

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BRUNO MENEZES FERNANDES CAIRES CASTAGIN

DANO MORAL E FUNÇÃO PUNITIVA

CURITIBA
2008

BRUNO MENEZES FERNANDES CAIRES CASTAGIN

DANO MORAL E FUNÇÃO PUNITIVA

Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

CURITIBA
2008

Aos pais, Wilson e Lúcia, por tudo.
Aos irmãos, Marcelo e Mariana.
Mas, principalmente, a Deus,
Porque dEle e por Ele, e
Para Ele são todas as coisas.
Glória, pois, a Ele eternamente.

RESUMO

É notório o desenvolvimento pelo qual a responsabilidade civil no Brasil tem experimentado, em especial no que diz respeito ao domínio da reparação dos danos morais, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Este trabalho procura apresentar os argumentos da corrente doutrinária e jurisprudencial que pugna pela aplicação de um caráter punitivo à reparação por danos morais no direito brasileiro, semelhantemente à indenização punitiva (*punitive damages*) do direito norte-americano, bem como as mais importantes críticas doutrinárias que têm sido levantadas contra este posicionamento, que demonstram a fecundidade do debate que se tem travado a respeito do tema. Para tanto, mostra-se previamente que a responsabilidade civil deve hodiernamente ser compreendida nos quadros de uma metodologia civil-constitucional, bem como a evolução pela qual passou a reparação do dano moral em nosso país. Ademais, são feitas referências ao instituto dos *punitive damages*, em sua faceta norte-americana, apresentando-se seus principais contornos e a função que o mesmo possui no domínio da família de direitos da *common law*.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Indenização punitiva. *Punitive damages*. Reparação do dano. Dano moral.

ABSTRACT

It is notorious the development through which civil liability (tort law) has been experiencing in Brazil, especially with regard to the realm of non-pecuniary damages, principally after the promulgation of the 1988 Federal Constitution. This work seeks to present the arguments of the position that militates for the application of a punitive feature to the non-pecuniary damages in the Brazilian law, similarly to the north-american punitive damages, as well as the most important criticisms that have been raised against this position, which demonstrate the fecundity of the debate. In order to do so, it is shown previously that civil liability (tort law) must necessarily today be understood within the frames of a civil-constitutional methodology, as well as the evolution that non-pecuniary damages has experienced in our country. Furthermore, references have been stated regarding the punitive damages in its north-american facet, presenting its main contours and the role it plays in the common law domain.

Key words: Tort law. Punitive damages. Exemplary damages. Civil penalties. Legal damages. Indemnity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO QUADRO DO DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL	9
2.1 GENERALIDADES	9
2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	10
2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL	12
3. O DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO	14
3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	15
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL	16
3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	17
3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL: SUBJETIVA E OBJETIVA	18
3.5 CONCEITO DE DANO MORAL	20
3.6 REGISTROS HISTÓRICOS DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL NO BRASIL	24
3.6.1 Fase da irreparabilidade	24
3.6.2 Inacumulabilidade com o dano patrimonial	25
3.6.3 Momento atual: reparabilidade plena	26
4. A TESE DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	28
4.1 NOÇÃO DE FUNÇÃO PUNITIVA	28
4.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA FUNÇÃO PUNITIVA	29
4.3 O INSTITUTO DOS PUNITIVE DAMAGES	32
4.4 O CARÁTER PUNITIVO DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL E O DIREITO BRASILEIRO	36
5. CRÍTICAS À TESE DA FUNÇÃO PUNITIVA	41
5.1 VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE DAS PENAS	41
5.2 VIOLAÇÃO DA PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	43
5.3 VIOLAÇÃO DA PROIBIÇÃO DO NON BIS IN IDEM	45
5.4 ACEITAÇÃO, EM CASOS ESPECÍFICOS, DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA	46
6. CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	49

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é, juntamente com a personalidade, a família, a propriedade, o contrato e a empresa, um instituto fundamental do direito privado, constituindo-se em um dos setores mais criativos da ciência jurídica, em virtude dos desafios, das respostas jurídicas que se impõe com o progresso social, mormente relacionados ao desenvolvimento da indústria e das aplicações da ciência.¹

Ademais, os problemas originados pela responsabilidade civil “são os mesmos em toda parte, e se por vezes os pontos teóricos ou técnicos assumem aspectos radicais, todavia as soluções práticas se manifestam quase sempre idênticas em todos os países. É inegável que, em toda parte, o problema da responsabilidade civil em seu aspecto elementar é o mesmo: ante o dano, que atinge uma pessoa, impõe-se indagar se ela será apenas ‘uma vítima do destino’ ou se a causa do evento danoso deverá ser atribuída à responsabilidade de outra pessoa e em que medida esta deve ter atingido o ofendido”.²

A presente Monografia tem como objeto a apresentação do debate que se tem travado a respeito da concessão de um caráter punitivo à responsabilidade civil, em especial no que se refere à reparação por dano moral, aspecto punitivo esse que a cada dia vem conquistando adeptos, tanto em jurisprudência quanto em doutrina, mas que, de outro passo, tem sofrido severas críticas por parte da doutrina.

O seu objetivo é expor os argumentos de cada posição, selecionando aqueles que têm suscitado mais controvérsias e que, em nosso entender, constituem os pontos fundamentais atinentes à matéria.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, à maneira de intróito, por estabelecer considerações sobre o atual momento do direito civil, que, segundo a melhor doutrina, é um direito civil constitucionalizado; como conseqüência da via perfilhada, analisam-se os efeitos específicos da constitucionalização do direito civil no que diz respeito à responsabilidade civil, ou, como dito por alguns, ao direito de danos.

¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 149-50.

² GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 02.

No Capítulo 2, primeiramente, trazemos uma definição de responsabilidade civil e expomos os seus principais contornos, antes de voltarmos-nos especificamente ao dano moral, analisando seu conceito, bem como apresentando as fases que tal instituto atravessou em nosso direito, no que se refere à doutrina, à lei e à jurisprudência, do momento em que negava-se sua reparação, à atualidade, que vê as hipóteses de danos ressarcíveis crescerem de forma exponencial.

O Capítulo 3 dedica-se em arrolar os argumentos construídos pela corrente que vê o mecanismo da responsabilidade civil também como meio de punição àquele que causou danos à outrem, posição essa que encontra influência do instituto dos *punitive damages*, próprio da família de direitos da *common law*, o qual, porém, desenvolveu-se com maior expressão nos Estados Unidos da América. Examinaremos, de forma breve, tal instituto, posicionando-o no sistema da *common law*, a fim de compreender sua exata função.

O Capítulo 4, por sua vez, procura apresentar as críticas mais contundentes que têm sido formuladas pela doutrina à adoção de um genérico caráter punitivo, pela jurisprudência, nas indenizações por dano moral.

O presente estudo se encerra com considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões acerca da função punitiva da reparação do dano moral.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO QUADRO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

2.1 Generalidades

A ciência jurídica atua encontra-se em um momento crucial, no qual noções arraigadas vão sendo substituídas por novas, em virtude, principalmente, das grandes modificações por que passou a sociedade no século passado, e que repercutiram nos domínios do direito.

Vivemos em uma era de crise, a chamada “crise do direito”. A Constituição de 1988, acompanhando os movimentos ocorridos na Europa continental no segundo pós-guerra, em especial na Alemanha e na Itália, operou uma transformação substancial na ordem jurídica brasileira.

Os modelos puros do jusnaturalismo e do positivismo foram superados por um conjunto de idéias geralmente agrupadas sob a denominação de pós-positivismo. Este vai além da legalidade estrita, porém não despreza o direito posto; ademais, procura empreender uma leitura moral do direito, mas não se socorrendo de categorias metafísicas.³ Conforme assevera Luis Roberto BARROSO, essas idéias podem ser caracterizadas como a) a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com os valores e regras; b) a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; c) a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e, d) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais sobre o fundamento da dignidade humana.⁴

Ademais, dentro do âmbito teórico do direito, três transformações ocorreram que mudaram a forma de interpretação-aplicação do direito. Primeiramente, reconheceu-se a força normativa da Constituição, isto é, as normas constitucionais devem ser entendidas como normas jurídicas, o que significa dizer que a Constituição

³ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXI, 2005, p. 237.

⁴ *Idem*, pp. 237-38.

não é mero documento político, endereçado exclusivamente ao legislador, mas constitui-se em legítimo documento jurídico: “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.⁵ Em segundo lugar, deu-se à expansão da jurisdição constitucional, conseqüência necessária da adoção do postulado da supremacia da Constituição, retirado da experiência norte-americana. Por final, como corolário da força normativa da Constituição, desenvolveu-se uma nova interpretação constitucional. Esta é um tipo de interpretação jurídica, com a diferença específica de que trabalha com categorias próprias, construídas a partir da necessidade de se dar efetividade à vontade constitucional.

Tais categorias são as a) cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, b) o reconhecimento de normatividade aos princípios, c) a existência de colisão de normas constitucionais, que será resolvido mediante d) ponderação, tudo dentro de um contexto de argumentação.⁶

Todos os fenômenos arrolados contribuíram para a constitucionalização do direito, inclusive do direito civil, analisada no tópico a seguir.

2.2 A constitucionalização do direito civil

A expressão constitucionalização do direito é equívoca, porém aqui é tomada não no sentido de simples previsão constitucional de normas que antes eram de direito infraconstitucional, mas como o “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico irradia-se por todo o sistema jurídico”.⁷ Ou seja, Constituição passa a possuir não somente uma supremacia formal, que, aliás, sempre teve, mas também uma supremacia material, axiológica, derivada e potencializada pelo fato de o sistema jurídico caracterizar-se por uma tessitura aberta, bem como pelo reconhecimento da juridicidade das normas constitucionais.

⁵ Idem, p. 238.

⁶ Idem, pp. 242-46.

⁷ Idem, p. 248.

