

THAÍS GOVEIA PASCOALOTO VENTURI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA
NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA
2006

THAÍS GOVEIA PASCOALOTO VENTURI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA
NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná.

De acordo:

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior
Orientador

THAÍS GOVEIA PASCOALOTO VENTURI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA
NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior

*Ao Elton,
com todo o
meu amor.*

Agradecimentos

Aos meus amados pais, Irineu e Marli, pela sólida base na minha formação pessoal e por todo amor e ternura que me dedicam.

Ao meu marido Elton, pela co-orientação, a segura revisão e o auxílio na tradução dos textos estrangeiros.

Ao professor Doutor Eroulths Cortiano Junior, por todo o incentivo, pela valiosa orientação na elaboração desta dissertação e também pela presteza e carinho durante todo o trabalho.

Aos professores da pós-graduação da Universidade Federal do Paraná.

Aos colegas de mestrado.

À bibliotecária Dirce, pelo auxílio na disponibilização das indicações bibliográficas.

À Fátima, pela eficiência e generosidade no atendimento das questões burocráticas junto ao setor da pós-graduação da Universidade Federal do Paraná.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO 1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO OBRIGACIONAL.....	12
CAPÍTULO 2 O DANO.....	71
CAPÍTULO 3 A REPARAÇÃO DOS DANOS.....	99
CAPÍTULO 4 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O CARÁTER COMPENSATÓRIO E O CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO.....	117
CAPÍTULO 5 A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	163
CONCLUSÃO.....	208
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	215
ÍNDICE.....	224

RESUMO

A presente pesquisa aborda o tema da responsabilidade civil partindo-se da análise de suas modernas funções com ênfase em seu caráter punitivo-pedagógico, que vem sendo aplicado pelos tribunais pátrios juntamente com a função compensatória para a fixação do *quantum* indenizatório a título de danos extrapatrimoniais. Por desempenhar um duplo papel, o de punir o autor do dano e o de dissuadir comportamentos anti-sociais, a função punitiva vem sendo recebida em nosso ordenamento com cautela, na medida em que tradicionalmente, no Brasil, a responsabilidade civil sempre foi baseada no sistema de reparação do dano pautado na noção de restituição ao *status quo* ou na compensação pecuniária do prejuízo sofrido. A função punitiva da responsabilidade civil assume um papel nitidamente instrumental, papel esse que não se confunde com a função compensatória propriamente dita. Ambas as funções possuem campos de atuação determinados por perspectivas diversas, muito embora se complementem com o objetivo de fortalecer e dar efetividade ao direito da responsabilidade civil. Faz-se necessária uma "redescoberta" da função de compensação, atentando-se para o fato de que, em grande parte dos casos, se adequadamente exercitada, seria o bastante para a correta e plena aferição do montante indenizatório devido. De igual forma, é preciso delimitar o âmbito de aplicação da função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, reservada às hipóteses em que realmente seja necessário um meio sancionatório extraordinário, no intuito de se buscar o reequilíbrio das relações jurídicas especialmente atingidas pelos danos. Da análise da jurisprudência nacional fundada na função punitiva da responsabilidade civil resta nítido que o tema não se encontra devidamente sistematizado entre nós, na medida em que a compreensão dos Tribunais acerca do que venha a ser precisamente a função punitiva invariavelmente se reduz a uma indevida tentativa de aproximação da figura dos *punitive damages* do sistema norte-americano. Em que pesem todas as críticas formuladas contra a função punitiva da responsabilidade civil, não há mais como ignorar ou simplesmente subestimar o papel punitivo-pedagógico como valioso e imprescindível instrumento de dissuasão de determinados comportamentos ilícitos e anti-sociais. Todavia, para a devida sistematização do tema, por certo não é suficiente um raciocínio simplista ou meras tentativas de equiparação de figuras alienígenas (como as dos *punitive damages*) à função punitiva. Ao contrário, o tema se demonstra demasiadamente complexo e tormentoso, sendo imprescindível para sua devida compreensão uma análise cuidadosa e aprofundada, idônea a romper com certos dogmas inseridos na cultura jurídica nacional.

ABSTRACT

This research deals with the theme of civil responsibility starting from the analysis of its modern functions emphasizing its punitive-pedagogical character, which has been used by the national courts together with the compensation function to establish the restitution *quantum* on pretence of extra-patrimonial damage. As it plays a double role, both punishing the author of the damage and dissuading anti-social behaviors, the punitive function has been accepted in our jurisdictional system with caution, as traditionally, in Brazil, the civil responsibility has always been based on the system of damage repair based on the notion of restitution to the *status quo* or on the monetary compensation for the damage endured. The punitive function of the civil responsibility assumes a clearly instrumental role, a role which cannot be confused with the compensation function itself. Both functions have areas of performance determined by various perspectives, although they complement one another in order to strengthen and accomplish the right of the civil responsibility. It is necessary to carry out a “re-discovery” of the compensation function, considering the fact that, in most cases, when adequately used, it would be enough for the correct and thorough gauging of the compensatory amount that is due. Likewise, it is necessary to limit the scope of the use of the punitive-pedagogical function of the civil responsibility, reserved to the hypothesis in which it is really necessary to find an extraordinary ratifying way, in order to search for the balance in the juridical relationships specially affected by the damages. Based on the analysis of the national jurisprudence founded on the punitive function of the civil responsibility it is clear that the theme is not duly systematized among us, as the comprehension of the Courts of what the punitive function is precisely, invariably reduces itself to an undue attempt of nearing the picture of the *punitive damages* of the North American system. Even considering all the criticism made against the punitive function of the civil responsibility, it is just impossible to ignore or simply underestimate the punitive-pedagogical role as a valuable and essential tool of dissuasion of certain anti-social and illicit behaviors. However, for the duly systematization of the theme, surely a simplistic reasoning or mere attempts of matching foreigner pictures (like the punitive damage ones) to the punitive function is not enough. On the contrary, the theme appears to be too complex and tortuous and it is essential for its duly comprehension to carry out a careful and deep analysis, competent to break with certain beliefs inserted in the national juridical culture.

INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil, historicamente implementado com o objetivo principal de reparar prejuízos decorrentes de atividades antijurídicas,¹ baseado no princípio da culpa ou do risco, sempre constituiu instrumento de concretização da justiça social.

A transmutação vivenciada pela sociedade contemporânea em virtude das relações de massa, assentadas no dinamismo, na impessoalidade e na efemeridade, revelou-se nociva quanto ao extraordinário incremento dos danos causados à coletividade, muitas vezes em proporção similar aos generosos lucros auferidos pelos seus responsáveis que, a investir em educação e prevenção, optam pelo risco da ocorrência da lesão, apostando na mera eventualidade e iniquidade de sua indenização.

