitos injustificáveis diante das novas relações humanas. Em suma, os temas abordados abrangeram os diferentes livros do Código de 2002, conservando-se os autores atentos à dinamicidade das relações sociais contemporâneas.

Todos os trabalhos apresentados e que hoje se oferecem à crítica da comunidade jurídica refletiram o pensamento de seus autores, sem que os coordenadores desta obra estejam, em maior ou menor grau, a eles vinculados. Trata-se do exercício puro e simples da liberdade e do pluralismo, dois valores centrais de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos valores constitucionais que lhe dão suporte.

Ao se concluir esta apresentação de um livro sobre o Direito Civil Contemporâneo, não se pode deixar de lembrar o que a palavra contemporâneo significa. Para tanto, recorre-se a Giorgio Agamben, tão bem parafraseado por José Antônio Peres Gediél e Rodrigo Xavier Leonardo, quando disse que contemporâneo é algo que pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e aprender o seu tempo. De tal sorte que, o contemporâneo inevitavelmente será marcado pelo desassossego, que muitas vezes adverte e atenta a fragilidade daquilo que está posto como o estado da arte, malgrado não o ser. (GEDIÉL, José Antonio Peres; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Editorial. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.2., p.17-19, jan-mar.2015. p. 17).

Essa contemporaneidade que se faz necessária no estudo do Direito Civil, sem fechar as portas a um passado rico de experiências e de construções admiráveis, tão bem refletidas no elogio de Franz Wieacker aos pandectistas, sobre os quais afirmou serem suas ideias a base sobre a qual repousam as melhores estruturas do Direito Privado atual (WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2., neubearb. Aufl. von 1967. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, §23.) . Mas, sem que sejam os civilistas transformados em estátua de sal, como a mulher de Ló, por só buscarem nas brumas dos tempos idos as soluções que não mais se prestam a um dia colorido por luzes tão diferentes.

Dessa forma, apresentam os coordenadores, orgulhosamente, esta obra cujo conteúdo certamente enriquecerá a cultura jurídica de todos e, em especial, aqueles que cultuam o Direito Civil Contemporâneo.

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre e Doutor em Direito.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Pós-Doutor em Direito Constitucional Universidade de Lisboa, a Clássica. Pesquisador visitante, em estágio pós-doutoral, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha), com bolsa de Max-Planck-Gesellschaft.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984),

## **FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL: ANÁLISE CRÍTICA E PROPOSIÇÕES FUNCIONALMENTE EQUIVALENTES**

### **PUNITIVE FUNCTION OF MORAL DAMAGE: CRITICAL ANALYSIS AND FUNCTIONALLY EQUIVALENT SOLUTIONS**

**Aline De Miranda Valverde Terra**

#### **Resumo**

Este artigo se destina a empreender análise crítica acerca da atribuição de função punitiva ao dano moral, e a apontar as soluções alternativas, funcionalmente equivalentes, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. O tema se justifica em razão da ampla invocação da referida função como critério de majoração do dano moral, a despeito da falta de bases legais para tanto. A fim de alcançar os objetivos propostos, discorrer-se-á, brevemente, sobre a contemporânea conformação da responsabilidade civil, destacando o processo de objetivação do instituto e a superação do ato ilícito pelo dano injusto, e examinar-se-á a estrutura e a função do dano moral.

**Palavras-chave:** Critérios de quantificação; dano moral; enriquecimento sem causa; função punitiva

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article intends to undertake a critical analysis about the allocation of the punitive function of moral damage, and indicates the functionally equivalent solutions within the Brazilian legal system. The theme is justified because of the widespread invocation concerning that function as a criterion to increase the moral damage, despite the lack of legal bases for both. In order to achieve the proposed objectives, it will briefly discuss the contemporary conformation of Tort Law, detaching the objectivity of the institute and the overcoming of tort by the unjust damage, and will examine the structure and function concerning the moral damage.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Quantifying criteria; moral damage; unjust enrichment; punitive function

## Introdução

A objetivação da responsabilidade civil já não é apenas tendência, senão realidade facilmente perceptível. A culpa, concebida outrora como um dos filtros principais da responsabilidade civil,<sup>1</sup> perde gradativamente sua importância, especialmente a partir do final do século XIX, quando os efeitos da *era do maquinismo* passaram a dificultar, sobremaneira, não apenas a demonstração da culpa relacionada ao dano infligido, como também a identificação de seu causador, a conduzir à multiplicação dos acidentes “anônimos” e ao aumento, ainda mais desproporcional, das vítimas não ressarcidas.

Inicia-se, assim, contínuo e irrefreável processo de superação da necessidade de prova da culpa, que evolui da previsão de inúmeras hipóteses de presunção, para a adoção de cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo Código Civil de 2002.<sup>2</sup> Cuida-se, com efeito, de regra de imputação de responsabilidade que prescinde, por completo, da análise da conduta do ofensor.