Com isso quer-se dizer que toda a ordem jurídica há de ser visualizada sob o prisma constitucional, procurando-se realizar ao máximo seus valores com todos os institutos jurídicos, inclusive àqueles pertencentes à matéria civil, sendo lidos e reestruturados com o filtro constitucional. No dizer de Maria Celina BODIN DE MORAES, “a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais”.⁸

Observa-se que nem sempre o direito civil e a Constituição tiveram tal relação.

Num primeiro momento, de total separação, que se seguiu à Revolução Francesa, a Constituição possuía papel limitado, dependente da atuação do legislador. O Código Civil era (e ainda hoje muitas vezes o é) considerado como a Constituição do direito privado, e aspirava à completude, “no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular”.⁹

Paulatinamente tal modelo foi sendo superado, e o Código Civil perdeu seu caráter de exclusividade na regulação das relações privadas, em virtude do desenvolvimento acentuado da legislação extravagante, expressão da política legislativa do *Welfare State*, o qual, entre nós, passou a ter previsão constitucional a partir de 1934. Além disso, o texto constitucional passou a prever princípios antes reservados ao Código Civil, como a função social da propriedade, e a organização da família. Esta é a fase do chamado (em direito das obrigações) *dirigismo contratual*, que consolidou a publicização do direito privado.¹⁰

A fase atual é a acima exposta, de constitucionalização do direito civil, em que a dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III da CF) possui papel fundamental, eis que promoveu os fenômenos da despatrimonialização e repersonalização do direito civil. “O direito civil, de um direito-proprietário, passa a ser

⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: *Revista de Direito Civil*, nº 65 (1993), p. 29.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: *Temas de Direito Civil*. Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 03.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo, ob. cit, pp. 6-7; BARROSO, Luis Roberto, ob. cit, p. 265.

visto como uma regulação dos interesses do homem que convive em sociedade, que deve ter um lugar apto a propiciar seu desenvolvimento com dignidade. Fala-se, portanto, em uma *despatrimonialização* do direito civil, como conseqüência da sua constitucionalização”.¹¹ Ademais, com repersonalização do direito civil está a se significar que as situações jurídicas existenciais possuem prevalência sobre as situações jurídicas patrimoniais.

Enfim, pode enunciar-se como característica primordial desta metodologia, qual seja a civil-constitucional, a aplicação direta das normas (princípios e regras) constitucionais; como inevitável conseqüência, pugna-se pela unidade do ordenamento jurídico, superando-se a dicotomia público-privado.

2.3 A constitucionalização do direito civil e a responsabilidade civil

Por evidente que a situação acima descrita produziu efeitos na seara da responsabilidade civil, particularmente no âmbito do dano moral, objeto do nosso estudo, e é o que passamos a analisar.

O ordenamento jurídico brasileiro, consagrando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (CF, art. 1º, III), fez clara opção pela centralidade da tutela da pessoa humana no guiamento do raciocínio jurídico. Portanto, sob uma perspectiva civil-constitucional, o estudo da responsabilidade civil terá como norte a preservação da dignidade da pessoa humana, principalmente no que tange à indenização por dano moral.

Necessária conseqüência de tal constatação é a de que a preocupação do mecanismo da responsabilidade civil recai sobre a vítima, e a proteção de seus interesses, em detrimento do escopo de punição do lesante: “com o advento da Constituição de 1988, fixou-se a prioridade à proteção à dignidade da pessoa humana e, em matéria de responsabilidade civil, tornou-se plenamente justificada a mudança de foco, que, em lugar da conduta (culposa ou dolosa) do agente, passou a enfatizar a

¹¹ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.) Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000, p. 95.

proteção à vítima do dano injusto – daí o alargamento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva, que independe de culpa, isto é, da prática do ato ilícito”.¹² Ademais, a existência desse direito subjetivo à dignidade ampliou a dimensão do dano moral, vez que a dignidade é o fundamento, o alicerce de todos os valores morais.

Além disso, exige-se uma nova fisionomia da responsabilidade civil em virtude de a Constituição também prever, como objetivo da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Isto é, a solidariedade, entendida não simplesmente como um sentimento, ao revés, tomada em sentido objetivo, faz com que no instituto da responsabilidade civil sobreleve a dimensão existencial, do ser, em oposição a um patrimonialismo, que traz para o centro de suas preocupações o ter, o possuir. Portanto, a solidariedade e a cooperação devem presidir a sociedade humana, especialmente no que se refere às considerações sobre a indenização de danos causados.

Para Francisco AMARAL, o instituto da responsabilidade civil traduz a realização jurídica de um dos aspectos do personalismo ético, segundo o qual ter responsabilidade, ser responsável, é assumir as conseqüências do próprio agir, em contrapartida ao poder de ação consubstanciado na autonomia privada. “Não mais a concepção egoística do indivíduo em si, mas o indivíduo como pessoa, comprometido com o social. A responsabilidade civil traduz, portanto, o dever ético-jurídico de cumprir uma prestação de ressarcimento”.¹³

Portanto, conclui-se que, diferentemente da responsabilidade civil tradicional, baseada na tutela da propriedade e de direitos subjetivos patrimoniais, a constitucionalização do direito civil impôs a revisão deste sistema, agora fundamentado na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social.¹⁴

¹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

¹³ AMARAL, Francisco, ob.cit., p. 546.

¹⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, jul/dez 2006, p. 245.

3. O DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de nos voltarmos à questão do dano moral e sua identificação, é necessário enquadrá-lo na teoria geral da responsabilidade civil, ainda que de forma sucinta, sob pena de dar-se um salto lógico inadmissível.

Assim sendo, conforme nos ensina Edgardo Lopez HERRERA, os romanos resumiram os grandes princípios jurídicos em três axiomas fundamentais, que serviriam de guia para todas as situações em que o ser humano ver-se-ia em relação aos demais: i) *honeste vivere* (viver honestamente); ii) *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu); e, iii) *alterum non laedere*, também chamado *neminem laedere*, ou seja, a ninguém prejudicar¹⁵.

Tais axiomas reduziriam o direito à sua expressão mínima; não obstante, ainda assim, seriam aptos a compreender todos os aspectos a serem regulados pelas normas.

Destarte, segundo o princípio do *alterum non laedere*, o direito não protege aquele que causa danos a outrem; ao revés, faz nascer uma obrigação – em sentido jurídico -, no intuito de deixar o lesado em uma situação, se não completamente igual, ao menos a mais próxima possível daquela existente antes de ter sofrido o dano. Isso é o que tem se chamado de “responder”, ou “ser responsável” pelo dano sofrido por outrem.

Tal princípio é fundamental à vida em sociedade, eis que a possibilita e garante o seu desenvolvimento e, conforme assevera Carlos Alberto BITTAR, “ínsitas na consciência dos povos sempre se encontraram essas idéias, de repulsa ao dano e responsabilização do agente, com manifestações básicas e necessárias para a preservação da harmonia social e a consecução dos fins individuais visados pelos componentes da coletividade”.¹⁶

¹⁵ HERRERA, Edgardo Lopez. *Introducción a la responsabilidad civil*. In: revista jurídica, n. 34. Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho e Ciencias Sociales, out. 2004, p. 1. Disponível em: <<http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>>. Acesso em: 13.03.2008.

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 123.

3.1 Conceito de responsabilidade civil

É grande a controvérsia entre os autores no que diz respeito ao conceito de responsabilidade civil. Ciente disso e, após passar em revista as várias definições que se apresentaram ao longo do tempo, em busca de sua essência, Caio Mário da Silva PEREIRA conclui que “a *responsabilidade civil* consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da *responsabilidade civil*, que então se enuncia como o *princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano*”.¹⁷

Tal definição tem a vantagem de englobar tanto a responsabilidade subjetiva quanto a responsabilidade objetiva, haja vista que, existindo o culpa ou não, “onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a *responsabilidade civil*”.¹⁸⁻¹⁹

Outra definição que pensamos também ser digna de crédito é aquela exposta por Sergio CAVALIERI FILHO. Partindo da noção de dever jurídico, o qual compreende como “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”²⁰, estabelece a distinção entre obrigação e responsabilidade; aquela consistiria em um dever jurídico originário, ao passo que esta um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Com base nisso, conceitua a responsabilidade civil como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”²¹.

Reputamos suficiente a apresentação de tais noções, em virtude do escopo do presente trabalho, embora não deixemos de reconhecer que, hodiernamente, tem-se

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 11.

¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹ Em posição não muito distante, Francisco AMARAL (ob. cit, p. 545) entende que a expressão responsabilidade civil compreende-se num sentido amplo e num sentido estrito. Quanto àquele, estaria a significar, em primeiro lugar, a situação jurídica de alguém que esteja na posição de indenizar a outrem; segundo, a própria obrigação decorrente de tal situação; e, terceiro, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, diz respeito ao específico dever de indenizar nascido de fato lesivo imputável a determinada pessoa.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1.

²¹ Idem, p. 2.

procurado mudar o foco da reparação do dano *causado* para a noção de reparação do dano *sofrido*, isto é, dando-se ênfase não ao autor do ilícito, mas à vítima deste.²²

3.2 Responsabilidade civil e responsabilidade penal

As considerações realizadas no presente tópico fazem-se necessárias para uma compreensão inicial da análise a ser realizada posteriormente sobre a tese da função punitiva da responsabilidade civil. José de AGUIAR DIAS, comentando a afirmação de que a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal é a diferença entre direito civil e direito penal, entende que, para precisar a diferenciação entre os dois juízos, não se deve buscar guarida em uma distinção a propósito da repercussão social ou individual do dano. Em seu ver, também o prejuízo individual afeta o equilíbrio social, propondo esse imperativo como o fundamento da responsabilidade civil.²³

Fato é que o ilícito não é exclusivo do direito penal, pois, constituindo-se em contrariedade entre a conduta e a norma jurídica, pode estar presente em qualquer ramo do direito; ademais, não há uma distinção ontológica entre o ilícito civil e o ilícito penal, que simplesmente diferenciam-se em virtude da norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente.