Com a expansão da sociedade consumerista surgiu também a necessidade da revisão de diversos dogmas de natureza processual e substancial, como condição indispensável para a superação dos naturais conflitos decorrentes da passagem da ideologia individualista-patrimonialista (na qual o indivíduo ocupava o núcleo do sistema e sua autonomia estava intimamente ligada a propriedade) para o

¹ Recorde-se, todavia, que nem só as condutas antijurídicas são passíveis de indenização. Há situações em que muito embora se exclua a ilicitude do ato danoso (quando não seria exigível outro comportamento, isto é, decorrente de ato lícito danoso também denominado ato justificado), ainda assim pode nascer a pretensão de reparação dos danos. Os principais atos lícitos danosos são os praticados em estado de necessidade, em legítima defesa, no exercício regular de direito e no cumprimento do dever legal. Como ensina Fernando NORONHA. *Direito das Obrigações*. p. 373, “nem sempre, porém, a licitude de tais ofensas apaga completamente a antijuridicidade: é o que acontece quando sejam lesados direitos de terceiros, isto é, outras pessoas, que não aquelas geradoras da situação concreta contra a qual se possa falar em atuação justificada. Neste caso, a circunstância de o ato justificado ser lícito não impede que seja antijurídica a consequência produzida: a lesão do direito da pessoa estranha que tiver sido atingida”. No mesmo sentido, conforme Giselda Maria F. Novaes Hironaka, Novos rumos da satisfação reparatória. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. p. 174, “hoje se fala, sem medo de errar, da indenizabilidade de danos resultantes do desempenho de atividade lícita, independentemente de culpa de quem quer que seja, podendo ser diretamente derivados até mesmo de fato jurídico, ambas situações – atividade lícita e fato jurídico, como caso fortuito e força maior – que, no passado, sempre mantiveram fora do alcance da obrigatoriedade indenizatória os mesmos que hoje se encontram na condição de responsáveis *ex lege*. Os exemplos entre nós brasileiros, mais significativos e que, no meu sentir, não deixam sobre de dúvidas a respeito do seu enquadramento sob esta modalidade nova, são a Lei 6.938/81, que trata da indenização ou reparação dos danos causados ao meio ambiente e a Lei 6.453/77 que dispõe sobre os danos causados por atividades nucleares”.

humanismo extrapatrimonialista, pautado na garantia das aspirações elementares de todo o ser humano como uma forma de se garantir a dignidade da pessoa humana.

O novo Código Civil impõe, de igual forma, uma interpretação doutrinária e jurisprudencial voltada à superação do descompasso existente entre o seu projeto original e os valores destacados pela Constituição Federal de 1988, visto que a concepção do Código Civil se deu a partir dos axiomas consagrados no século XIX, oriundos da racionalidade da Escola Pandectista e do Código de Napoleão, prevalecendo seu caráter eminentemente patrimonialista e conceitualista.²

A Constituição Federal brasileira consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, passando a conceber a pessoa concretamente considerada como núcleo do sistema, impondo ao Direito Civil a relativização de sua concepção patrimonialista que cede espaço à repersonalização imposta a partir de 1988.³

Deste modo, resta nítido que para além da adequada proteção das relações jurídicas patrimoniais deve preponderar a proteção da pessoa, sobretudo no que diz respeito às condições imprescindíveis para o seu pleno desenvolvimento individual e social.

Nessa ordem de idéias, de superação e revisão da dogmática tradicional, o principal objetivo a ser considerado pelo ordenamento jurídico passa a ser o desenvolvimento da pessoa humana concretamente considerada, eis que a atual concepção do ser humano, compreendido como sujeito de direitos, não mais se coaduna com uma visão abstrata e impessoal mediante a qual a sociedade contemporânea o tratava.⁴

Constata-se, por conta disso, a profunda alteração dos vetores científicos experimentados pelo Direito Civil, uma vez valorizado o sujeito de direito garantido mediante uma igualdade substancial, inserido num contexto de absoluta abstração e generalidade, fruto das complexas relações inter-subjetivas.

Como bem observa Pietro PERLINGIERI:

² FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo P. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.4, p. 245/246.

³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 16-17. O Autor aduz que a repersonalização recoloca o "indivíduo como ser coletivo, no centro dos interesses, e sempre na perspectiva da igualdade substancial".

⁴ FACHIN, Luis Edson, *ibid.*, p. 245.

Il soggetto è um dato reale dentro la trama delle categorie giuridiche e delle categorie politiche.(...) Il passaggio dal soggetto, come termine astratto di riferimento della norma, allá persona, come elemento umano di riferimento del diritto, è um transito di cui il giurista deve tener conto perché la produzione legislativa ontemporânea è tutta realizzata sulle specificità e sulle contingenze delle persone umane.⁵

No mesmo sentido ressalta Eroulths CORTIANO JÚNIOR:

O centro nuclear do direito civil é a pessoa humana. Todo e qualquer instituto jurídico só tem razão de ser a partir do momento em que exista (e seja considerado) em função do homem. O próprio direito encontra sua razão de ser na noção de pessoa humana, que é anterior à ordem jurídica (...) pode-se dizer que todo o direito funciona em razão da pessoa humana.⁶

Na realidade contemporânea não há como se negar a fratura existente entre as necessidades pragmaticamente impostas pela vida social do século XXI e o modelo estrutural das relações jurídicas tradicionais, impondo-se resguardar a igualdade substancial entre os sujeitos em prol do interesse social, buscando-se a ética da responsabilidade e da solidariedade, na defesa dos consumidores, dos não proprietários, das crianças, dos idosos, da família etc.⁷

Nesse contexto insere-se a urgência da descoberta de novos fundamentos que se prestem a alicerçar idoneamente a aplicação do instituto da responsabilidade civil sob perspectivas sensivelmente distintas daquelas até então observadas, sobretudo tomando-se em consideração as suas funções dentro de um mundo globalizado que sofre gradativamente as repercussões das relações de massa.

Assim, o redimensionamento da responsabilidade civil objetiva pelo novo Código Civil, na esteira da linha evolutiva gradativamente experimentada pelo ordenamento jurídico brasileiro, para além de se demonstrar mais consonante com a atual sistemática da sociedade civil contemporânea, revela a tendência universal de

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Privato Futuro*, p.10-11. Tradução livre: “O sujeito é um dado real dentro da trama da categoria jurídica e da categoria política (...). A passagem do sujeito, como termo abstrato de referência da norma, à pessoa, como elemento humano de referência do direito, é um trânsito de que o jurista deve ter em conta porque a produção legislativa contemporânea é toda realizada em suas especificidades e sua contingência da pessoa humana.”

⁶ CORTIANO JUNIOR. Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da personalidade. In: *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*, p. 41.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, p.218.

abandono da técnica de valoração da conduta do ofensor para fins de estimação da indenização devida.⁸

Alude-se, portanto, a uma tendência evolutiva de objetivação da responsabilidade civil que demonstra ser mais compatível com a sociedade de massas, em virtude de viabilizar uma maior distribuição dos riscos por ela criados.

Não se trata, todavia, do abandono do sistema da responsabilidade subjetiva, eis que no Código Civil vigente convivem os dois sistemas de imputação da responsabilidade civil (objetiva e subjetiva). Para Judith MARTINS-COSTA: "(...) é a noção metajurídica de "atividade normalmente exercida pelo autor do dano, que implique risco", a ser necessariamente concretizada pelo intérprete, que definirá qual o regime aplicável à responsabilidade, constituindo essa norma, (..) a projeção, neste domínio, da diretriz da solidariedade social".⁹

Por conta disso, a construção (interpretativa) de um adequado regime jurídico de responsabilização civil (no qual se inclui a análise das atuais funções da responsabilidade civil na sociedade contemporânea) se presta, sem dúvida, não só ao aprimoramento da prestação jurisdicional como também à formação de uma consciência coletiva a respeito dos comportamentos sociais tolerados ou incentivados pelo corpo social.