Não se trata, contudo, de fundamentar a teoria da responsabilidade civil no risco, em detrimento da culpa; trata-se, sim, de reconhecer, tanto num como noutra, “meros processos técnicos de que se pode lançar mão para assegurar às vítimas o direito à reparação dos danos injustamente sofridos”.<sup>3</sup> Afigura-se, de todo modo, inquestionável a vocação da responsabilidade objetiva como o meio mais eficaz de viabilizar a reparação e, conseqüentemente, de tutelar a vítima do dano.

Na esteira desse processo evolutivo, mesmo a responsabilidade subjetiva sofre os influxos dos novos tempos: abandona-se a concepção clássica da culpa, fortemente contaminada por caráter moral, em favor de conceito normativo, que se revela na ideia de erro de conduta, consubstanciado na violação de dever jurídico genérico proveniente do *neminem laedere*. Uma vez demonstrado o desvio do modelo de conduta caracterizado pela boa-fé e pela diligência média, resta configurada a culpa, que prescinde, portanto, da pesquisa a respeito da intenção do

---

<sup>1</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo Atlas, 2007.

<sup>2</sup> “Art. 927, parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

<sup>3</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 180, 181.

agente, a eliminar, em definitivo, o elemento subjetivo presente na culpa clássica e, por consequência, seu caráter moralizador.<sup>4</sup>

A realidade dinâmica, marcada pela criatividade humana e crescente especialização das diversas atividades desenvolvidas, torna insuficiente a figura genérica do *bonus pater familias* como parâmetro de comparação para as mais variadas atividades desempenhadas, e passa-se a adotar tantos *standards* de diligência quantas forem os tipos de conduta verificáveis no trato social, a viabilizar a análise mais precisa e objetiva do comportamento no caso concreto. A vítima fica, assim, dispensada da difícil – e quase diabólica – prova acerca do elemento anímico do ofensor, bastando-lhe demonstrar a inadequação da conduta efetivamente executada à conduta padrão relativa à atividade desempenhada.

Torna-se possível, a partir daí, graduar a culpa do agente conforme a discrepância de sua conduta em relação ao *standard*. O grau de culpa assume importância capital para a atribuição de responsabilidade, e permite excluí-la diante da eventual apuração de culpa levíssima, uma vez que o cuidado extremo não está contido no conceito de diligência razoável.

Demais disso, verifica-se, ainda, nítida mudança de foco da responsabilidade civil, a que Orlando Gomes designou “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”,<sup>5</sup> resultado da constatação de que há inúmeros danos provenientes de condutas outras que não atos ilícitos, a exigirem, também, reparação.<sup>6</sup> O dano injusto não se identifica com a antijuridicidade, com a violação de direito ou de norma; a injustiça do dano está, sim, na lesão a interesse jurídico merecedor de tutela.

Altera-se, assim, profundamente a função da responsabilidade civil, que abandona seu viés moralizador, e volta-se para a tutela da vítima, perseguindo a reparação integral do dano

---

<sup>4</sup> Preciosa, nesse sentido, a lição de Ricardo Lorenzetti: “La concepción psicológica de la culpa considera a ésta como un mero nexu psíquico entre el autor y el resultado. Modernamente se estableció que la culpa encierra un juicio de valor Del ordenamiento jurídico acerca Del agente, reprochándosele el menosprecio que implica su actuar al no haberse conducido conforme a derecho. Se decidió por lo injusto cuando pudo haber obrado lícita y jurídicamente. La introducción del elemento normativo connota la culpa como un defecto de la voluntad que se traduce en la violación de un deber. Desde la óptica kelseniana, se podría opinar que en el acto culposo se viola una norma secundaria” (LORENZETTI, Ricardo. **Responsabilidad civil de los médicos**. t. I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 450).

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, J. R. P. (Org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 293.

<sup>6</sup> “Uma reconstrução da teoria da responsabilidade civil e a revisão das normas que a institucionalizam começaram com a mudança de perspectiva que permite detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substitui-se, em síntese, a noção de *ato ilícito* pela de *dano injusto*, mais ampla e mais social” (GOMES, Orlando, op. cit., p. 295).



sofrido, cuja medida deve ser o próprio dano, como, em boa hora, estabeleceu o art. 944 do Código Civil.<sup>7</sup>

A despeito, contudo, de todas essas mudanças por que passou a estrutura e a função da responsabilidade civil, referidos aspectos ainda suscitam viva controvérsia no âmbito do dano moral: se não há consenso sequer quanto ao próprio conceito, a identificação de sua função enseja intensos debates, sobretudo no que tange ao reconhecimento de uma suposta função punitiva. Com efeito, como argutamente já se observou, “se essa questão, hoje, parece menos vibrante, isso se deve antes ao cansaço dos contendores que ao fato de terem encontrado uma solução”,<sup>8</sup> constatação que renova a necessidade de retomar os debates, a exemplo do que ora se propõe. Advirta-se, por oportuno, que este estudo não se destina a sistematizar soluções para a temática proposta, senão identificar os problemas e apontar possíveis caminhos em direção à disciplina mais adequada, à luz da legalidade constitucional brasileira.