Tanto a responsabilidade civil quanto a penal constituem-se em meios de se restaurar a ordem social, porém surgem em condições diferentes, sendo uma mais exigente do que a outra, no que tange aos requisitos que devem estar presentes para que se efetivem.²⁴ Além disso, a responsabilidade civil procura reparar o dano, o qual também afeta o equilíbrio social, reintegrando o prejudicado na situação patrimonial

²² “Como conseqüência desse processo, iniciou-se o principal giro conceitual ocorrido no fundamento filosófico da responsabilidade civil ao longo do século XX: a passagem do ‘ato ilícito para o dano injusto’; com outras palavras, a reparação do dano sofrido, em qualquer caso, alcançou um papel muito mais relevante do que a sanção do dano causado”. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*, p. 13.

²³ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

²⁴ *Idem*, p. 12.

anterior; de outro passo, a sanção penal busca restituir a ordem social ao estado anterior da turbação, mas não oferece mecanismos de recuperação do lesionado.²⁵

Outra também é maneira de se buscar o reequilíbrio social perpetrado pelos dois juízos. Para se punir, a sociedade mesma age, deixando ao particular a ação para se restabelecer, às expensas do lesante, no *status quo* anterior à infração.

Enfim, pode-se concluir este ponto afirmando, com José de AGUIAR DIAS, que no que diz respeito ao ilícito civil e ao ilícito penal, “a diferença se acentua nas conseqüências que uma ou outras das violações acarreta: do ilícito deriva ou a execução forçada, ou a obrigação de indenização, ou de restituição, ou a declaração de nulidade do ato; o ilícito penal, podendo produzir todos esses resultados e conseqüências, provoca, além delas, uma conseqüência especial, a pena. Numa palavra, o ilícito civil acarreta coação patrimonial e o ilícito penal determina coação pessoal”.²⁶

3.3 Responsabilidade civil: contratual e extracontratual

Após as considerações acima sobre o conceito de responsabilidade civil e suas distinções no que se refere à responsabilidade penal, convém expor alguma de suas principais divisões, no intuito de posicionar o dano moral nessas divisões.

Em primeiro lugar, distingue-se a responsabilidade, quanto à origem do dever jurídico violado, em contratual e extracontratual ou aquiliana, em referência à *Lex Aquilia*. Como depreende-se da própria terminologia da divisão, responsabilidade contratual é aquela derivada da violação de um dever jurídico voluntariamente assumido entre as partes, enquanto a responsabilidade contratual provém da violação de um dever jurídico genérico, estabelecido em lei. Portanto, se existe prévio vínculo obrigacional, e o dever é conseqüência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito relativo; de outro passo, se o dever de indenizar

²⁵ “A coação civil e a ação penal inspiram-se no interesse geral, e dirigem-se, segundo ele, contra os fatos antijurídicos. A reação penal, de tom mais enérgico, tem caráter subsidiário.”. *Idem*, p. 13.

²⁶ *Idem*, p. 14.

surge em virtude de determinada lesão, inexistente anterior relação jurídica, estamos diante da responsabilidade extracontratual, ou ilícito absoluto.

Fato é que, embora esta posição dual tenha sido sufragada pelo legislador, desde o Código de 1916, e mantida no Novo Código Civil, que disciplina a responsabilidade extracontratual nos artigos 186 a 188 e 927 e a responsabilidade contratual nos artigos 389 e seguintes, não é imune a críticas; os adeptos da teoria monista entendem que a defesa de tal dicotomia é insustentável, haja vista que não importa a maneira com que a responsabilidade civil se apresente, seus efeitos serão uniformes.

3.4 Responsabilidade civil: subjetiva e objetiva

Prosseguindo, há de se observar que, na seara da responsabilidade civil, uma das questões mais controversas é aquela atinente a seu fundamento. Se, não há problemas em se identificar quem é o causador do dano, e portanto responsável, surge a pergunta “porque é responsável o causador do dano?”. Para resolvê-la, agrupam-se os doutrinadores em duas vertentes, a primeira, denominada doutrina subjetiva ou teoria da culpa; a segunda, a doutrina objetiva, prescinde do elemento culpa, concentrando-se na teoria do risco.²⁷

A teoria da culpa assume lugar de relevo a partir da edição do Código Civil Napoleônico, particularmente em seu art. 1382. O direito brasileiro seguiu a mesma tendência, assentando no art. 159 do Código Civil de 1916 a culpa como pressuposto da obrigação de indenizar: “a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o *comportamento culposos do agente*, ou simplesmente a sua *culpa*, abrangendo no seu contexto a *culpa propriamente dita e o dolo do agente*”.²⁸

É dizer, os adeptos da teoria da responsabilidade subjetiva não consideram qualquer fato humano como capaz de dar azo ao ressarcimento, isto é, somente será gerador de um efeito ressarcitório uma conduta revestida de certas características, qual

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob.cit., p. 13.

²⁸ Idem, p. 30.

seja uma conduta culposa. Assim, o que sobressai na teoria da responsabilidade subjetiva é o ato ilícito. A base de tal raciocínio pode ser descrita pelas palavras de René Rodière, segundo o qual “o primeiro pensamento que hoje vem ao espírito é procurar o ‘responsável’, e entende-se por isso aquele cuja culpa causou o dano”.²⁹

Vê-se que do artigo 186 do Código Civil, enuncia-se a noção de responsabilidade subjetiva como a obrigação de reparar o dano, imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar dever jurídico ou causar dano a outrem. De tal definição extraem-se os elementos da responsabilidade civil subjetiva, a saber: a) dano; b) a culpa do agente; c) o nexo de causalidade entre o dano e a culpa.

De outro passo, baseada principalmente nos trabalhos dos franceses Saleilles e Josserand, surge a chamada teoria objetiva, como resposta às insuficiências da teoria da culpa, eis que, com sua aplicação, muitos prejuízos restavam irreparados. Buscou-se outro fundamento à responsabilidade civil, afastando-se da figura do causador do dano, que deve ser responsabilizado, e aproximando-se da figura do lesado, que não pode ficar irreparado por um dano injustamente suportado, independentemente do *animus* do lesante.

De acordo com tal concepção, não se pode aceitar que um dano fique sem indenização, pelo simples motivo de que a vítima não logrou provar culpa do agente, devendo-se focar a responsabilidade civil na pessoa da vítima, não no elemento culpa; todo aquele que cria um risco à sociedade deverá indenizar os danos daí advindos, independente de haver agido com negligência, imprudência ou imperícia.

Como dito, o direito brasileiro tradicionalmente assentou-se no princípio da culpa, conforme dispunha o art. 159 do Código de Civil de 1916 e hoje prescreve o art. 186 do Código Civil de 2002; não obstante, em virtude de o próprio constituinte ter consagrado a responsabilidade objetiva e, ademais, ter o novo Código alargado as hipóteses de responsabilização sem culpa, inclusive prevendo uma cláusula geral que permite ao juiz decidir, diante das circunstâncias do caso concreto, pela adoção da teoria do risco³⁰, pode-se dizer que hoje o nosso sistema convive com as duas

²⁹ Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob.cit., p. 14.

³⁰ Art. 927, par. único.

posições. Porém, o que se vê em curso é um processo de objetivação da responsabilidade civil, isto é, abandona-se com freqüência uma matriz subjetivista, dando lugar ao princípio objetivista.

Assim é a posição de Gustavo TEPEDINO: “delineia-se, assim, um modelo dualista, convivendo lado a lado a norma geral da responsabilidade subjetiva, do art. 159, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa que, a cada dia, se torna mais volumosa”.³¹

3.5 Conceito de dano moral

Preliminarmente, antes de passarmos à perquirição sobre a função punitiva da reparação do dano moral e suas críticas, é necessário apresentar as principais características do dano moral, no intuito de demarcar o campo de incidência.

Conforme já exposto nas linhas acima, o dano é um dos pressupostos da responsabilidade, seja ela subjetiva ou objetiva, e razão fundamental de sua existência. O mecanismo da responsabilidade civil consiste em identificar a presença do dano e imputá-lo a um sujeito, o qual deverá ser, conseqüentemente, obrigado a indenizá-lo. Pode haver responsabilidade sem culpa, a chamada responsabilidade objetiva, como vimos, mas não sem dano; se a vítima não sofrer nenhum prejuízo, não há o que indenizar. Portanto, diferentemente do que ocorre no direito criminal, em que pune-se o “crime de mera conduta”, no âmbito civil o dano é fator determinante do dever de indenizar.

Da mesma forma, ao passo que o direito criminal tipifica todo e qualquer ato ilícito, o direito civil prevê a obrigação de indenizar através de uma cláusula geral, constante do art. 186, em combinação com o art. 927 do Código Civil.

Uma das questões mais tormentosas que se impõe aos juristas que se debruçam sobre o tema do dano moral, além da referente à função da reparação e aos critérios de fixação do *quantum* indenizatório, consiste na própria conceituação do dano moral. Não iremos analisar detidamente esse assunto, mas simplesmente apresentar a

³¹ TEPEDINO, Gustavo, ob.cit., p. 177.

evolução dos debates a esse respeito, e procurar a formulação mais consentânea com a responsabilidade civil atual, que, já se disse, é informada pela cláusula da dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, observa-se que tem a doutrina procurado estabelecer o dano moral em uma forma negativa, em oposição ao dano patrimonial - isto é, dano moral é todo aquele que não atinge o patrimônio – o qual, em verdade, nada esclarece as características do fenômeno.³² Portanto, um critério distintivo baseado em uma exclusão revela-se insatisfatório.

Destarte, há de se buscar caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos.

Inicialmente, duas correntes mostram-se predominantes nesse sentido; a primeira compreende o dano moral como lesão a direitos da personalidade, enquanto outra o vê como os efeitos não-patrimoniais da lesão, independente da natureza do direito atingido.