Percebe-se a necessidade de se revisitar e superar certos dogmas do sistema tradicional da responsabilidade civil. Neste intuito, advirta-se, não basta apenas uma reciclagem, mas sim uma verdadeira recomposição de determinados estatutos fundamentais do Direito Privado.¹⁰

Todavia, a descoberta e a efetiva implementação de novos paradigmas que fundamentem os renovados contornos dos institutos jurídicos é um processo complexo e crítico, sujeito a todo o tipo de obstáculos, sobretudo os impostos pela força da inércia que induz a manutenção do *status quo*.¹¹

⁸ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. In: *Revista trimestral de direito civil*. v.12, p. 5.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. 128.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil, op. cit.*, p. 1-7.

¹¹ A importância de se detectarem os paradigmas que regem um determinado sistema científico é vital para a resolução dos problemas que se pretende dissolver, como bem relata Thomas Samuel KUHN, *A estrutura das revoluções científicas*, "Em épocas normais, mais ou menos longas, a ciência opera com um conjunto de suposições, ou modelos, conhecidos por

No intuito de se demonstrar a ruptura e a reconstrução antes referidas pode-se fazer uma breve análise dos principais marcos da passagem do Direito Civil tradicional para o Direito Civil contemporâneo.¹²

Talvez a característica mais marcante do Direito Civil clássico resida no individualismo,¹³ valor que toma em conta a pessoa centrada apenas em si mesma, isto é, o “Direito do homem sozinho, centrado em uma hipotética auto-regulamentação de seus interesses privados, e conduzido pela insustentável igualdade formal”.¹⁴ Sob tal ótica, a caracterização do sujeito de direito elaborada nas codificações de influência liberal estava inserida em uma realidade abstrata, totalmente afastada dos valores existenciais da pessoa em sua concretude.

Gradativamente, porém, assiste-se à superação do individualismo, passando o Direito Civil a ser considerado o “*foyer* da pessoa”, como afirma Orlando de CARVALHO, na medida em que o sujeito deixa de ser virtual e abstrato e passa a ser considerado como “pessoa” concreta em suas relações existenciais.¹⁵

“paradigma”, que orienta o desenvolvimento posterior das pesquisas científicas, na busca da solução para os problemas por elas suscitados. Em períodos excepcionais, ou revolucionários, o velho paradigma fracassa e dá lugar, não sem disputa, a um novo paradigma”.

¹² Para Luiz Edson FACHIN, *Teoria Crítica do Direito Civil, op. cit.*, 222, os três vértices principais que revelam que a moldura do Direito Civil clássico se revelou superada são: o contrato, o patrimônio e a família.

¹³ Nesse sentido explica Eroulths CORTIANO JÚNIOR: “A centralidade da razão humana foi a responsável pelo que se pode, conforme a lição de Stuart HALL, chamar de o sujeito do Iluminismo, que partia de uma concepção da pessoa humana como “indivíduo totalmente centrado, unificado, dotado das capacidades da razão, de consciência e de ação”, dotado de uma essência ou núcleo fundamental que é a sua própria identidade. Assim, ainda que sofrendo as influências do que lhe era externo, o sujeito do iluminismo era um sujeito individual. As relações externas do sujeito não eram capazes de lhe alterar a identidade, pois que estava fortemente preso à idéia própria de ser em si, de ter um sentido em si estável”. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*, p. 44-45.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil, op. cit.*, p. 211.

¹⁵ CARVALHO, Orlando. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, p. 92. Referido autor, aludindo sobre a importância de se considerar o sujeito concreto nas relações jurídicas, formula: “É esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que fazem com que o Direito Civil, o *foyer* da pessoa, o lar, a casa, digamos assim, da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples”. No mesmo sentido explica Luiz Edson FACHIN: “O Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como “serviço da vida”, a partir de sua real raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo”. *Teoria Crítica do Direito Civil, op. cit.*, p. 218.

Ainda nesse mesmo contexto destaca-se o fenômeno da repersonalização, responsável por “dar conteúdo próprio a noção de sujeito.”¹⁶ Conforme explica Luiz Edson FACHIN, “a ‘repersonalização’ tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade”.¹⁷

No Direito Civil tradicional o patrimônio figurava como elemento nuclear das relações entre os indivíduos, condicionando a liberdade do sujeito ao patrimônio que ele detinha. “Seguindo essa ordem de idéias, as relações jurídicas disciplinadas pelas normas contidas na codificação civil estabelecem-se não propriamente entre seres humanos, posto que seus interesses pessoais são suplantados pelos patrimônios, cuja valoração é marcadamente superior. Na concepção clássica do Direito Privado, a pessoa humana é valorizada pelo que tem e não por sua dignidade como tal”.¹⁸

O Direito Civil contemporâneo, por sua vez, é marcado pelo fenômeno da despatrimonialização, transformando-se a concepção de patrimônio no sentido de garantir as aspirações mais elementares do ser humano. Como afirma Luiz Edson FACHIN: “ (...) a tutela de um patrimônio mínimo nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um direito civil repersonalizado - o qual tão-só se legitima a partir do momento em que observam os valores existenciais e primordiais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional”.¹⁹

A proteção do patrimônio, todavia, não restou esvaziada ou menosprezada, mas sim redimensionada em face da valorização da dignidade da pessoa humana, viabilizada, em grande medida, pela proteção de interesses extrapatrimoniais. De tal forma, “o patrimônio (e o próprio Direito) está a serviço da pessoa, razão de ser e fim último de todos os saberes”.²⁰

¹⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.*, op. cit., p.168.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, op. cit., p. 231/232.

¹⁸ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: *Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*, p. 95.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p.269.

²⁰ FACHIN, Luiz Edson, *ibid.*, p.258.

Ao contrário do Direito Civil clássico, marcado pelo processo de codificação (monossistemas), o Direito Civil contemporâneo é caracterizado pela profusão de leis especiais, isto é, um conjunto de leis setoriais – microsistemas próprios da sociedade pluralista (em sentido político, ideológico e legislativo), “na tentativa de adequar os institutos tradicionais da sociedade civil (a pessoa, a família, a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil) às novas contingências. Tais normas passaram a ser aplicadas com maior frequência do que o próprio Código, o que resultou no seu deslocamento da posição de estatuto fundamental da sociedade civil para a condição de lei supletiva subsidiária”.²¹

O ideal da segurança jurídica, baseado na estabilidade e previsibilidade dos comportamentos individuais derivados da ideologia revolucionária burguesa, notoriamente inspirou toda a codificação civil clássica, uma vez que “o século XIX, em razão da forte influência do liberalismo que almejava o “mundo da segurança”, traduziu-se em período fecundo em codificações dos sistemas jurídicos”.²²

De outro lado, no contexto do Direito Civil contemporâneo percebeu-se uma relativização e fragmentação conceitual, em razão da gradativa e dinâmica alteração da estrutura dos conceitos jurídicos (propriedade, relações familiares, negócio jurídico, responsabilidade civil), oriunda do modo de ser da sociedade contemporânea. Assim, a abstração e generalização dos conceitos gradativamente cedeu espaço em prol de uma concretude e especificidade necessárias, inclusive, para viabilizar não apenas a igualdade formal mas também a igualdade substancial.

A autonomia privada ou, também denominada por alguns de autonomia da vontade,²³ classicamente exercida de forma plena, igualmente sofreu profunda

²¹ MEIRELLES, Jussara, *op. cit.*, p.109.