## 1. Dano moral: o que é e para o que serve

Parte significativa da doutrina e da jurisprudência conceituam o dano moral como o efeito não-patrimonial da lesão, identificado pela “dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do ofendido, causando-lhe aflição, angústia, desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa ou sensibilidade exacerbada”.<sup>9</sup> A concepção parece confundir, no entanto, o dano sofrido

---

<sup>7</sup> “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

<sup>8</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Para uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.19, p. 211, jul./set. 2004.

<sup>9</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 66. Assim também define a jurisprudência, a exemplo do que se verifica na decisão a seguir, que não reconheceu o dano moral pleiteado por famosa atriz, cuja foto seminua fora veiculada sem sua autorização: “Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais e revistas. As bonitas, não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimento sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido” (TJRJ, 2ºGCC, Emb. Inf. 250/99, Rel. Des. Wilson Marques, p. 23.2.2000). No mesmo sentido: “(...) O dano moral se caracteriza por sofrimento, dor ou angústia, situações que ficaram sem comprovação neste processo” (TJRJ, 11ª CC, Rel. Des. Otávio Rodrigues, AC 2006.001.33217, j. 12.07.2006). Na doutrina estrangeira, de igual sorte, há autores que confundem o dano com o estado anímico da vítima: “Podemos definir entonces el daño moral como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniária” (ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría General de la Responsabilidad Civil**. 9. ed. reimpr., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 237).

com os sentimentos e emoções eventualmente experimentados pela vítima, que, nada obstante legítimos, não são objeto de reparação, sob pena de se oferecer maior proteção à vítima compassiva e sentimental, em detrimento da fria e insensível.

Com efeito, a definição que há de prevalecer é aquela que confere a tutela mais abrangente possível à pessoa humana, que assegura a efetividade da cláusula geral de tutela da pessoa humana, consagrada no art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, como um dos fundamentos da República brasileira: dano moral é a lesão à dignidade da pessoa humana, o dano provocado pela injusta violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial.<sup>10</sup>

Diversamente da indenização por danos materiais, que visa à recomposição do patrimônio do lesado ao *status quo ante*, a indenização por danos morais encerra a função precípua de compensar o dano sofrido. Não condiz com o tipo de lesão causada atribuir à indenização a função reparatória, uma vez que a dano à dignidade da pessoa humana é insuscetível de avaliação pecuniária; o montante em dinheiro conferido a título de dano moral visa, apenas, a servir de lenitivo para mitigar, de alguma forma, o dano sofrido.<sup>11</sup>

A rigor, a função compensatória do dano moral vai ao encontro da nova perspectiva da responsabilidade civil: como o foco do instituto é a vítima, e não mais o ofensor ou sua conduta, o dano moral há que se voltar, necessariamente, para a lesão sofrida, a impor que o montante da indenização seja fixado de acordo com a extensão do dano e seus efeitos sobre o ofendido, que poderão variar, sobremaneira, consoante suas circunstâncias pessoais.<sup>12</sup>

A quantificação da indenização se pauta, portanto, por critérios voltados, exclusivamente, para o dano e para a pessoa da vítima. Quaisquer parâmetros baseados no ofensor e em sua conduta, ou que considerem dados patrimoniais das partes, devem ser peremptoriamente afastados, sob pena de se atribuir ao dano moral alguma outra função que não a compensatória, incabível no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. A pretendida função punitiva do dano moral no direito brasileiro

---

<sup>10</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132.

<sup>11</sup> Nessa esteira, propugna-se, cada vez mais, pela utilização de formas não pecuniárias de compensação do dano moral, a exemplo do que sustenta SCHREIBER, Anderson. **Reparação não pecuniária dos danos morais. Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>12</sup> “Enfim, se o objetivo é reparar o dano moral *sofrido* injustamente, não há como se ater a qualquer conceito de dano *causado*” (MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 304).

A despeito da ontológica função compensatória do dano moral, assiste-se, nas últimas décadas, à tentativa de se lhe atribuir pretensa função punitiva, inspirada nos *punitive damages* da *common law*. Embora se reconheça que a importação de institutos concebidos naquele sistema para ordenamentos jurídicos da *civil law* não seja incomum,<sup>13</sup> não se pode, contudo, aderir ao movimento acriticamente; é preciso reconhecer “o perigo da importação de práticas incompatíveis com o espírito do ordenamento receptor”,<sup>14</sup> sob pena de se criar figuras híbridas e sem amparo legal, a exemplo do que se passa, justamente, com o alegado caráter punitiva do dano moral.

No Brasil, a jurisprudência enxertou os *punitive damages* no dano moral, violentando o instituto para nele incluir verba que, de forma alguma, com ele se relaciona. Converteu-se o que, em sua origem, constitui verba autônoma<sup>15</sup> e de aplicação restrita,<sup>16</sup> em critério corriqueiro de

---

<sup>13</sup> Não há área do direito imune às influências da *common law*. A consensualidade na solução de litígios, por exemplo, típica do processo penal norte-americano, incorporou-se ao direito brasileiro pelo art. 98, inciso I, da Constituição da República, o qual consagrou a possibilidade de transação nos pleitos concernentes a “infrações penas de menor potencial ofensivo”. O fenômeno é explicado por José Carlos Barbosa Moreira: “Conforme bem se compreende, a incontestada hegemonia político-econômica dos Estados Unidos no mundo contemporâneo tem exercido *urbi et orbe* considerável força de atração. Raro é o povo — se algum existe que permanece imune à influência dos padrões norte-americanos. Atua esse movimento em todos os setores da vida social, e o direito não faz exceção. Até ordenamentos secularmente filiados a tradições diversas sucumbem, de modo espontâneo ou sob a pressão de realidades concretas, à correnteza assimiladora” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. **Revista de Direito Renovar**, v.18, p.52, set./dez. 2000).