A primeira posição é defendida, *v.g.*, por Paulo Luiz Netto LOBO, para o qual “não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos de personalidade”, sendo que vê tais direitos, que são previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional como *numerus apertus*, ou seja, filia-se à corrente da tipicidade aberta. Ademais, entende que “o dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade”.³³

Pela segunda acepção sustenta José de AGUIAR DIAS: “(...) a distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado,

³² Por exemplo, Adriano de Cupis afirma que o “*danno non patrimoniale*, conformemente alla sua negativa espressione letterale, è ogni danno privato che non rientra nel danno patrimoniale, avendo per oggetto um interesse *non patrimoniale*, vale a dire relativo a bene *non patrimoniale*”. Apud CAHALI, Youssef Said. *Dano moral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 21. Tradução livre: “dano não-patrimonial, de conformidade com sua expressão literal negativa, é todo dano privado que não se subsume no dano patrimonial, tendo por objeto um interesse não-patrimonial, vale dizer, relativo a bem não-patrimonial”.

³³ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 6, abril/junho 2001, pp. 95-96.

mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral resultado de ofensa a bem material”.³⁴ Posteriormente, conclui que “o dano moral é efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretam, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos patrimoniais”.³⁵

Em nosso ordenamento jurídico, admite-se tanto como reparável o dano moral entendido como o efeito não-patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial (hipótese de dano moral subjetivo), quanto a afronta a direito da personalidade, denominado dano moral objetivo.

O fato é que, em consonância com a premissa adotada, qual seja a da responsabilidade civil como um instituto constitucionalizado, por conseguinte o próprio conceito de dano moral deve ser construído neste quadro. Lapidares nesse sentido são as palavras de Sergio CAVALIERI FILHO, que pontifica:

“(...) Todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é porque a atual carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada questão social, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da nação, fez dela a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. E, ao inserir em seu texto normas que tutelam os valores humanos, a Constituição fez também estrutural transformação no conceito e valores dos direitos individuais e sociais, o suficiente para permitir que a tutela desses direitos seja agora feita por aplicação direta de suas normas. Ninguém desconhece que as normas constitucionais, por serem de hierarquia superior, balizam a interpretação e aplicação de toda a legislação infraconstitucional, de sorte a não ser possível aplicar esta em desarmonia com aquelas”.³⁶

Neste sentido, é interessante colacionar a posição de Maria Celina BODIN DE MOARES, que vê como insuficiente ambos os conceitos acima apresentados, diante da normativa constitucional, argumentando que “o dano moral não pode ser reduzido à

³⁴ AGUIAR DIAS, José de, ob.cit., p. 992.

³⁵ Idem, p. 1002.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio, ob.cit., p. 76.

‘lesão a um direito da personalidade, nem tampouco ao ‘efeito extra-patrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extra-patrimonial’. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana”.³⁷

Acrescenta ainda a referida autora: “a importância de conceituar o dano moral como lesão à dignidade humana pode ser medida pelas conseqüências que gera, a seguir enunciadas. Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado”.³⁸

Vê-se que, conquanto os conceitos acima referidos possam ser empírica e logicamente demonstrados, entende a autora que os mesmos são insuficientes eis que partem da noção de direito subjetivo como ponto central da responsabilidade civil, o que, em sua visão, deve ser repellido, pois qualquer situação jurídica subjetiva pode ser idônea a proteger os aspectos extrapatrimoniais da personalidade; mesmo que não se subsuma a um direito subjetivo específico; qualquer aspecto extrapatrimonial da personalidade pode sofrer ofensa e por conseguinte produzir dano moral, desde que tal ofensa seja grave o suficiente para ser considerada lesiva à dignidade humana.

Ocorre que, como pode ser percebido, tal construção, por alargar nitidamente os limites do dano moral, corre o risco de expandir em demasia a área dos danos ressarcíveis. Ciente disso, busca a autora delimitar os substratos da cláusula geral da dignidade humana.³⁹

Frise-se que, ao adotar tal conceito, tem-se argumentado que o dano moral poderá surgir no âmbito de qualquer espécie de responsabilidade civil antes mencionada, subjetiva e objetiva, extracontratual e contratual.⁴⁰

³⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*, p. 185.

³⁸ *Idem*, p. 188.

³⁹ Ver, da autora, para isso, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, in I.Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁴⁰ Ver, *e.g.*, BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Tais considerações, ainda que singelas, são suficientes para demonstrar a problemática por que passa o dano moral no direito brasileiro.

3.6 Registros históricos da reparação do dano moral no Brasil

Antes de se falar sobre fases pelas quais a questão do dano moral atravessou em nosso país, faremos referência à corrente negativista de reparação do dano moral.

Leciona José de AGUIAR DIAS que, dentre os argumentos construídos pela posição negativista, fundamentando a impossibilidade da reparação, sobrelevam os seguintes: 1) falta de efeito penoso durável; 2) incerteza do direito violado; 3) dificuldades em descobrir a existência do dano moral; 4) indeterminação do número de pessoas lesadas; 5) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; 6) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; e, 7) extensão do arbítrio concedido ao juiz.⁴¹

Destaca-se entre tal rol o argumento que entende imoral a fixação de um preço para a dor, para o sofrimento, e sentimentos afins, pois são inestimáveis financeiramente, e que repugnaria a consciência a consignação de um valor pecuniário para um bem jurídico moral; ora, há de se convir que muito mais preocupante é deixar-se a vítima arcar com todo o dano, e impune o causador do mesmo. Aliás, como acentua AGUIAR DIAS, se a reparação pecuniária não é um instrumento perfeito, ao menos é o mais idôneo até hoje formulado.⁴²

Pois bem, na análise da matéria, os autores costumam dividir a história da reparação do dano moral em nosso direito em três períodos, a saber, a fase em que não se admitia a reparação, à qual se seguiu o entendimento de que não era possível cumular as indenizações do dano moral e dano material, oriundas do mesmo fato, superado pela concepção atual de ampla reparação do dano moral. Sobre tais momentos históricos discorreremos, em breves palavras, a seguir.

3.6.1 Fase da irreparabilidade

Neste período, que vai do direito anterior ao Código Civil de 1916, passando pela edição do Código, e que persistiu até 1966, quando o Supremo Tribunal Federal

⁴¹ AGUIAR DIAS, José de, ob.cit., p. 1001.

⁴² Idem, pp. 1004-1005.

alterou sua posição, entendia-se que o ordenamento jurídico não autorizava a reparação do dano moral, tendo-se por base principalmente os argumentos que há pouco se fez menção; não obstante, embora a posição positiva, que pugna pela reparação, não fosse vitoriosa nos Tribunais, nesse tempo era admitida, de forma expressiva, a reparabilidade como *tese* pela doutrina.⁴³ Cite-se como exemplo a posição de Clóvis BEVILÁQUA, intérprete maior do Código Civil de 1916, que buscava no seu artigo 76 o fundamento jurídico da indenização do dano moral.

Conforme menciona Raphael de Barros MONTEIRO FILHO⁴⁴, em 1913 o Supremo Tribunal Federal analisou o Agravo de Instrumento nº 1.723, que dizia respeito à liquidação de danos decorrentes de acidente ferroviário, no qual um chefe de família havia perdido a vida. De início, concedeu-se indenização por dano material e por dano moral, posição essa que foi parcialmente reformada em acórdão da mesma Corte, prolatado em 26 de junho de 1915, no sentido de excluir a indenização por dano moral, sob o argumento de que reduzir-se o sofrimento físico ou moral consistiria em “extravagância do espírito humano”.

3.6.2 Inacumulabilidade com o dano patrimonial

A posição do Supremo Tribunal Federal passou a modificar-se a partir de 1966, ano em que o Ministro Aliomar Baleeiro, acompanhado pelo Ministro Pedro Chaves, sustentou de forma categórica a reparabilidade do dano moral. Porém, não se reconhecia ainda a independência desse, pois vinculava-se-o ao dano patrimonial.

A Súmula 491 enunciava que seria indenizável “o acidente que cause a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”, sob o fundamento de que, nas famílias de baixa renda, a morte de filho menor constituir-se-ia em uma supressão de um valor econômico, mesmo que em estado potencial. Desta maneira, percebe-se a

⁴³ CAHALI, Yussef Said, ob.cit., p. 45 ss.

⁴⁴ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. *Indenização por dano moral: evolução da jurisprudência*. Brasília, DF, 30 mar. 1995. Disponível em: http://stj.gov.br/webstj/ministros/discursao_internet.asp?Minis=0001089. Acesso em: 24 nov. 2006. Os comentários doravante feitos tomaram por base, principalmente, esta exposição.

razão porque o Supremo Tribunal Federal inclinou-se em inadmitir o cúmulo da indenização de natureza patrimonial com a outra, a título de reparo do puro dano moral.

3.6.3 Momento atual: reparabilidade plena

A partir da promulgação da Constituição de 1988, dúvidas não mais existem quanto à plena reparabilidade dos danos morais, eis que, conforme a mesma prescreve, em seu artigo 5º, incisos V e X, o dano moral é reparável, independentemente de “reflexos patrimoniais”:

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

(...)

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

Como conseqüência, reconheceu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei. 8.078/1990) a reparabilidade do dano moral nas relações de consumo, em seu art. 6º, inc. VI e VII, e, mais recentemente, o Novo Código Civil (Lei 10.406/2002), que em seu art. 186 estabelece:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão involuntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, pondo fim à discussão que ainda persistia sobre a cumulatividade dos danos material e moral, editou a Súmula 37, que estabelece: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundas do mesmo fato”.

Em conseqüência do reconhecimento da plena reparabilidade do dano moral, ocorreu uma expansão significativa do número de pedidos desta natureza; ademais,

viu-se também uma expansão qualitativa do dano ressarcível, eis que novos interesses passaram a ser considerados pelos Tribunais como merecedores de proteção.⁴⁵

⁴⁵ Anderson SCHREIBER elenca como causas diretas da expansão do dano ressarcível, em primeiro lugar, o que ele chama de erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil (culpa e nexo de causalidade), bem como a queda das barreiras processuais, nomeadamente a coletivização das ações de responsabilidade civil. SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 22, abril/junho 2005, p. 59.

4. A TESE DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Noção de função punitiva

Prefacialmente, deve-se esclarecer o significado da expressão “função punitiva da reparação do dano moral”. Com isso quer-se dizer que, além da soma em dinheiro dada ao lesado como compensação do dano moral sofrido, na medida deste dano, a corrente punitiva entende que é necessário, como forma de punição ao lesante, oferecer à vítima outra parcela em dinheiro.