²² MEIRELLES, Jussara, *ibid.*, p.94.

²³ É importante destacar a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada conforme as lições de Francisco dos Santos AMARAL NETO: "Para a concepção tradicional, clássica, subjetiva, existe sinonímia nas expressões "autonomia privada", "autonomia da vontade" e "liberdade contratual", que significam ser a pessoa livre e soberana para decidir se, quando e como vincular-se obrigacionalmente. Teoria mais recente contesta essa concepção, considerando não haver identidade entre autonomia da vontade e autonomia privada. A autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto que a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos". De tal forma, a autonomia privada "exprime liberdade, independência, poder individual de transformar a vontade própria em fonte jurídica, governando interesses e necessidades particulares. Tecnicamente, representa a correspondência entre a manifestação de poder individual e sua eficácia jurídica, o conteúdo

alteração. No Direito Civil contemporâneo a autonomia privada vontade pode ser considerada superada enquanto dogma, na medida em que não pode mais ser concebida como um valor absoluto e afastado da realidade fática. O Estado Social, no intuito de proporcionar uma igualdade substancial, assume uma feição necessariamente intervencionista no âmbito das relações contratuais, definindo limites em prol do interesse social – defesa de consumidores, dos não proprietários, das crianças, dos idosos, da família etc. Desta forma, o exercício da autonomia privada (liberdade individual) passa a ser condicionada ao alcance de uma função social (dos contratos, da propriedade, da família etc) e à ética da responsabilidade e da solidariedade.

Como se pode perceber, pois, a passagem do *Direito Civil clássico* para o *Direito Civil contemporâneo* não se deu artificialmente, mas correspondeu, sim, a um processo de mutação da própria sociedade, de seus valores culturais, políticos e econômicos.

Assim, a necessidade de revisão e readequação dos clássicos contornos da responsabilidade civil clássica, objeto da presente dissertação, segue a mesma lógica, qual seja, a da superação da dogmática tradicional em prol de uma readaptação do Direito sob as luzes do atual contexto social, político e jurídico.

Neste sentido a Constituição Federal, ao consagrar como prioridade a proteção da dignidade da pessoa humana, contribuiu diretamente para o redimensionamento da responsabilidade civil, implicando importantes alterações no eixo do direito das obrigações, na medida em que enfatizou essencialmente a proteção da vítima de dano injusto, desvalorizando a conduta do ofensor.²⁴

Constata-se, a partir disso, uma sensível ampliação das hipóteses de responsabilização objetiva que, se inicialmente qualificavam-se como excepcionais, gradativamente foram ganhando espaço em importantes microssistemas (ambiental e de consumo, sobretudo), sendo finalmente respaldadas no artigo 927, parágrafo

do ato e os respectivos efeitos". A autonomia privada como poder jurídico. In: *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*, p. 293 e 297.

²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 29.

único do Código Civil, no que diz respeito aos danos derivados de atividades de risco.²⁵

Referida expansão do campo de incidência da responsabilidade civil objetiva está em consonância com a formação de um sistema de responsabilização mais adequado com as demandas sociais da vida contemporânea, pois é mais solidário e compatibiliza-se melhor com as relações de massa.²⁶

Por outro lado, evidentemente que a ampliação do regime de imputação objetiva da responsabilidade civil não importa no abandono do sistema da responsabilidade subjetiva, eis que continua sendo efetiva fonte de imputação, apesar de o sistema de responsabilidade objetiva ser considerado mais apropriado para a eqüitativa distribuição de riscos da sociedade massificada. De tal forma, atualmente encontram-se prestigiados pelo Código Civil ambas as formas de responsabilização, devendo-se extrair da adequada conjugação delas a mais perfeita resposta da sociedade contra todo o tipo de dano causado.

Contudo, a ampliação do campo de incidência da responsabilidade civil objetiva parece não ser suficiente, por si só, para dar resposta apropriada aos anseios de proteção repressiva e preventiva dos direitos fundamentais do ser humano, como antes mencionado, priorizados pela Constituição brasileira de 1988.

De fato, diante da realidade social do limiar do século XXI, das novas características qualitativas e quantitativas dos danos suportados não só a título individual, mas também sob o prisma coletivo, dos princípios da solidariedade e da justiça social derivados tanto da Constituição Federal como do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil brasileiro, não há como deixar de reparar a crise de efetividade do ordenamento jurídico (e assim também do direito da responsabilidade civil), tanto em seus contornos filosóficos como técnicos, como destaca Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA:

A crise está indiscutivelmente evidente. A inadequação e a insuficiência dos códigos estão certamente expostas. Os danos produzem-se em velocidade cada vez maior e

²⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

²⁶ SCHREIBER, Anderson, *op.cit.*, p. 5.

em relação estreita com o avanço das tecnologias. Os prejuízos avolumam-se e o foro onde são reclamados incha-se de pleitos que serão decididos por viesses o mais diferentes e disparatados. A desarmonia das decisões, ao se tentar aplicar o direito, é resultado claro da confusão que perdura por força da profusão de soluções a *latere*, que tentam minorar a insuficiência da ordem jurídica em vigor. É tempo de reformar, de revolucionar, de superar limites. De repensar e de reescrever o sistema, enfim.²⁷

O problema das possíveis funções a que se destina o emprego da responsabilidade civil (quais sejam, a compensatória e a punitivo-pedagógica, mencionadas tanto em âmbito doutrinário como jurisprudencial), assim como de seus limites, constitui questão da maior complexidade e relevância dentro da teoria geral do Direito Civil, sobretudo quando focado pragmaticamente, vale dizer, mediante o compromisso de efetividade e de adequada sistematização.²⁸

Se por um lado hoje resta no Brasil superada a discussão sobre a viabilidade da plena reparabilidade dos chamados danos extrapatrimoniais (controvertendo-se apenas no que diz respeito aos critérios para sua adequada quantificação), há grande controvérsia quanto à possível inserção de um caráter punitivo-pedagógico nas indenizações por danos extrapatrimoniais ou até mesmo patrimoniais.

Tal caráter punitivo, que se pretende justificar, dentre outros fundamentos, na dissuasão de condutas ilícitas e anti-sociais por meio da aplicação de uma sanção de cunho civil ao ofensor, apesar de não possuir expressa previsão legislativa no Brasil, parece decorrer da construção jurisprudencial dos tribunais pátrios, ainda que por vezes não assumam explicitamente uma tal opção.

A falta de critérios pré-fixados em nosso ordenamento para estipulação do *quantum* indenizatório nas hipóteses de danos extrapatrimoniais abriu caminho para que a jurisprudência brasileira passasse a integrá-los, aludindo-se, então, à gravidade do dano, ao grau de culpa do ofensor, à capacidade econômica da vítima e à capacidade econômica do ofensor.

Assim, por intermédio não só da *valoração* das chamadas perdas e danos (do que se ocupa a clássica função reparatória da responsabilização civil), mas também através da *desvaloração* da conduta do infrator (grau de sua culpabilidade, sua capacidade econômica e a intensidade da lesão), passou-se a aplicar em nossos

²⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes *Responsabilidade pressuposta*, p. 3.

²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, op. cit., p. 24.

tribunais, ainda que de maneira disfarçada ou subliminar, a chamada função punitiva da responsabilidade civil.