<sup>14</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, op. cit., p. 54.

<sup>15</sup> Os *punitive damages* norte-americanos, por exemplo, consistem em verba autônoma, estabelecida com o propósito de punir o ofensor por sua conduta maliciosa (*punishment*), bem como servir de exemplo para a sociedade, a fim de desestimular condutas semelhantes (*deterrence*). Não se confundem com os *compensatory damages*, cuja função é reparar os danos materiais e compensar os danos morais; trata-se, pois, de somas independentes, fixadas sob fundamentos e critérios de reparação diversos: “By deterrence we mean the use of sanctions to influence behavior, so as to maximize the following measures of social welfare: the benefits parties obtain from their actions, less the costs of precautions, the harm done, and the expenses due to use of the legal system. By punishment, we mean the imposition of sanctions to satisfy a desire for retribution against wrongdoers” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages. **Encyclopedia of Law and Economics**. v. II, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 765 Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/3700book.pdf>. Acesso em 16.3.2015).

<sup>16</sup> Acerca da incidência dos danos punitivos nos estados Unidos, confira-se: “Virtually, all the empirical and experimental research that addresses these issues has focused on the outcome of trial, especially jury verdict. Trails, however, are only the tip of the civil litigation iceberg. Fewer than 5 percent of civil cases filed result in trails (...), plaintiffs prevail in approximately half of the tort cases that go to trial (...), and punitive damages are awarded in only 2-5 percent of tort cases in which the plaintiff prevails (...). Thus, for every 1.000 torts claims filed, typically only 50 are resolved by trial, only 25 produce trial outcomes favorable to the plaintiff, and only 1,25 have a punitive damage award. Consequently, our knowledge of punitive damage is based on the examination of fewer than two of every 1.000 tort cases filed” (EATON, Thomas A.; MUSTARD David B.; TALARICO, Susette M. **The effects of seeking punitive damages on processing of tort claim**, p. 1. Disponível em <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.203.2216&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 14.3.2015).

majoração do dano moral: por vezes, os tribunais reconhecem expressamente a função punitiva;<sup>17</sup> noutras ocasiões, escamoteia-se o referido caráter por meio da utilização de critérios tipicamente punitivos, a exemplo do grau de culpa do ofensor, do benefício econômico por ele auferido, e da situação econômica das partes, sempre com o objetivo de aumentar a indenização.<sup>18</sup>

A despeito, contudo, da prática judicial reiterada, o ordenamento jurídico pátrio, *de lege lata*, não admite a condenação do ofensor à verba punitiva, seja como parcela do dano moral – o que tem sido feito pela jurisprudência –, seja como verba autônoma.

Os incisos V e X, do art. 5º, da Constituição da República, impõem a plena compensação do dano moral. O art. 944, a seu turno, em patente comprovação da mudança de escopo da responsabilidade civil, determina que a indenização se mede pela extensão do dano, consagrando o princípio da equivalência entre dano e reparação. Da interpretação conjunta dos dispositivos conclui-se que a compensação integral do dano moral requer a utilização de critérios de quantificação que convirjam para a dimensão da lesão e suas repercussões na pessoa da vítima, a excluir a adoção de parâmetros diversos.

A única circunstância na qual se autoriza a consideração de critério distinto conta do parágrafo único do mesmo artigo 944: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização. Note-se que o dispositivo indica o grau de culpa como critério de quantificação válido exclusivamente para a *redução* da indenização, não já para a majoração do *quantum* compensatório, a proscrever essa possibilidade. Entretanto, malgrado a expressa dicção do Código Civil, doutrina e jurisprudência têm, reiteradamente, fundamentado o incremento da indenização no grau de culpa do ofensor, incidindo em flagrante ilegalidade.

---

<sup>17</sup> “A especificidade do dano moral reclama que sua quantificação realize-se pela análise de aspectos extrínsecos conjugados, dos quais se destacam, por um lado, a necessidade do reconforto da vítima, já que impossível o retorno ao estado de coisas anterior, e, por outro, a conveniência de se punir o responsável pela infringência da norma e causação do dano, a fim de evitar-lhe a reiteração” (STF, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, ARE 825150/MG, j. 9.9.2014). “Cabe ao STJ o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúlice função do instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir” (STJ, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, Resp. nº 487749/RS, j. 3.4.2003).