Diz-se, então, que a reparação do dano moral possui uma dupla função, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima, procurando, se não exterminar, ao menos atenuar as tristezas e dores decorrentes do dano, e de um caráter punitivo, cujo escopo é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.

É evidente que, somente a indenização reparatória por si só constitui-se em punição ao agente danoso, inerente à qualquer sanção jurídica, pois impõe a este um sacrifício pecuniário. Trata-se de uma sanção em sentido amplo; porém, quando se está a afirmar que a reparação do dano moral deve ter caráter punitivo, alude-se à uma sanção em sentido estrito, semelhante à que utiliza-se na esfera criminal.⁴⁶

Melhor esclarecendo, é necessário dizer que a existência de sanções punitivas não é de todo estranha ao direito civil; aliás, dentre as modalidades de sanções presentes nesse ramo do direito, encontramos sanções indenizatórias e sanções punitivas, que diferem entre si de acordo com sua finalidade específica⁴⁷.

A sanção indenizatória é aquela tradicionalmente atribuída à responsabilidade civil, consistindo na busca do ressarcimento de danos produzidos, seja pelo

⁴⁶ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 47-48: “Quando se fala de função punitiva-preventiva ou função sancionatória da responsabilidade civil está a se usar a palavra sanção em sentido estrito, com conteúdo análogo ao que tem no direito criminal; empregando esse termo em sentido amplo, para significar a reação da ordem jurídica contra a ilegalidade, pode dizer-se que a responsabilidade civil é sanção, como também o seriam os meios compulsórios ou a invalidade dos atos *contra legem*”.

⁴⁷ AMARAL, Francisco, ob.cit., p. 69.

cometimento de um ilícito contratual (art. 389 do Código Civil), seja pela prática de um ilícito extracontratual (art. 927 do Código Civil), consoante já mencionado.

A seu turno, a sanção punitiva volta-se contra aquelas condutas consideradas reprováveis, independentemente se delas decorram danos. Como exemplo desta modalidade no âmbito civil, temos a exclusão do herdeiro declarado indigno, na forma da lei, conforme se vê do artigo 1.814 do Código Civil; porém, a presença desta espécie sancionatória constitui-se em exceção.

4.2 Antecedentes históricos da função punitiva

A posição da função punitiva da responsabilidade civil em geral, e no âmbito da indenização do dano moral em particular, torna-se mais clara se nos voltarmos às origens do nosso Direito, isto é, ao Direito Romano.

Como nos ensinam Judith MARTINS-COSTA e Mariana de Souza PARGLENDER (colocar citação aqui), embora os romanos não tenham conhecido o termo “responsabilidade”, tal qual hoje o entendemos, elaboraram determinadas sanções ao ato ilícito, classificadas em dois grupos, a saber: a) sanções “tendentes à reação imediata ou direta contra a situação que o ilícito criara ou estava para criar, visando impedir ou neutralizar os seus efeitos”⁴⁸, de que seriam exemplos o ressarcimento do dano e a reparação; e, b) sanções que, ao invés de se direcionarem ao fato danoso, “exprimiam ódio ao culpado”, nas quais se incluíam as penas, mecanismo que leva em consideração menos a vítima e a situação lesada do que o agente causador do dano.

O termo pena, em sentido técnico, deve ser compreendido neste contexto como uma ação, a *actio poenalis*, instrumento de consecução da função de punir.

Essa função punitiva era assegurada em dois âmbitos, quais sejam o das penas públicas e das penas privadas. Aquelas se dirigiam contra os delitos públicos - *crimen*-, que consistiam em infrações ao Estado e à paz do reino. De outro passo, as penas

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)*. In: Revista CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar 2005, p. 17.

privadas se voltavam contra os delitos privados, chamados *delicta*, “que eram ilícitos contra a pessoa ou seus bens, (precisamente o furtum, a rapina, a iniuria e o *damnum iniuria datum*).”⁴⁹.

Toda vez que ocorria um delito privado, não cabia ao Estado tomar a iniciativa de punir o ofensor; ao revés, assegurava a vítima o direito de propor uma *actio*, no intuito de obter uma condenação ao pagamento de uma certa quantia pecuniária, que fazia as vezes de pena: “a pena privada podia, pois, definir-se como a sanção a um ato privado, derivada de uma ação intentada por um privado (*actio poenalis*), resultando numa aflição ao réu derivada da imposição de uma diminuição patrimonial imposta com caráter punitivo, e não ressarcitório”.⁵⁰

Ao passo que aquelas sanções reparatórias, acima mencionadas, eram pautadas pela identidade econômica entre o prejuízo e o ressarcimento, em que o dano era ressarcido na medida de sua extensão, as penas privadas eram calculadas da seguinte maneira: ao dano efetivamente ocorrido, impunha-se como pena o pagamento de uma soma que correspondesse ao dobro, triplo ou quádruplo daquele.

Desta maneira, vê-se que, no Direito Romano, a vítima possuía duas vias para a proteção de seus interesses, a ressarcitória e a punitiva⁵¹.

Entretanto, a presença desses mecanismos punitivos no domínio da responsabilidade civil foi sendo paulatinamente diminuindo, fenômeno motivado por variados fatores, dentre os quais dois se destacam, em virtude de sua importância no Direito brasileiro.

⁴⁹ Idem, ibidem. José de AGUIAR DIAS, ob.cit., p. 996, comentando o tema, afirma que a pena privada poderia ser definida como “a sanção de um ato considerado pela ordem jurídica como delituoso ou violador de interesse privado legítimo, sanção que procurava, no direito histórico, afligir o réu mediante diminuição de seu patrimônio”.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ “O escopo das várias *actiones poenales privadas* era, pois, a sanção ou a repressão a determinadas condutas lesivas de interesses privados, como por exemplo o furto e o roubo, a atuar-se mediante a obrigação de devolver somas mais que compensatórias, múltiplas dos danos sofridos. Voltadas, funcionalmente, a punir o responsável pela lesão, as *actiones poenales privadas* distinguem-se, assim, dos instrumentos que buscavam o restauro da situação lesionada, quais sejam, fundamentalmente as *actiones rem persequentes*, que visavam, tão-somente, a ressarcir o prejuízo causado”. Idem, ibidem.

Primeiramente, o desenvolvimento da noção da proibição do enriquecimento sem causa⁵², isto é, a limitação da obrigação de indenizar simplesmente à reparação do dano efetivamente sofrido.

Em segundo lugar, o cancelamento da função penal deu-se como consequência de uma busca de uniformização das regras aplicáveis em matéria de responsabilidade civil, eis que as ações penais romanas “comportavam a aplicação de regras diferentes segundo o tipo de ação não apenas sob o ponto de vista dos pressupostos da ação, mas também sob o ponto de vista do quantum ressarcitório que variava segundo a gravidade da lesão”.⁵³

Este processo consolidou-se com o Código Civil francês, paradigma da codificação moderna, o qual introduziu a separação rigorosa entre a matéria civil e os tipos penais, retirando dos quadros da responsabilidade civil quaisquer preocupações com a punição do causador do dano.

Isso não obstante, em meados do século XX, o francês Boris Starck, opondo-se à tendência geral, escreveu monografia em que advogava a aceitação da pena privada na seara da responsabilidade civil.⁵⁴

Agora, diferentemente do que se passou com os países da família de direitos da *civil law*, tributários da tradição romano-germânica, nos países da *common law*, de tradição anglo-saxônica, não se verificou uma completa separação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, em que a categoria da pena privada não foi sepultada.

Fato é que a adoção desse caráter punitivo pelo Direito brasileiro, isto é, o retorno da pena privada nos quadrantes da responsabilidade civil, recebe influência do instituto dos *punitive damages*, próprio do mundo jurídico anglo-saxão.

⁵² Sobre o qual se falará com mais detalhes adiante.

⁵³ *Idem*, p. 18.

⁵⁴ STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile délictuelle*. Paris: Sirey, 1950. Para uma análise dos argumentos de Starck, ver AGUIAR DIAS, José, *ob.cit.*, pp. 997-1000.

4.3 O instituto dos *punitive damages*⁵⁵

Os *punitive damages*, conhecidos também pela denominação *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, constituem-se em uma soma variável em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor superior ao necessário à compensação do dano, diante de sua dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção (*deterrence*). Os *punitive damages*, deste modo, diferenciam-se dos ditos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo⁵⁶.

A prática de condenar o causador de um dano a indenizar múltiplos do dano, típica do Direito Romano, ingressou na tradição anglo-saxônica nos tempos de Eduardo I, quando se passou a atribuir parte prejudicada o direito a perceber o dobro ou o triplo dos danos por ela sofridos. Por isso, de modo muito característico no Direito inglês, o castigo era infligido mediante o exercício de ações civis, na forma de uma reparação equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido. Estes princípios são perfeitamente aplicáveis ao Direito Romano do fim da República. No direito moderno romano, as ações penais evoluíram gradualmente até adquirir o caráter de ações cuja finalidade era conseguir uma compensação. Na Inglaterra, serviram de modelo aos legisladores da época de Eduardo I.

⁵⁵ Esta seção segue, em linhas gerais, a exposição realizada por MARTINS-COSTA, Judith, ob.cit, e BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 18, abril/junho 2004.

⁵⁶ BITTAR, Carlos Alberto, ob.cit., p. 89, conceituando o instituto, traz a definição da coletânea *The guide to american law*, da seguinte maneira: “punitive damages – monetary compensation awarded to an injured party that goes above and beyond that which is necessary to remunerate the individual for losses. The theory underlining punitive damages, involves a merger of the interest people injured by the wrongful conduct. This type of damages is not awarded of any particular merit in the plaintiff’s cause but rather to serve the purpose of penalizing the wrongdoer and to act as a warning to the offender and others that the community will not tolerate such behavior. Unless otherwise required by statute, the award of punitive damage is based upon de discretion of the truer of fact”. Tradução livre: Indenização punitiva é uma compensação monetária arbitrada para uma lesão de um sujeito que vai além do que é realmente necessário para remunerar pelo dano suportado. A teoria da indenização punitiva implica numa fusão de interesses de pessoas lesadas por uma conduta condenável. Este tipo de indenização não é arbitrada tendo em vista o caso particular do queixoso, mas exatamente com o propósito de penalizar o ofensor e alertá-lo de que a sociedade não tolerará esse tipo de conduta. A menos que de outra maneira disponha o ordenamento jurídico, a sentença de indenização punitiva é baseada de um modo geral na prudência do aplicador do direito.