A presente dissertação busca, pois, a partir da análise da histórica vocação da responsabilidade civil e da descoberta de novos paradigmas derivados da renovada ordem constitucional brasileira, com base na doutrina e na praxe forense nacional, analisar a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, verificando até que medida se justifica a adoção de critérios punitivos para a fixação do montante reparatório nas ações civis (sua aplicabilidade), assim como os eventuais limites oponíveis a tal empreendimento, com vistas à consecução dos ideais da justiça social, sem descurar-se da plena obediência ao princípio do devido processo legal.

CAPÍTULO 1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO OBRIGACIONAL

1.1 O tempo e o espaço da construção da Responsabilidade Civil

O estudo do processo de desenvolvimento da responsabilidade pela reparação do dano demonstra primordialmente a preocupação com a harmonia e equilíbrio da ordem jurídica.²⁹ Como afirma José de Aguiar DIAS, “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil.”³⁰

É por essa razão que se acredita não haver uma teoria única que fundamente a responsabilidade civil, em virtude da dinamicidade do tema, que evolui e se amolda aos “ideais de Justiça vigentes em uma determinada sociedade, em um determinado momento de sua história”.³¹

Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA advertiu, à margem dos diversos fundamentos que embasam a responsabilidade civil, que “deve ser essencialmente flexível o caráter a emprestar à sua teoria. Deve este variar de acordo com o conceito de dano, com as necessidades gnosiológicas, econômicas e políticas”.³²

²⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. I, p.16. Afirma o autor que a harmonia e o equilíbrio são elementos que orientam e otimizam o direito e para que o instituto da responsabilidade civil restabeleça o equilíbrio social que fora rompido se faz necessário que atue de forma dinâmica, capaz de adaptar-se e transformar-se nos mesmos contornos da civilização: “Há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes”.

³⁰ DIAS, José de Aguiar, *ibid.*, p. 42. Para referido autor o fundamento da responsabilidade civil deveria ser investigado em função de se restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico que sugere antes de tudo o princípio da prevenção sem excluir outros princípios que o completem.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *R.T.J.E.*, v. 93, p. 31-32. Nesse sentido afirma a autora: “o exame procedido a partir de uma perspectiva histórica, voltada à indagação do porque do estabelecimento das variadas regras concernentes à responsabilidade civil demonstrará que, aos diferentes fundamentos onde radicada correspondem as bases onde ancorados os diversos tipos de sociedade, de modo a se alcançar uma visão pluralista, determinante não unitária a respeito do assunto”.

³² PONTES DE MIRANDA, citado por DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil, op. cit.*, p. 43, afirma, ainda, sobre as mudanças radicais da responsabilidade civil que assistiu, vistas em três cortes temporais: “a) individualismo, assente no princípio do atomismo social e expresso na fórmula: autonomia da vontade + culpa extracontratual = teorias clássicas da responsabilidade civil; b) transição, por influência da máquina e do aumento dos sinistros.

Com efeito, os fundamentos da trajetória de construção da responsabilidade civil buscam acompanhar o ideal de justiça vigente em dada sociedade permeada por sua historicidade, de tal modo que a forma de reagir frente o ato danoso encontra variantes consoantes às necessidades e os valores erigidos em determinada época.

Note-se que ao se analisar os estágios de evolução da responsabilidade civil, destacando-se as fases da pura *vindicta*, da composição privada, da teoria da culpa, da teoria do risco e a teoria da garantia, não se pretende demonstrar qualquer tipo de linearidade histórica, até porque se compreende que o conhecimento não é linear nem vertical e que o presente não é a antítese do passado. Ao contrário, vivemos em um movimento semicircular constante entre o tempo e o espaço, onde se revela a necessidade de uma contínua revisita à origem de cada instituto, isto é, ao seu ponto de partida. Como afirma Luiz Edson FACHIN, “Implica, porém, que o ponto de partida seja revisitado muitas vezes, uma vez que não há transformações sem que se passe por uma consideração do que já foi posto em um dado momento”.³³

No mesmo sentido afirma Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA:

(...) Mais do que explicar uma suposta relação entre instituições pertencentes a sociedades e tempos distintos – como se a compreensão de um direito atual dependesse da compreensão de um direito anterior -, essa perquirição deve permitir uma arqueologia do próprio direito, isto é, uma investigação das relações que cada instituição guarda com as concepções que lhe deram origem, ou que ainda são sua base, revelando assim tanto a relação necessária entre as estruturas dos diferentes direitos e sociedades como a dimensão histórica de cada instituição do direito atual.³⁴

O direito da responsabilidade civil foi se desenvolvendo em razão das necessidades de cada momento social, encontrando sua máxima síntese na idéia de equilíbrio e harmonia do ordenamento jurídico, constituindo a sua tarefa primordial a restauração do equilíbrio social rompido.

Suas conseqüências-ensaios são o mutualismo, a responsabilidade por acidentes, com interpretação semiclássica (responsabilidade pela causa final, invocação ao *ubi emolumentum, ibi onus*) e interpretação moderna (responsabilidade sem culpa); c) solução científica, expressa na responsabilidade social e individual pelo dano”.

³³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, op. cit., p. 240.

³⁴ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, op. cit., p. 12.

Nesse sentido afirma Judith MARTINS-COSTA: “(...) O sistema de reparação ou repressão de danos repousa, precisamente, na noção de justiça enquanto equilíbrio, *epicikia*, relação harmoniosa entre o todo e as partes. A distribuição igual, vale dizer, harmoniosa da justiça é, para aquele sistema, um dos objetivos do direito. Se a justiça é equilíbrio, o seu contrário, a injustiça, *iniuria*, será o desequilíbrio”.³⁵

1.1.1 A pura *vindicta*

Em uma primeira fase das civilizações primitivas não se levava em conta o indivíduo, mas apenas o grupo era considerado, misturando-se a noção de cometimento de um ato danoso com a idéia de pecado, de tal modo que a concepção de punição possuía em sua essência um caráter nitidamente religioso consubstanciando em pagar penitências e submeter-se a sacrifícios, tudo em nome das divindades.³⁶ Nesse contexto, a lesão representava uma ruptura da ordem social e cósmica que necessitava ser restaurada através de um sacrifício.³⁷

Gradativamente foi ocorrendo um movimento de laicização das sociedades primitivas, momento em que o clã ao qual pertencia a vítima que sofreu o injusto assume o papel de punir o responsável. Ressalta-se que o sentido de reparação ainda não estava voltado de forma direta para a vítima, mas sim indiretamente, na medida em que as sanções eram impostas pela família do lesado.³⁸

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, op. cit., p. 34-35. No contexto a autora se refere ao sentido da palavra responsabilidade na qual se busca um “responsável” pelo rompimento do equilíbrio social. Afirma a autora sobre o primitivo sentido de responsabilidade: “A cultura jurídica romana recebeu, da cultura grega, a noção de *epicikia*, a qual, nomeada como *aequalitas* guardou, contudo o significado helênico de equilíbrio, harmonia, relação harmoniosa entre o todo e as partes, numa palavra, equidade. Como resultado da incorporação ao primitivo direito romano deste termo, encontra-se a noção de Justiça como equilíbrio, Justiça distributiva voltada a um critério de equivalência de prestações. Este critério poderá ser melhor compreendido se tivermos presente o significado original da palavra responsabilidade.(...) O *responsor* (fonte etimológica direta de “responsável”) tinha por função a garantia da dívida futura. A palavra responder implica, desde aí, a idéia de se ter a garantia do processo de acontecimentos futuros”.

³⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 528.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, n.28, p. 17.

³⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 528/529.

Com o advento da Lei de Talião percebeu-se a íntima ligação entre ofensa e castigo. Partindo-se da idéia de vingança irrestrita, institucionalizou-se uma forma de vingança autorizada que tinha como fundamento a idéia de “olho por olho, dente por dente”.³⁹

O sentimento de vingança em face de um dano injusto passa a permear as relações entre o ofendido e ofensor, restando à iniciativa da vítima a forma de perseguir a equivalente reparação.⁴⁰

Desse modo, o direito da vítima à reparação do dano estava diretamente ligado à idéia de vingança contra seu agressor, devendo o causador da lesão pagar de forma equivalente o mal causado, prevalecendo o sentimento de autopreservação da vítima que fazia seu próprio juízo de valor a despeito da medida punitiva que seria aplicada ao ofensor.⁴¹

Na descrição de Jorge Bustamante ALSINA, “Es el imperio da la fuerza. A la violència se opone la violència. El mal se paga com el mal. Por el daño recibido se causa um daño semejante. Es la Ley del Talión: “ojo por ojo y diente por diente”. Es este el período de la venganza privada, la forma más antigua de represión de la injusticia”.⁴²

Pode-se afirmar, assim, que o caráter da vingança privada⁴³ teve em sua essência uma índole marcadamente repressiva no sentido de vingança de natureza

³⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil, op.cit.*, p. 17. Afirma o autor que “a princípio, o dano escapa ao âmbito do direito. Domina então a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido, solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro), *op. cit.*, p. 17. O referido sentimento de vingança era bem retratado pelo Código de Hamurabi, segundo o qual (artigo 1º) “Se um homem acusou outro homem e lançou sobre ele suspeita de morte, mas não pôde comprovar, seu acusador será morto”. Ainda conforme o mesmo Código (art. 230), “Se a casa construída ruir e matar o filho do proprietário, o filho de quem a construiu também deve morrer”.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*, p. 52-53.

⁴² ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 03. Tradução livre: “É o império da força. A violència se opõe a violència. O mal se paga com o mal. Pelo dano recebido se causa um dano semelhante. É a Lei de Talião: “olho por olho e dente por dente. Este é o período da vingança privada, na forma mais antiga de repressão da injustiça”.

⁴³ Segundo MARTINS-COSTA e PARGENDLER, Usos e abusos da função punitiva, *op. cit.*, p. 17, a expressão “vingança privada” não se confunde com “pena privada”, na qual o Direito Romano Clássico designava “a forma de punição atrelada ao *delictum*, conceito originalmente

social, quando o Estado permitia que a vítima do evento danoso reparasse por conta própria as ofensas sofridas.

Importante ressaltar que em Roma existiam previsões alternativas de sanções ao ilícito que não consistiam propriamente em vingança privada, podendo ser classificadas naquelas que visavam precipuamente neutralizar os efeitos da lesão (tais como a reparação e o ressarcimento do dano, ligados mais à pessoa da vítima e ao dano em si), e outras que não estavam ligadas de forma imediata ao evento danoso, mas sim a conduta do ofensor, num “olhar sobre o agente” no âmbito da pena.⁴⁴

1.1.2 A composição privada

Aos poucos, a violência com a qual era autorizado o lesionado a reagir foi se atenuando e, apesar da vingança privada não ter sido abolida por completo,⁴⁵ passou-se à fase denominada *composição privada*, quando “la pasión humana se modera; la reflexión priva sobre el instinto salvaje y la víctima del daño que tiene el derecho de venganza también puede perdonar mediante la entrega por el ofensor de una suma de dinero libremente consentida. Es y ala época de composición voluntária, del recate, de la pena privada”.⁴⁶

próprio ao *ius civile* (mais tarde estendido ao *ius honorarium*) e por isso distinto do *crimen*, ato contrário ao direito castigo pelo Direito Penal público”.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza, *id.* As autoras afirmam que o “olhar sobre o agente como fundamento da técnica de punir será apreendido de forma dissimile por duas distintas tradições jurídicas: de um lado, a tradição romanista que está na base dos vigentes sistemas jurídicos europeus-continentais e latino-americanos; de outro, a tradição do Direito anglo-saxão, hoje largamente expansionista em virtude da “americanização” do direito, que estamos a sofrer”.

⁴⁵ Segundo Wilson Melo da SILVA. *O dano moral e sua reparação*, p. 602, nos casos de homicídio seria possível aos parentes da vítima a escolha entre o pagamento de uma importância em dinheiro ou o talião fato que se justificaria pela fórmula clássica “Não quero trazer no bolso o meu filho morto”.

⁴⁶ Conforme Jorge Bustamante ALSINA, *op. cit.*, p. 28. Tradução livre: “A paixão humana é moderada; a reflexão sobre o instinto selvagem e a vítima do dano que tem o direito de vingança, mas também pode perdoar mediante a entrega do ofensor de uma soma em dinheiro livremente estipulada. É a época da composição voluntária, do resgate, da pena privada”.

A partir daí disseminou-se a noção de indenização, sendo dado ao lesionado perdoar o mal causado pelo ofensor mediante a obtenção de uma soma em dinheiro livremente estipulada. A revolução então operada não passou despercebida por Adriano de CUPIS: "De la represália individual realizada em la persona del reo, primero abandonada a si misma, después disciplinada por el talión, se pasó al sistema de la composición pecuniária, cuyo montante se determino de manera inmediata com el critério del múltiplo".⁴⁷

As vantagens deste novo modelo ressarcitório foram logo percebidas, como sintetiza José de Aguiar DIAS:

O prejudicado percebe que mais conveniente do que cobrar a retaliação – que é razoavelmente impossível no dano involuntário e cujo efeito é precisamente o oposto da reparação, porque resultava em duplicar o dano: onde era um, passavam a ser dois os lesados – seria entrar em composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação da *poena*, espécie de resgate de culpa, pelo qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido. (...) A vingança é substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste com o fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.⁴⁸

Nesse contexto, o legislador passa a sancionar o uso da composição voluntária ou privada, sendo vedado à vítima fazer justiça pelas próprias mãos, devendo a partir de então aceitar a composição estipulada pela autoridade competente⁴⁹ que, para além de assumir a composição, passou também a punir, substituindo o particular na tarefa de penalizar o causador do dano.⁵⁰

Tal fenômeno ocorreu em virtude da percepção do Estado de que as vinganças de caráter pessoal acabavam por acarretar a desagregação do convívio social, fato que o levou a institucionalizar o princípio da reparação. Nesse sentido recorda Giorgio DEL VECCHIO, citado por Clayton REIS:

⁴⁷ DE CUPIS, Adriano. *El Daño: teoría general de la responsabilidad civil*, p.749. Tradução livre: "Da represália individual realizada na pessoa do réu, primeiro abandonada a si mesma, depois disciplinada pelo talião, se passou ao sistema de composição pecuniária, cujo montante se determinava de maneira imediata com critérios múltiplos." No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁹ DIAS, José de Aguiar, *id.*

⁵⁰ DIAS, José de Aguiar, *ibid.*, p.18.