<sup>18</sup> “Quanto ao valor arbitrado a título de danos morais, a Corte de origem levou em consideração tanto a condição pessoal dos ofendidos - a vítima do estupro e seu companheiro - quanto a condição econômica do ofensor - à época, médico cirurgião plástico. No caso, a fixação do valor indenizatório operou-se com moderação, na medida em que não concorreu para a geração de enriquecimento indevido dos recorridos/ofendidos e, da mesma forma, manteve a proporcionalidade da gravidade da ofensa ao grau de culpa e ao porte sócio-econômico do causador do dano” (STJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, AgRg no REsp 1457651/RJ, j. 4.12.2014).

Da gradação da culpa do ofensor, já se afirmou, deve-se cogitar em momento preliminar, a fim de aferir a proporcionalidade entre a conduta praticada e o *standard* estabelecido, e afastar a responsabilidade em caso de culpa levíssima, hipótese que está aquém do padrão médio de diligência. Uma vez ultrapassada essa etapa prévia de comparação das condutas e verificado o desalinho entre elas, torna-se, de regra, irrelevante a medida da desproporção.

Deve-se, ainda, recusar a utilização de eventual benefício econômico obtido pelo ofensor que não corresponda, na mesma medida, ao dano sofrido pela vítima, como critério de quantificação do dano moral. Na hipótese de o lucro auferido pelo agente ser superior ao dano causado, não cabe à responsabilidade civil o papel de impedir que o agente o conserve em seu patrimônio, e outro instituto deverá ser chamado a atuar, como se verá a seguir.<sup>19</sup>

Além, portanto, do próprio conceito de dano moral e de seus critérios de quantificação serem inconciliáveis com o caráter punitivo que se lhe pretende conferir, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma que autorize essa atribuição e, tampouco, que permita a condenação do ofensor ao pagamento de verba autônoma a título de danos punitivos. A rigor, o legislador já teve a oportunidade de adotar ambas as possibilidades, ao menos em dois momentos distintos, mas foram categoricamente rechaçadas.

Na redação original do Código de Defesa do Consumidor – seara na qual se verifica com maior frequência o emprego da indenização punitiva –, havia dispositivo que criava multa civil autônoma, cuja única função residia em penalizar o ofensor, na hipótese de restar comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço causador do dano, ou grave negligência, imprudência ou imperícia do fornecedor.<sup>20</sup> A norma, contudo, foi excluída por veto presidencial, sob o seguinte fundamento:

---

<sup>19</sup> A jurisprudência, todavia, utiliza o lucro obtido pelo ofensor, reiteradamente, como um dos critérios de quantificação do dano moral. Paradigmática, nesse sentido, é a decisão proferida em março de 1995 pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Cível nº 6.913, relatada pelo Desembargador Murillo Fábregas, em que se discutia a violação do direito de imagem de jogadores de futebol pela Confederação Brasileira de Futebol - CBF, que não teria obtido as autorizações necessárias para a impressão e venda de álbuns e figurinhas. O Tribunal fixou a indenização aos jogadores, a título de danos morais, com base em percentual do lucro obtido pela infratora. A decisão foi reformada pelo STJ justamente na parte em que utilizou o lucro do ofensor como critério para fixação do dano moral (STJ, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior, Resp 100764/RJ, j. 16.3.1998).

<sup>20</sup> Eis a redação do dispositivo proposto: “Art. 16. Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave negligência, imprudência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BNT, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.”

O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a indenização do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da multa civil, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e validade.<sup>21</sup>

Posteriormente, por ocasião da elaboração do Código Civil de 2002, tentou-se atribuir ao dano moral função punitiva. Tratava-se do Projeto de Lei nº 6.960 de 12.06.2002, apresentado pelo Deputado Ricardo Fiúza, que previa a inclusão de um § 2º no art. 944 do Código Civil, com o seguinte conteúdo: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. O relatório que deu origem ao Substitutivo ao referido projeto rejeitou a proposta, sob o argumento assim aduzido:

Art. 944 – A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão. Pela rejeição.<sup>22</sup>

Do excerto se extrai inquestionável conclusão: a função punitiva do dano moral se equipara à pena privada. Após longo período de obscuridade das penas privadas, sobretudo na Modernidade, em que se empreendeu considerável esforço para expurgar do direito civil todas as restrições à livre iniciativa e à autonomia privada, assiste-se à sua redescoberta pelos aplicadores do direito, impulsionada pela insuficiência dos institutos tradicionais de tutela. E é, justamente, nesse cenário que a função punitiva do dano moral é concebida: reaviva-se a ideia de pena privada, a fim de superar a aparente ineficácia do instrumento compensatório.<sup>23</sup>

De fato, é inegável a dificuldade de quantificar o dano moral. A falta de suficientes parâmetros objetivos elaborados pela doutrina torna a tarefa ainda mais tormentosa,<sup>24</sup> e dá azo à

---

<sup>21</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/vep664-L8078-90.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm). Acesso em 10.3.2015.

<sup>22</sup> Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/196514.pdf>. Acesso em 10.3.2015.