Tem-se como a primeira previsão de indenização múltipla no direito anglo-saxônico o *Statute of Councester*, da Inglaterra, que data de 1278. Embora a possibilidade de indenização superior ao dano não fosse estranha à tradição anglo-saxônica, a origem da doutrina dos *exemplary damages* originou-se nas cortes inglesas no século XVIII como um meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais.

Em 1760, algumas cortes começaram a explicar grandes somas concedidas pelos júris em casos graves como compensação ao autor por *mental suffering*, *wounded dignity* e *injured feelings*. Essa indenização adicional por dano à pessoa eram referidos como *exemplary damages* pelas cortes que justificavam a condenação afirmando que as indenizações elevadas tinham por objetivo não só compensar o lesado pelo prejuízo intangível sofrido, mas também punir o ofensor pela conduta ilícita. Em verdade, tais objetivos foram confundidos pelas Cortes inglesas e norte-americanas até meados do século XIX.

No entanto, no decorrer do século XIX, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, o conceito de *actual damages* (categoria que representa os danos efetivos, na qual se incluem as perdas e danos compensatórias) foi ampliado para abarcar também o prejuízo intangível. Como conseqüência, a função originalmente compensatória dos *exemplary damages* foi transferida aos *actual damages*, e as cortes foram levadas a falar dos *exemplary damages* exclusivamente em termos de *punishment* e *deterrence*.

Assim, atualmente o conceito de *punitive damages* mostra-se desvinculado de sua ligação originária com a indenização dos danos extrapatrimoniais. Porque suas finalidades precípuas passaram a ser a punição e a prevenção, o foco passou a incidir não sobre a espécie do dano, mas sobre a conduta do seu causador.

Quanto às características gerais e requisitos dos *punitive damages* que serão a seguir expostos, há de se dizer que eles se referem à doutrina tal como ela é aceita nos Estados Unidos. Isso porque na Inglaterra, por exemplo, desde 1964, com o caso *Rookes v. Barnard*, as hipóteses em que podem ser concedidos os *punitive damages* restaram bastante restritas.

Ademais, observa-se que os *punitive damages* em sua versão norte-americana possui uma doutrina que foi mais profundamente estudada e aplicada, sendo alvo, também aí, das mais diversas críticas.

Como regra geral, salvo lei em contrário, receber *punitive damages* não constitui direito subjetivo e depende sempre da poder discricionário do júri. Em algumas *jurisdictions*, quando há alegações e provas suficientes, os *punitive damages* são considerados direito subjetivo, sendo dever do júri concedê-los.

Em geral, não é possível a condenação em *punitive damages* por violação de um contrato, independentemente dos motivos que levaram o réu a fazê-lo. Isso é possível somente quando for alegado e provado o cometimento de um ilícito extracontratual (*tort*) em conexão com a violação do contrato. Todavia, mais recentemente as Cortes norte-americanas têm abrandado a vedação aos *punitive damages* em caso de inadimplemento contratual.

Ausente o elemento subjetivo, só será possível obter indenização compensatória pelo prejuízo sofrido e nada mais. Em outras palavras, os *punitive damages* só podem ser concedidos em caso de circunstâncias subjetivas que se assemelham à categoria continental do dolo, quais sejam *malice, wantonness, willfulness, oppression, fraud*, entre outras. A mera negligência, na ausência das circunstâncias agravantes, não é razão suficiente para a condenação de *punitive damages*. *Gross negligence* (negligência grave), em alguns estados, enseja *punitive damages*.

Além dos efeitos de punição e prevenção, há quem diga que os *punitive damages* são uma forma de expressão da indignação do júri. Às vezes se menciona que a quantia vai para o autor como recompensa pelo serviço ao público de trazer o causador do dano à justiça (*as a reward for his public service in bringing the wrongdoer to justice*).

Nos Estados Unidos, via de regra, cabe ao júri a fixação dos *punitive damages*, a qual, porém, em determinadas hipótese pode ser revisada por uma Corte superior.

Tradicionalmente, o sistema jurídico americano deposita grande importância no papel do júri para decidir questões relevantes, confiando no júri como um “*guarantor of fairness, a bulwark against tyranny, and a source of civic values*”. Entretanto, no âmbito

dos *punitive damages*, uma suspeição generalizada erodiu a histórica confiança no papel do júri. Entre as explicações para a suspeita incluem-se a inclinação do júri contra os réus abastados, o impulso de redistribuir riqueza, a incompetência ou inabilidade em compreender a complexidade que envolve a fixação do *quantum* e as características psicológicas que predis põem certos jurados a conferir *punitive damages*.

O instituto dos *punitive damages*, não obstante sua aceitação histórica pelo sistema da *common law*, foi sempre alvo das mais duras críticas. Nas últimas décadas, as indenizações a títulos de *punitive damages* em valores cada vez mais elevados, comumente na faixa de milhões e até bilhões de dólares, passaram a demonstrar a fragilidade do instituto e a atrair ainda oposição ainda maior. Entretanto, foi somente nos últimos anos que a Suprema Corte dos Estados Unidos houve por bem intervir pela primeira vez nos montantes fixados, baseando-se no princípio do devido processo legal, em sua acepção substantiva, consagrado pela XIV Emenda da Constituição Americana. Não obstante a inconstitucionalidade da fixação dos *punitive damages* já tivesse sido questionada outras vezes perante a Suprema Corte, somente no caso *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996) foi reconhecida que a condenação de *punitive damages* em patamares irrazoáveis afronta a *Due Process Clause*.

Nesse caso, o autor, Ira Gore Jr., comprou um novo BMW sedan de um comerciante do Alabama. Após, ele ficou sabendo que o réu, *BMW of North America*, tinha repintado parte do carro por causa de um dano ao carro antes de sua chegada aos Estados Unidos, embora a BMW não tenha revelado o fato. O júri conferiu ao réu *compensatory damages* no valor de \$4000 pela diminuição do valor do carro e *punitive damages* no valor de \$4 milhões. A Suprema Corte do Alabama reduziu os *punitive damages* para \$2 milhões. A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso, considerou esse montante como *grossly excessive* (manifestamente excessivo), e, portanto, inconstitucional. Então, a Suprema Corte do Alabama, em reconsideração, os reduziu para \$50.000.

Em *Gore*, a Suprema Corte instruiu as demais Cortes a considerar três diretrizes na fixação dos *punitive damages* para todos os casos que seguirem:

Primeiramente, o grau de repreensibilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*).

Para aferir a referida repreensibilidade, segundo a Corte, é importante atentar aos seguintes fatores: a) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; b) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros; c) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; d) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; e) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente.

A existência de qualquer desses fatores em favor do autor podem não ser suficientes para sustentar uma condenação de *punitive damages*; por outro lado, a ausência de todos torna qualquer condenação suspeita. Isso porque se deve presumir que o autor foi plenamente compensado pelo dano sofrido por meio dos *compensatory damages*, de forma que os *punitive damages* devem ser pagos somente quando a culpabilidade do réu, depois de ter pago *compensatory damages*, é tão repreensível que merece a imposição de outras sanções para se atingir punição ou prevenção.

Em segundo lugar, a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*.

E, por último, a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

4.4 O caráter punitivo da reparação do dano moral e o direito brasileiro

Feitas essas considerações, observa-se que tanto na doutrina como na jurisprudência a tese punitiva encontra grande número de defensores. A título de ilustração, Sergio CAVALIERI FILHO assevera que, além de uma natureza satisfativa, a indenização do dano moral possui uma função punitiva: “por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de *pena privada* em benefício da vítima”.⁵⁷

Antonio Jeová SANTOS sustenta que a indenização deve ser encarada numa perspectiva dupla: “a reparação do dano moral é vista pela vítima como ressarcitória e

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio, ob.cit., p. 78.

sob o enfoque do autor do ilícito, como uma sanção. Por isso, o afastamento de qualquer dogma que aprisione em camisa-de-força critérios apriorísticos que parecem puros. Daí o caráter dúplice que deve revestir a reparação do dano moral”.⁵⁸ Ademais, assevera que “muito embora vezes abalizadas se oponham à indenização que tem caráter penal, não se pode afastar de todo que no montante indenizatório do *dano moral*, deve o juiz estipular certa quantia como fator dissuasivo da prática de novos danos”.⁵⁹ Percebe-se que o autor vê a punição no sentido não de *retribuição* do dano causado, mas de *prevenção* do cometimento de novos danos.

No mesmo sentido é a posição de Américo Luís Martins da SILVA, para o qual a reparação do dano moral é dotada de duas funções: “a) a função de expiação (em relação ao culpado ou quem causa a lesão); b) a função de satisfação (em relação à vítima ou ofendido)”.⁶⁰

Carlos Alberto BITTAR, analisando as funções da teoria da responsabilidade civil, entende que “sob o prisma do interesse coletivo, prende-se ao sentido natural de defesa da ordem constituída e, sob o do interesse individual, à conseqüente necessidade de reconstituição da esfera jurídica do lesado. De outra parte, sob o ângulo do lesante, reveste-se de nítido cunho sancionatório, ao impor-lhe a submissão, pessoal ou patrimonial, para a satisfação dos interesses lesados. Serve, também, sob o aspecto da sanção, como advertência à sociedade, para obviar-se à prática do mal”.⁶¹

Caio Mário da Silva PEREIRA, procurando estabelecer distinções quanto ao fundamento da indenização do dano moral e do dano material, afirma que “quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”.⁶²

⁵⁸ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 164.

⁵⁹ Idem, p. 174.

⁶⁰ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 62.

⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto, ob.cit., p. 26.

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob.cit., p. 55.

Tal posição tem sido aceita pelos Tribunais, em especial o Superior Tribunal de Justiça, o qual chamou para si o dever de estabelecer balizas para a concessão de indenização por dano moral:

*“Cabe ao Superior Tribunal de Justiça 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 dúplici função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir. A indenização pelo protesto indevido de título cambiariforme deve apresentar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida”.*⁶³

Neste sentido, também:

*“Responsabilidade civil. Acusação criminal injusta que o recorrente poderia ter evitado. Dano moral. Valor da indenização. I – A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem ato desta natureza (...)”.*⁶⁴

É necessário fazer menção às principais razões pelas quais tem-se advogado a instituição da indenização punitiva, concentrando-se naquelas que comumente têm sido arroladas pelos seus defensores como motivadoras da concessão da parcela punitiva da indenização por dano moral.

Como já se afirmou, anteriormente não admitia-se a reparação do dano moral, sendo que um dos argumentos utilizados era a imoralidade do pagamento de um preço pela dor (o denominado “dinheiro da dor”), o que resultava na atribuição de um caráter meramente simbólico às indenizações dos danos extrapatrimoniais; como consequência, tendo-se ido buscar outras motivações, considerou-se que a estrutura da pena privada configuraria fundamento plausível para a reparação dos danos morais⁶⁵.

Além disso, verifica-se uma tendência geral de retração do Direito Penal, consistente no chamado Direito Penal mínimo, que, então, deveria limitar suas preocupações com as ofensas mais graves à ordem social; por conseguinte, aquelas condutas que deixariam o campo do Direito Penal passariam a fazer parte do âmbito da

⁶³ STJ, RESP 398879-MG, DJU de 2.9.2002, 4ª Turma, Rel. Min, Sálvio de Figueiredo Teixeira.

⁶⁴ STJ, REsp 337739-SP – AC. unân. Da 3ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – Julg. Em 08/04/2002.

⁶⁵ Conforme afirma BODIN DE MORAES, Maria Celina, ob.cit., p 52.

Responsabilidade Civil, agregando-se a esta uma função punitiva, compreendida tanto como retribuição quanto como prevenção especial (destinada ao ofensor) e prevenção geral (tendo-se em vista a sociedade como um todo).

Ademais, e de forma mais contundente do que os motivos acima mencionados, verifica-se a adoção do caráter punitivo diante da chamada crise do modelo reparatório da responsabilidade civil, cujas respostas têm se mostrado insuficientes.

Argumenta-se que, ao se pensar a responsabilidade civil simplesmente como um instrumento de reparação de danos, dá-se ensejo a uma séria de situações conflituosas. Por exemplo, nos casos em que o dano constitui-se em causa de lucro para o ofensor, isto é, quando este, mesmo após pagar as indenizações cabíveis, de natureza reparatória ou compensatória, obtém benefício econômico com a prática do ato ilícito danoso. Além disso, há situações em que o ofensor comporta-se com indiferença à sanção reparatória, vista por este como um preço a ser pago para cometer o ilícito ou persistir na sua prática.

André Gustavo CORRÊA DE ANDRADE entende, ainda, que a adoção da indenização punitiva consiste na atuação de um critério de justiça, atendendo-se a um imperativo ético, pois “possibilita a realização de um juízo valorativo diferenciado para comportamentos merecedores de diferente censura. Atribuindo importância à conduta do ofensor, e não apenas à conseqüência sofrida pela vítima, distingue um comportamento mais reprovável de um menos reprovável”.⁶⁶

Para secundar seu posicionamento, o autor formula exemplo em que duas condutas totalmente diferentes quanto à sua gravidade causam o mesmo dano e, em se adotando simplesmente o caráter reparatório, os ofensores deveriam pagar como indenização, em tese, a mesma quantia. Em sua visão, repugnaria ao sentimento de justiça atribuir o mesmo peso a condutas desiguais, porque tão diferentemente censuráveis. Assim, a imposição de sanções diferenciadas para casos de distinta reprovabilidade representaria uma particular aplicação do princípio constitucional da isonomia.

⁶⁶ CORREA DE ANDRADE, André Gustavo. *Indenização Punitiva*. In: Revista da EMERJ, v. 9, n. 36, 2006, p. 153.

Na seqüência, procurando estabelecer os pressupostos da indenização punitiva, entende o autor que esta deveria ser aplicada quando houvesse a ocorrência de um dano moral, oriundo de prática de uma conduta pelo ofensor caracterizada por uma culpa grave (em sentido amplo, na qual estariam compreendidos o dolo e a culpa grave em sentido estrito), bem como a existência de lucro ilícito do lesante⁶⁷.

Desta maneira, a indenização punitiva surgiria, então, no sistema jurídico vigente, como medida necessária à efetiva proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade, mediante a imposição de uma sanção que constituir-se-ia em fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável.

⁶⁷ Idem, pp. 148-153.

5. CRÍTICAS À TESE DA FUNÇÃO PUNITIVA

Tendo sido apresentados os argumentos pelos quais tem-se sustentado a adoção, por nós, da indenização punitiva em tema de dano moral, passamos a arrolar as principais críticas formuladas pela doutrina a esta posição, bem como as soluções que se tem buscado imaginar para os problemas apresentados.

5.1 Violação da garantia constitucional da legalidade das penas

Em primeiro lugar, tem-se ressaltado que o sistema punitivo construído pelo ordenamento jurídico brasileiro está submetido a um severo regime de estrita previsão legal.

Nossa Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, inscreve entre o rol de direitos fundamentais a declaração de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Como se observa, a instituição de penas em nosso direito não deve estar simplesmente em consonância com o princípio da legalidade, entendido como mera submissão e respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. Antes, o regime das penas entre nós é guiado pelo princípio da reserva legal, isto é, a regulamentação da matéria há de fazer-se necessariamente por intermédio de lei formal, criada pelo legislador: “o dispositivo (art. 5º, XXXIX) contém uma reserva absoluta de lei formal que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas”.⁶⁸

Por conseguinte, não está o Judiciário autorizado a, por iniciativa própria, considerar determinada conduta, não tipificada previamente pelo legislador, como merecedora de punição, segundo critério puramente judicial; isso se refere tanto àquela punição caracterizadora, quase que exclusiva, do direito penal, consistente na restrição da liberdade do indivíduo, quanto à chamada pena privada, de que são exemplos as multas contratuais e as *astreintes*. Essas últimas, constituindo-se em exceções em que a reparação civil assume feição punitiva, só existem porquanto a própria lei as instituiu.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 429.

Não decorrem da vontade discricionária dos tribunais, antes, são resultado da vontade expressa do legislador.

Ademais, ao conceder à vítima de dano moral uma reparação, o juiz deve estar adstrito às regras de direito civil.

Da leitura dos dispositivos concernentes à condenação por dano moral, mormente os artigos 186 e 942 do Código Civil, em nenhum momento há a previsão de que, ao buscar reparar o dano, o juiz deverá incluir uma pena na indenização dos prejuízos. Como afirma Humberto THEODORO JÚNIOR, “o autor do ilícito civil, ou seja, aquela que ‘viola direito’ ou ‘causa prejuízo a outrem’, não recebe outra imposição dos referidos preceitos legais senão a de ficar ‘obrigado a reparar o dano’”.⁶⁹

Ou seja, nosso Código Civil não contemplaria um caráter punitivo, não havendo qualquer regra permissiva de inserção de uma parcela punitiva no montante indenizatório. Aliás, como refere Maria Celina BODIN DE MORAES⁷⁰, os indícios são exatamente opostos, haja vista que o artigo 944, parágrafo único fala em reduzir o valor da indenização - e, em interpretação *a contrario sensu*, impede que o juiz a aumente -, bem como o artigo 403, em sede de responsabilidade contratual, afirma que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato (...)”.

Conforme já afirmado, a indenização, mesmo no dano material, é uma sanção, mas uma sanção que tem uma finalidade diversa da simples pena-castigo, finalidade específica de restaurar a situação jurídico-patrimonial da vítima.

Portanto, diante da atual configuração do sistema da responsabilidade civil, a concessão pela jurisprudência da denominada indenização punitiva se revestiria de flagrante inconstitucionalidade.

Se, como visto, o direito norte-americano admite o emprego da indenização do dano moral como instrumento de punição, deve-se ter em mente, entretanto, que,

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79.

⁷⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas.* In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18, abril/junho 2004, p. 49. Na seqüência, a autora afirma (p. 69) que, “se um juiz brasileiro é competente para condenar o ofensor a ressarcir o dano que causou, a lei (ainda) não lhe autorizou a impor sanções, seja sob o fundamento que for, a serem acrescidas ao ressarcimento puro e simples”.

primeiramente, essa espécie de indenização é observada na minoria dos casos que são levados a juízo, somente nas hipóteses de grande repercussão social do ilícito. De mais a mais, o direito americano está alicerçado em bases distintas das nossas. No direito brasileiro, utilizar-se a sentença civil, sem prévia autorização legal, para transmutar a indenização do prejuízo individual em pena, ofenderia a garantia constitucional da *nulla poena sine lege*.⁷¹

Uma solução que, em tese, teria o condão de adequar tal situação ao comando constitucional sob análise é aquela que foi apresentada no Projeto de Lei nº 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que pugnava pela inserção de um segundo parágrafo ao artigo 944 do Código Civil, com a seguinte redação:

"Par. 2º. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante."

Além do inconveniente de atribuir um grau de subjetividade extremamente elástico ao juiz, muito maior do que o já vigente, que poderia abrir caminho, como ocorre na experiência norte-americana, a indenizações vultosas, tal proposta, ainda que aparentemente solucionasse o mencionado problema da violação da norma da *nulla poena sine lege*, por si só não conferiria legitimidade à adoção da função punitiva, conforme se tem argumentado.

5.2 Violação da proibição do enriquecimento ilícito

Esta talvez se constitua na crítica mais proeminente que os doutrinadores impõe à tese punitiva, eis que, na medida em que permite uma indenização em montante superior aos danos sofridos, suscita o enriquecimento sem causa da vítima.