O regime da vindicta conduz necessariamente ao enfraquecimento dos grupos, devido a contínuas lutas mortíferas. Não tardaram, por isso, a manifestar-se os sinais de uma tendência mitigadora, no sentido de substituir a vingança ou talião pela composição. Consiste este instituto em que a ofensa, em vez de ser vingança, é indenizada, quer de harmonia com a decisão de um árbitro, escolhido entre os anciãos respeitáveis, quer atendendo a um sistema de tarifas, como no direito germânico. Nesse importante momento inicia-se a formação do Estado.⁵¹

Com a consolidação da organização social e política⁵² restou nítida a necessidade de se institucionalizar a reparação dos danos, submetendo-se tal tarefa a um regime oficial de composição para o delito privado, imposto pelo Estado.⁵³

Foi assim que se tornou viável ao sujeito que cometia um injusto a possibilidade de se furtar à pena privada através do pagamento de um montante em dinheiro para a vítima.⁵⁴

A partir deste período o Estado passa a desempenhar o papel de intermediador, estipulando a quantia em dinheiro que o causador do injusto deveria pagar e que a vítima deveria aceitar, isto é, passa a definir as composições. Assume, ainda, a função de castigar os culpados, reprimindo os eventos danosos.⁵⁵

O Estado então assume o monopólio da função punitiva, dividindo-se os delitos em duas categorias: os delitos privados, para os quais a intervenção estatal

⁵¹ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 131.

⁵² Segundo Wilson Melo da SILVA, *op. cit.*, p. 600-601 “o prazer da vindicta pura com o qual neutralizavam os homens de antanho a mágoa que o dano, moral ou patrimonial, neles despertava, cedia lugar às injunções do tempo e da civilização. E, com um autor, pode se afirmar também que isto começara a se verificar quando o comércio e o trabalho passaram a ganhar primazia sobre a guerra. Os vínculos associativos vão se estreitando mais e mais. O homem belicoso vai cedendo lugar ao homem da charrua. Há uma como que transformação de sentimentos. O raciocínio frio do homem que, por largos anos, viu ao redor de si apenas ruínas miséria, fome, desperta pouco a pouco: a vingança apenas gera vingança e o prazer da desafronta costuma trazer em seu bojo o temor da revindita. Aspirações novas vão se insinuando na vida dos homens, com as novas possibilidades criadas pelas riquezas nascentes. (...) Em favor do lesado na honra ou na saúde, o jus vindictio e passa a envergar as roupagens novas de multa compensatória. E a vingança, de sanguinolenta que era, passa a ser tarifada”.

⁵³ REIS, Clayton. *op. cit.*, p. 131.

⁵⁴ SILVA, Wilson Melo da, *op. cit.*, p. 601. Afirma referido autor ter sido inaugurado o período do *wergeld* dos alemães que significa “preço do sangue” ou “preço do homem”.

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*, *op. cit.*, p. 53-54.

se restringia à fixação da composição, e os delitos públicos, considerados mais graves, nos quais a autoridade intervinha reprimindo o ofensor.⁵⁶

1.1.3 A teoria da culpa

Por força da *Lex Aquilia* a idéia da culpabilidade torna-se relevante para fins de fixação da reparação, mediante a concepção de que “quem é culpado de causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.⁵⁷

Passa-se a estipular um “princípio geral regulador da reparação do dano”,⁵⁸ assentado na noção de culpa. Ainda que o alcance da *Lex Aquilia* não contivesse uma “regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da Lei Aquília o seu nome característico”.⁵⁹

Neste período, enfim, compreende-se que o autor de um ato contrário à lei ou ao direito de outrem deveria indenizar o dano por ele causado. Em razão de um ato ilícito praticado torna-se obrigatória a compensação cuja imposição era papel desenvolvido pelo *imperium*, que passa a ter força para exigir a obrigação ou até mesmo impor uma sanção.⁶⁰

A *Lex Aquilia* introduziu uma forma de delito denominada de “*damnum injuria datum*”, fonte de obrigações que originou “a obrigação que corresponde à sanção prevista pela lei a semelhante delito”⁶¹ e que estava voltada ao estudo das razões pelas quais o dano foi cometido, a conduta em si do agente.⁶²

⁵⁶ DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 36. Afirma a autora sobre as divergências da época da edição da lei, adotando-se o entendimento que a edição da *Lex Aquilia* ocorreu na primeira metade do séc. III a.C.

⁵⁸ DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁹ Afirma José de Aguiar DIAS, *op. cit.*, p. 18, que a Lei Aquília se dividia em três capítulos: “o primeiro tratava da morte a escravos e animais, das espécies dos que pastam em rebanhos. O segundo regulava a quitação por parte do *adstipulator* com prejuízo do credor estipulante (...). O terceiro e último capítulo da Lei Aquília ocupava-se do *damnum injuria datum*, que tinha alcance mais amplo, compreendendo as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisas corpóreas (...)”.

⁶⁰ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, *op. cit.*, p 55.

⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 36-37.

Ao conceber a culpa como ingrediente necessário à reparação de danos o direito romano se afeiçoava de certa forma "positivista", na medida em que alguém estava obrigado a indenizar outrem pela ocorrência de um dano em virtude do *imperium* que passava a definir, então, quem era o devedor da compensação. De tal forma, "a obrigação romana, em termos jurídicos nasce não da prática do ato pura e simplesmente, mas da concepção jurídica, institucional, de que a ação ilícita ou antijurídica assim o é".⁶³

Convém frisar que em Roma, mesmo após a edição da *Lex Aquilia*, persistiam hipóteses de responsabilidade sem culpa, tal como ocorria no âmbito da ação *Pauperia* ou da ação contra o *pater familias* por fato de seus filhos ou servos. Vale dizer, mesmo diante da vigência do princípio *damnum injuria datum*, a culpa não era elemento exclusivo para se imputar a responsabilidade.⁶⁴

Antes do advento da *Lex Aquilia*, para a vítima obter a compensação por um dano sofrido deveria ela mesma comprovar a autoria da ofensa, não havendo garantias dretas por parte do *imperium* em seu favor no que diz respeito a se compelir o ofensor à reparação, como ressalta Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA:

Ou seja, a cada cidadão que se sentisse lesado por outra pessoa, cabia não só a iniciativa de provocar a compensação, como também a prova da autoria do dano, além da condução do autor à autoridade pública para a confissão do ilícito ou da dívida. (...) Havia, nesta época, mais garantias de impunidade para o autor do ilícito, do que garantias de compensação para a vítima, dada a dificuldade da produção de provas por parte do simples e sofrido lesado.⁶⁵

⁶² MARTINS-COSTA, Judith, *id.* Nesse mesmo sentido, conforme afirma José de Aguiar DIAS, *op. cit.*, p. 19, foi com a jurisprudência romana que se ampliou o campo de aplicação do *damnum injuria datum*: "A ação que assistia somente ao proprietário da coisa destruída ou deteriorada, quando cidadão romano, foi, graças àquela influência, sucessivamente ampliada aos titulares de outros direitos reais e aos peregrinos. Os casos de aplicação, por igual, logo exorbitaram dos textos, por extensão aos ferimentos produzidos em homens livres e a quaisquer danos irrogados às coisas em geral, contemplando os imóveis e atos instrumentários, na ausência de outro meio de prova".

⁶³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, *op. cit.*, p. 32 e 54. Consoante a jurista, ainda, "antes da *lex Aquilia*, não havia garantias, da parte do *imperium*, de compensação pelos danos que a vítima houvesse sofrido de quem quer que fosse, salvo se ela conseguisse provar sozinha a autoria do agente, Ou seja, a cada cidadão que se sentisse lesado por outra pessoa, cabia não só a iniciativa de provocar a compensação, como também a prova da autoria do dano, além da condução do autor à autoridade pública para a confissão do ilícito ou da dívida".