<sup>23</sup> A respeito das penas privadas no ordenamento jurídico brasileiro, veja-se, por todos, TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In. GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>24</sup> Sobre o necessário estabelecimento de canais de comunicação entre a prática judiciária e a atividade da doutrina, veja-se, por todos, TEPEDINO, Gustavo. A atividade interpretativa e o papel da doutrina e da jurisprudência.

fixação de indenizações arbitrárias, baseadas exclusivamente no sentimento de justiça do magistrado, não já do ordenamento jurídico. O autor da ação, vítima do dano moral, parece, assim, participar de uma espécie de “roleta russa”, em que o reconhecimento do seu direito à indenização bem como o montante compensatório dependerão, sobretudo, da pré-compreensão do juiz.<sup>25</sup>

Em meio ao já caótico e empírico mecanismo de quantificação adotado pelo Judiciário, a função punitiva surgiu nos tribunais brasileiros como válvula de escape ao sistema, por meio da qual se tornou possível, sem delongas e divagações a respeito de critérios, parâmetro e fundamentos, fixar o *quantum* indenizatório reputado “justo”, sobretudo quando o montante da indenização originalmente arbitrado se mostra desproporcional baixo se comparado à reprovabilidade da conduta do ofensor.

Note-se, contudo, que mais grave do que criar pena privada sem autorização expressa, em flagrante violação ao princípio da legalidade, é enxertar uma pena privada nas entranhas do dano moral, e não estabelecer critérios e parâmetros para a condenação.<sup>26</sup> Encobrem-se, sob o manto do dano moral, funções diametralmente opostas: pune-se e compensa-se sob a mesma rubrica. Mantêm-se, assim, réu e autor na mais profunda ignorância, não lhes sendo revelado o valor da pena e o valor da compensação, a impedir qualquer discussão acerca da legalidade e, muito menos, da extensão da punição, a obstar, em definitivo, o exercício do direito de ampla defesa do ofensor e do contraditório em sede recursal.<sup>27</sup>

Por fim, além de ilegal e arbitrária, a quantificação do dano moral com base em sua pretensa função punitiva vai de encontro à vedação ao enriquecimento sem causa. Contraditoriamente, as próprias decisões judiciais mencionam, de maneira reiterada, a proibição

---

Editorial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.2, out./dez. 2014. Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php>. Acesso em 1.3.2015.

<sup>25</sup> A pré-compreensão consiste na assunção originária de sentido, isto é, em uma pré-disposição do intérprete de entender o texto e os eventos de uma determinada forma, a partir de certo ponto de vista. Sobre o tema, confira-se PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 607.

<sup>26</sup> Contemporaneamente, o próprio conceito de segurança jurídica há de ser reconstruído, por meio da definição paulatina, pela doutrina, “de padrões de conduta socialmente admissíveis, e não regras estanques de comportamento para fatos previamente estabelecidos pelo legislador” (TEPEDINO, Gustavo. Velhos e novos mitos na teoria da interpretação. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 28, p. iv-v, out./dez. 2006).

<sup>27</sup> Acerca da violação do direito à ampla defesa e ao contraditório perpetrada pela forma pela qual se quantifica o valor da compensação do dano moral com função punitiva, confira-se SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, a. 3, n. 10, p. 3-24, abr./jun. 2002.

do enriquecimento sem causa como importante limite à fixação do *quantum* compensatório,<sup>28</sup> sem atentar para o fato de que a atribuição de função punitiva ao dano moral promove, *tout court*, o locupletamento do lesado.<sup>29</sup> Ora, conferir à compensação um *plus*, que não guarda qualquer relação com o dano e tampouco com as suas consequências, e que não se fundamenta em qualquer título jurídico que o justifique, promove, inquestionavelmente, o ilegítimo incremento patrimonial da vítima.<sup>30</sup>

### 3. Alternativas ao caráter punitivo do dano moral

Se a atribuição de viés punitivo ao dano moral deve ser expurgada da prática dos tribunais pelas razões já apontadas, insta verificar como é possível, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, realizar, por outros mecanismos, a função que referida atribuição visa a promover.

Conforme já se observou, uma das finalidades do pretendido caráter punitivo reside na retirada, do patrimônio do ofensor, dos lucros porventura auferidos por meio da conduta danosa. De fato, agride o mais comezinho senso de justiça que a atuação antijurídica resulte lucrativa para o agente. No entanto, a solução para esse problema nem sempre é oferecida pela responsabilidade civil, cuja função precípua é reparar/compensar o dano sofrido. Para esse desiderato, o instituto possivelmente chamado a atuar será o enriquecimento sem causa, fonte autônoma de obrigações, previsto como cláusula geral no artigo 884 do Código Civil.

O instituto difere da responsabilidade civil não apenas pela diversidade de situações que permitem a aplicação de uma ou outra disciplina, mas, sobretudo, em razão da função que cada uma desempenha. A responsabilidade civil visa a reparar o dano sofrido pela vítima, enquanto os casos de enriquecimento sem causa se situam no âmbito da reprovabilidade perante os princípios

---

<sup>28</sup> Em crítica à invocação da vedação ao enriquecimento sem causa na fase da quantificação do dano, confira-se SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no Código Civil. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 181.