Como assevera Carlos Roberto GONÇALVES, "(...) revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já estará compensada com

⁷¹ Idem, p. 86.

determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito”.⁷²

Frise-se que o Código Civil de 2002 enuncia a vedação do enriquecimento sem causa no artigo 884, segundo o qual “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

No mesmo sentido é a posição de Giovanni Ettore NANNI, segundo o qual “o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa não permite que a indenização fique aquém do dano sofrido e, em outro extremo, não autoriza que o ressarcimento da lesão extrapatrimonial proporcione ao lesado uma vantagem exorbitante e indevida, isto é, que ela esteja em posição econômica superior àquela que estava anteriormente à prática do ato ilícito”.⁷³ Desta maneira, ao se conceder uma indenização superior ao dano efetivamente ocorrido dá ensejo ao enriquecimento sem causa. De mais a mais, complementa o autor afirmando que “(...) por serem os danos punitivos uma quantia adicional às perdas e danos, que incorporam os danos emergentes e os lucros cessantes, nota-se que a sua eventual aplicação perante o direito brasileiro também violaria o art. 944, *caput*, do Código Civil de 2002, pois a indenização deve ser medida pela extensão do dano, no que os *punitive damages* estariam além de tal medida, tipificando locupletamento indevido, que é um princípio norteador do direito obrigacional e moderador de tal prática ilegal”.⁷⁴

Em resposta a esta crítica, e reconhecendo a sua procedência, os defensores do caráter punitivo da reparação do dano moral, procurando rechaçar a censura recebida, formularam a proposta no sentido de que a parcela que represente a punição pelo dano causado não seja destinada à vítima, e sim a entidades de fins sociais, ou a um Fundo público, como aquele previsto pela Lei 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública.⁷⁵ Tal Fundo recebe valores advindos de custas e condenações judiciais ou

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. V. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 365.

⁷³ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 357.

⁷⁴ *Idem*, p. 353.

⁷⁵ Nesse sentido, ver ANDRADE, Vitor Morais de. *As condenações por dano moral e sua função de desestímulo – Relação entre direito e economia*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

administrativas, além de doações e rendimentos do próprio fundo, destinados a Instituições Governamentais da administração direta ou indireta, Organizações Não-Governamentais brasileiras sem fins lucrativos, que tenham nos seus estatutos objetivos relacionados à atuação no campo do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e demais interesses difusos e coletivos.

Desta maneira, afirma-se, estaria justificada a adoção da função punitiva, beneficiando-se toda a sociedade, eliminando-se o problema de se direcionar única e exclusivamente à vítima o montante indenizatório decorrente da punição ao causador do dano, eis que daria azo a um enriquecimento ilícito.⁷⁶

Fato é que, neste caso, o que estará se fazendo é um amoldamento do instituto dos *punitive damages*, não se podendo equiparar a este, o qual não contempla a possibilidade de se beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos pré-determinados.

5.3 Violação da proibição do *non bis in idem*

O princípio do *non bis in idem*, embora não esteja expressamente previsto constitucionalmente, é concebido como um princípio geral de justiça, e estabelece que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração penal, ou seja, não se pode expor o réu ao risco de ser duplamente pelo mesmo ato.

2006, pp. 70-91; e, MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. *Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único, do Código Civil)*. In: *Revista de Direito Privado*, n. 26, abril-junho de 2006, pp. 105-145.

⁷⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada, ob.cit, pp. 181-82, afirma que, em se adotando essa solução, eliminar-se-ia uma série de problemas, “sendo o principal, não cria nas vítimas um excessivo estímulo à litigância, movido pelo desejo de enriquecer às custas alheias, numa verdadeira ‘loteria das indenizações’ conforme já se verifica nos Estados Unidos e que tem levado a debates sobre a reestruturação de seu sistema indenizatório. Partindo desse princípio, a vítima seria indenizada na exata medida dos danos experimentados; do ofensor seria retirado todo o benefício originado da prática lesiva; e não se verificaria a chamada ‘indústria das indenizações’, com verdadeira corrida ao Judiciário – muitas vezes por motivos fúteis – motivadas pelas altas somas das indenizações punitivas, dando-se à pena uma destinação socialmente útil”.

Como é cediço, uma mesma conduta pode incidir, ao mesmo tempo, em violação à lei civil e à lei penal, caracterizando dupla ilicitude, dependente de sua gravidade. Por exemplo, o motorista que, dirigindo com imprudência ou imperícia, acaba por atropelar e matar um pedestre fica sujeito à sanção penal pelo crime de homicídio culposo e, ainda, obrigado a reparar o dano aos descendentes da vítima. Desta maneira, haverá uma dupla sanção: a penal, de natureza repressiva, consubstanciada em uma pena privativa de liberdade ou uma pena restritiva de direitos; e a civil, que tradicionalmente tem-se entendido como de natureza reparatória, consistente na indenização.

Ocorre que, ao se agregar um caráter de punição à reparação civil, estar-se-á violando o mencionado princípio do *non bis in idem*; esta é a visão, por exemplo, de Maria Celina BODIN DE MORAES, que sustenta:

É de se ressaltar ainda que grande parte dos danos morais, aos quais se pode impor caráter punitivo, configura-se também como crime. Abre-se, com o caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável bis in eadem. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal, considerando-se, ainda, de relevo o fato de que as sanções pecuniárias civis têm potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal.⁷⁷

5.4 Aceitação, em casos específicos, da indenização punitiva

Consoante demonstrado, não é pacífica a aceitação de um genérico caráter punitivo nas reparações por dano moral. Não obstante, mesmo os autores que se levantam de um modo geral contra a adoção da função punitiva em sede de responsabilidade civil, estes tem-na admitido em casos excepcionais; desta maneira, afirma-se que o modelo puro dos *punitive damages* não se coaduna com o nosso sistema jurídico, porém, preenchidos certos requisitos, a concessão de um caráter punitivo em certos casos específicos é até necessária.

⁷⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*, pp. 260-61.

Assim, em primeiro lugar, tem-se apontado para a necessidade de previsão legislativa específica do instituto, fixando os estritos limites de atuação do juiz para a concessão de uma indenização punitiva.

Ademais, não são todas as hipóteses de dano moral que devem ser autorizadas da indenização punitiva; ao revés, esta deve ser utilizada somente em casos particularmente graves, a saber: a) hipóteses em que o dano constituir-se em causa de lucro para o ofensor; b) quando se verificar uma conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação á consciência coletiva; c) quando se der o caso de prática danosa reiterada, isto é, mesmo que se trate de um dano fruto de uma conduta pouco reprovável, se praticada de forma reiterada deverá ser aplicada punição ao ofensor; e, d) nas situações causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como se dá, por exemplo, no âmbito dos direitos difusos e coletivos.

Por final, o montante indenizatório que represente punição deverá constar de uma parcela destacada do total, eis que não poderá ser destinado à vítima, mas sim a fundos públicos pré-determinados, como aquele constante da Lei da Ação Civil Pública, que busquem o benefício de toda uma coletividade.

6. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, viu-se que é intenso o debate quanto à possibilidade de se punir o agente causador de danos morais, de maneira a desestimulá-lo a reiterar ilícitos similares, bem como no intuito de servir de exemplo para toda a sociedade.

É evidente que um sem número de questões importantes de tema tão amplo não foram abordadas; no entanto, não era nosso propósito esgotá-lo, mas simplesmente deixar em evidência que a indenização punitiva quer se transformar em realidade em nosso ordenamento, em especial no âmbito da reparação dos danos morais, situação essa oriunda principalmente dos problemas e insuficiências que o modelo tradicional (compensatório/reparador) tem apresentado.

Muito embora reconheça-se como legítimo o motivo pelo qual se advoga a adoção da indenização punitiva, isto é, buscar instrumentos que permitam a tutela efetiva dos direitos da personalidade, fato é que, conforme se depreende das críticas relacionadas à concessão de um caráter punitivo genérico à responsabilidade civil, este instrumento não pode ser adotado em sua forma pura, da maneira em que foi concebido e desenvolveu-se no âmbito do sistema jurídico da *common law*.

Para que a indenização punitiva seja adotada pelo nosso ordenamento jurídico, e tal fato é até recomendável em certas situações, como foi visto, deverá passar por certos amoldamentos, a fim de se adequar às bases sistemáticas do direito brasileiro; este, como características, tem a lei como principal fonte de direito, e confere grande importância ao princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, decorrente, como refere Maria Celina BODIN DE MORAES, seja da nossa herança cultural católica, seja da influência direta do direito canônico em nos ordenamentos romano-germânicos.

À guisa de conclusão, percebe-se que a responsabilidade civil possui papel extremamente relevante na solução de complexos problemas que surgem a cada instante no seio da sociedade em que vivemos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, Vitor Morais de. *As condenações por dano moral e sua função de desestímulo – Relação entre direito e economia*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXI, 2005.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: *Revista de Direito Civil*, nº 65 (1993).

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, jul/dez 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18, abril/junho 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

CORREA DE ANDRADE, André Gustavo. *Indenização Punitiva*. In: *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 36, 2006.

FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: *A Constituição Concretizada: construindo pontes*

com o público e o privado. Ingo Wolfgang Sarlet (org.) Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. V. 11. São Paulo: Saraiva, 2003.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HERRERA, Edgardo Lopez. *Introducción a la responsabilidad civil*. In: revista jurídica, n. 34. Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho e Ciencias Sociales, out. 2004. Disponível em: <<http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>>. Acesso em: 13.03.2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 6, abril/junho 2001.

MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. *Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único, do Código Civil)*. In: Revista de Direito Privado, n. 26, abril-junho de 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)*. In: Revista CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar 2005.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. *Indenização por dano moral: evolução da jurisprudência*. Brasília, DF, 30 mar. 1995. Disponível em: http://stj.gov.br/webstj/ministros/discurso_internet.asp?Minis=0001089. Acesso em: 24 nov. 2006.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 22, abril/junho 2005.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: *Temas de Direito Civil*. Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.