<sup>29</sup> “Em que pese o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da reparação, vez que não existem critérios determinados a fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano não pode vir a constituir-se em enriquecimento indevido. Mas, de outro lado, também, há de ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir o cometimento do ilícito” (STJ, 3ª T., Rel Min. Castro Filho, Resp 445858/SP, j. 29.11.2005).

<sup>30</sup> “Tentando cumprir funções de natureza antagônica, o resultado não poderia deixar de ser paradoxal: deve-se punir o ofensor, mas não a ponto de enriquecer a vítima. No entanto, é dedução lógica obrigatória que, sob o ponto de vista econômico, a vítima sairá, nesses casos, ‘enriquecida’, na medida em que estará recebendo necessariamente mais do que a compensação do dano demandaria” (MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 33).



do sistema, e sua função precípua é remover o enriquecimento do patrimônio do enriquecido.<sup>31</sup> Pouco importa, em sede de enriquecimento sem causa, a modificação do patrimônio daquele cuja situação jurídica fundamentou o locupletamento alheio, a existência ou não de dano, mas, apenas, o incremento patrimonial do enriquecido.

Verificado, portanto, o incremento patrimonial<sup>32</sup> obtido por intervenção, sem autorização, na situação jurídica subjetiva da vítima,<sup>33</sup> poder-se-á configurar o enriquecimento por intervenção.<sup>34</sup> Nas hipóteses em que os benefícios econômicos auferidos pelo interventor forem superiores aos danos causados à vítima, a ação de responsabilidade civil e a *actio in rem verso* atuarão concomitantemente: por meio da primeira, o titular do direito obterá a compensação pelos danos sofridos, enquanto, pela segunda, receberá a restituição<sup>35</sup> integral dos lucros ilegítimamente percebidos pelo interventor.<sup>36</sup>

Ademais, no que tange especificamente à indenização punitiva, sua eventual adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro pressupõe a observância de alguns requisitos, a fim de superar a ilegalidade e a arbitrariedade que imperam acerca do tema.

Em primeiro lugar, afigura-se imprescindível previsão legal autorizativa, tendo em vista tratar-se de típica pena privada.<sup>37</sup> Urge, ainda, separar os montantes indenizatórios: as verbas atribuídas a título punitivo e compensatório devem ser autônomas, de modo a permitir que se

---

<sup>31</sup> “É clara a distinção entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa: enquanto a primeira confere uma proteção dinâmica ao patrimônio a partir do princípio do *neminem laedere* e visa ao ressarcimento integral do dano sofrido pela vítima, o segundo oferece apenas uma proteção estática ao patrimônio que, posto menos intensa, abrange casos não cobertos pela responsabilidade civil, como quando não há ilicitude ou dano. Na aplicação do instituto do enriquecimento sem causa o objetivo não é reparar o dano, mas forçar o beneficiado a restituir o indevidamente locupletado” (TEPEDINO, Gustavo, *et alli*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**, v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 754,755). No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, 4.ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 443.

<sup>32</sup> Como indica Antunes Varela, o enriquecimento pode decorrer de aumento do ativo, como também de diminuição do passivo, ou mesmo de poupança de despesa (ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. v. I, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 481).

<sup>33</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa. O Lucro da Intervenção**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

<sup>34</sup> Para análise detalhada dos demais pressupostos do enriquecimento sem causa, confira-se: KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 383.

<sup>35</sup> O emprego da palavra *restituição* não significa que o interventor deverá *devolver* algo que já existia no patrimônio do titular do direito antes da intervenção. A *restituição* se refere ao patrimônio do interventor, o qual deve ser, portanto, restituído ao *status quo ante* (SAVI, Sérgio. op. cit., p. 91).

<sup>36</sup> SAVI, Sérgio, op. cit., p. 92.

<sup>37</sup> Não é, portanto, a doutrina ou a jurisprudência que legitimarão a indenização punitiva, mas a lei. Por essa razão, não se pode concordar com a afirmação segundo a qual “A reiteração normal das decisões sobre a matéria uniformizará o critério mencionado como único vetor compatível com o vulto dos direitos em tela” (BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais: tendências atuais. **Revista de Direito Civil**, n. 74, p. 15).

aprecie cada um dos montantes consoante os critérios próprios e as funções precípua, garantindo, assim, o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório pelas partes.

Nessa linha, impõe-se a elaboração de critérios rígidos, que apenas excepcionalmente admitam a condenação na verba punitiva. Poder-se-ia pensar, por exemplo, em restringir sua incidência a casos de condutas lesivas reiteradas, que revelem manifesto desrespeito e desconsideração em relação às vítimas, bem como a situações cujo dano atinja considerável número de pessoas, como na hipótese de danos ambientais. Ademais, imprescindível o estabelecimento de parâmetros para a quantificação do dano punitivo, como o grau de desconformidade da conduta do ofensor em comparação com o *standard* de conduta esperado, as condições econômicas do ofensor e a reiteração da conduta lesiva, dentre outros.

Em todo caso, contudo, o montante fixado a título de indenização punitiva jamais deve ser atribuído à vítima, sob pena de gerar seu enriquecimento sem causa, consoante já se advertiu. Deve-se destinar o valor a fundo específico,<sup>38</sup> voltado para campanhas preventivas e educativas, bem como para o auxílio das vítimas dos danos objeto da condenação, a exemplo do que prevê a Lei nº 7.347/85, que regula as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e bens que especifica, e cujo art. 13 dispõe:

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.

Por fim, afigura-se de todo conveniente a criação de mecanismos que estimulem o autor da ação a pleitear, ao lado da indenização pelo dano por ele sofrido, a condenação do réu ao pagamento da verba punitiva. Poder-se-ia conferir-lhe porcentagem sobre o valor da condenação punitiva como forma de premiá-lo pelo exercício de *munus* público, uma vez que a punição imposta serve, simultaneamente, ao desestímulo de práticas semelhantes, funcionando como mecanismo de conformação de condutas. A proposta não é estranha ao direito brasileiro, que já contempla solução semelhante na Lei nº 6.404/1976, cujo art. 246, § 2º, prevê a atribuição de prêmio ao acionista que ajuizar ação de reparação de danos causados à sociedade controlada, por abuso de poder praticado pela sociedade controladora:

Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117.  
§ 1º A ação para haver reparação cabe:

---

<sup>38</sup> MORAES, Maria Celina Bodin, op. cit., p. 263.

- a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;
- b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente.

§ 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização.

#### 4. Conclusão

De todo o exposto, nota-se a radical mudança de foco da responsabilidade civil, que se desloca do ato ilícito para o dano injusto, a ratificar a precípua função do instituto, consistente no ressarcimento/compensação da vítima na exata medida do dano sofrido.

Afasta-se, assim, peremptoriamente, a possibilidade de enxertar, na verba compensatória, qualquer valor a título de penalidade, e atribuir, por consequência, função punitiva ao dano moral. Referida prática, reiteradamente utilizada pelos tribunais brasileiros, produz uma espécie de dano moral “turbinado”, cujo montante não corresponde à extensão da lesão ao interesse juridicamente tutelado, em flagrante violação ao princípio da equivalência entre dano e indenização. Institucionaliza-se, assim, o enriquecimento sem causa da vítima, que recebe verba à qual não faz jus.

Nesse cenário, exsurge como solução funcionalmente equivalente à atribuição de viés punitivo ao dano moral, ao menos em parte, o enriquecimento por intervenção, por meio do qual é possível retirar, do patrimônio do interventor, o lucro ilegitimamente auferido com sua conduta, sempre que esse enriquecimento se revelar superior ao dano causado.

No que tange, especificamente, à possibilidade de condenação do ofensor ao pagamento de verba autônoma a título de danos punitivos, por se tratar de pena civil, afigura-se indispensável previsão legal expressa que a institua, o que não existe na legislação pátria.

*De lege ferenda*, uma vez prevista, em lei, a multa punitiva, aplicável sempre em caráter excepcional, exigir-se-á do magistrado que a fixe autonomamente, como verba independente do dano moral, consoante critérios próprios e funções precípua. O valor apurado, por sua vez, deverá ser dirigido a fundo especial, voltado para campanhas preventivas e educativas, bem como para o auxílio das vítimas do dano, sem prejuízo, todavia, de eventual concessão, ao autor da

ação (vítima do dano), de porcentagem da multa punitiva, a fim de estimulá-lo a exercer o *munus* público que lhe é atribuído.

## 5. Referências

- ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria general de la responsabilidad civil**. 9.ed. reimp., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. v.I, 10.ed., Coimbra: Almedina, 2005.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. Para uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**, a.5, n.19, p.211-218, jul./set. 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais: tendências atuais. **Revista de Direito Civil**, n.74, p.13-18.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. atual e aum., São Paulo: Malheiros, 1998.
- EATON, Thomas A.; MUSTARD David B.; TALARICO, Susette M. **The effects of seeking punitive damages on processing of tort claim**, p. 1-37. Disponível em <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.203.2216&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 14.3.2015.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código, In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171-218.
- GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, J. R. P. (Org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 291-302.
- KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 369-398.
- LORENZETTI, Ricardo. **Responsabilidad Civil de los Médicos**. t. I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1997.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. **Revista de Direito Renovar**, n.18, p.45-58, set./dez. 2000.
- NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, 4.ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages. **Encyclopedia of Law and Economics**. v. II, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 764-781. Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/3700book.pdf>. Acesso em 16.3.2015
- SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa. O Lucro da Intervenção.** São Paulo: Atlas, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, a.3, n.10, p.3-24, abr./jun. 2002.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil.** Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo Atlas, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no Código Civil. **Direito Civil e Constituição.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 173-191.
- SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. **Direito Civil e Constituição.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 205-2019.
- TEPEDINO, Gustavo. Velhos e novos mitos na teoria da interpretação. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.28, p. iii-v, out./dez. 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. A atividade interpretativa e o papel da doutrina e da jurisprudência. Editorial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.2, out./dez. 2014. Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php>. Acesso em 1.3.2015.
- TEPEDINO, Gustavo, *et alli*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República.** v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In. GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.