⁶⁴ DIAS, José de Aguiar. *op. cit.*, p. 37.

⁶⁵ DIAS, José de Aguiar, *ibid.*, p. 54.

Nota-se, pois, que a compreensão da responsabilidade civil antes da *Lex Aquilia* resumia-se em a vítima comprovar a responsabilidade do sujeito que cometeu o ato lesivo, competindo ao lesado não só a prova da autoria do dano como também a comprovação da culpabilidade.⁶⁶

A partir da *Lex Aquilia* a compensação passa a ser obrigatória, sendo imposta pelo *imperium*, destacando-se a ação voluntária do agente na produção do ilícito, isto é, o fato de ter escolhido realizar a ação danosa. Desse modo, o sujeito, quando pratica o ilícito, não o faz apenas contra o direito, mas também por um ato de vontade livre de assim agir.⁶⁷

Neste sentido, a culpa segundo a concepção romana da *Lex Aquilia* importava na conduta voluntária do agente que, não escolhendo agir lícitamente, optava pela produção do dano. “Daí que resulta, justamente, sua imediata obrigatoriedade a reparar: por ter escolhido o ilícito em vez do lícito, e por este ato ilícito ter produzido dano, cabe ao *imperium* determinar-lhe sua culpa e, nestes termos, sua pena”.⁶⁸

A princípio, pois, a culpa se configurava mais como um fator acidental⁶⁹ do que propriamente um elemento fundamental para a imputação do dano, na medida em que o agente era obrigado a reparar por ter sido causa de um dano e não por ter desejado propriamente ocasioná-lo.⁷⁰ Conforme HIRONAKA, “o direito romano, mesmo após ter estabelecido uma noção aquiliana de responsabilidade, lida com a noção de culpa apenas de forma acidental, porque esse dever de reparação é estabelecido em função da existência do dano, e não em função prioritariamente da existência da culpa”.⁷¹

⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, op. cit., p.40.

⁶⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, op. cit., p. 56.

⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes, *id.*

⁶⁹ “Como revelaria Michel VILLEY, em seu estudo a respeito das origens do conceito de responsabilidade, a culpa existe na concepção romana, mas ela é um fator acidental. A culpa não é, na *lex Aquilia*, um elemento fundamental disso que hoje chamaríamos de responsabilidade”. Referido autor é um dos principais responsáveis pela investigação das origens conceituais da responsabilidade civil. HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes, *id.*

⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, op. cit., p. 56/57.

⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes, *ibid.*, p. 77.

Gradativamente, no entanto, a concepção da culpa vai deixando de constituir apenas um fator acidental consistente na causalidade do agente, voltando o seu foco diretamente para a conduta do ofensor que produziu o dano.⁷²

Ainda sob o legado da cultura romana destaca-se outro princípio essencial para o campo da responsabilidade civil denominado de *neminem laedere*, sintetizado na fórmula “não fazer mal a ninguém” com base na noção de equilíbrio, estabelecendo que “o essencial na reparação é que o ato do autor constitui uma lesão a uma regra, seja ela determinada por lei ou por contrato”.⁷³

Tal princípio (*neminem laedere*) revelou-se fundamental para a equação da responsabilidade civil, destacando-se por abranger instâncias metajurídicas em razão da importância de seu conteúdo dentro da ordem social.⁷⁴

A idéia segundo a qual “cada um deve reparar o mal que causou”, ou que “cada um é responsável pelos danos cometidos”⁷⁵ solidifica-se, apoiada numa base de preceitos morais onde se destacam os apontamentos de Georges RIPERT:

O direito, na sua parte mais técnica, é dominado pela lei moral (...). Quando pretendo procurar a influência da lei moral na elaboração prática das regras de direito pelo legislador e pelo juiz, não entendo por lei moral qualquer ideal de justiça, mas essa lei bem precisa que rege as sociedades ocidentais modernas e que é respeitada porque é imposta pela fé, a razão, a consciência, ou simplesmente seguida pelo hábito ou pelo respeito humano.⁷⁶

Destaca-se a subordinação do direito à religião e à moral cristãs, diante da influência exercida pela Igreja associando a responsabilidade à idéia de culpa. Nesse sentido, o homem, pela ética-moral cristã, possuía livre arbítrio em suas decisões, podendo optar por seguir a vontade de Deus ou por uma ação contrária a vontade divina, quando então seria considerado culpado e deveria responder por sua conduta. Assim, “a liberdade humana, portanto, é, segundo a moral cristã, uma

⁷² HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes, *ibid.*, p. 57.

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith, *id.*

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith, *ibid.*, p. 39.

⁷⁶ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*, p. 19/23.

liberdade condicionada a seguir a vontade de Deus; sempre que o homem se desvia dessa vontade, ele é culpado de uma ação moralmente ilícita, pela qual deverá pagar de alguma maneira”.⁷⁷

De tal forma, “a responsabilidade propriamente dita é uma invenção do mundo cristão medieval, porque se trata de um termo da ética medieval que estabelece conexão direta com outra criação do período: a idéia de livre-arbítrio.”⁷⁸

Nesse contexto, com base na afirmação de que “cada um é responsável pelos danos cometidos”, a teoria da responsabilidade civil foi sendo construída a partir do século XVIII, adentrando no século XIX, em pleno processo de codificação. Inseriu-se então a responsabilidade civil no direito legislado, tendo como fundamento essencial a culpa,⁷⁹ chegando a afirmar VON IHERING que “sem culpa, nenhuma reparação”,⁸⁰ ou ainda, conforme Jean DOMAT “não há responsabilidade sem culpa”.⁸¹

No âmbito do direito francês, a teoria da responsabilidade civil passou a ser tratada pelo *Code* (verdadeiro marco histórico da regulação civilista) em seu artigo 1382, estabelecendo-se um princípio geral segundo o qual “Tout fait quelconque de

⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, *op. cit.*, p.77. “O termo responsable, assim formado nos séculos XIII e XIV, não é obra de juristas, mas é, exclusivamente, uma criação da moral. Ele será, bom tempo depois, transportado para o terreno do direito, mas já desenhado por alguns séculos dessa carga moral atribuída pelo termo responsabilitas, responsabilité”.

⁷⁸ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *ibid.*, p.58.

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 38/39. Elucida a autora a respeito da passagem da concepção da moral romana para a moral moderna e como a culpa se tornou a causa da responsabilidade: “Enquanto a moral romana era fundamentalmente a moral do justo, (*aequitas*, *epicikia*), a moral moderna, instaurada pela Escola do Direito Natural será a moral da conduta humana, conduta a ser julgada através de um filtro específico, o filtro do julgamento de Deus, para os religiosos, ou do foro íntimo, para os laicos, ambos operando, estruturalmente, da mesma forma porquanto os preceitos da lei divina não se despreendem da noção de sanção. Nesse preciso momento ocorre a transmutação do significado da palavra “responsável”, vinculada, a partir de então, à idéia de culpa, num processo semelhante ao ocorrido com as palavras “causa” da obrigação civil, ou “interpretação” transitando “responsável” ou “responsabilidade” pela metáfora do julgamento de Deus: julga-se o caráter mais ou menos culpável dos atos humanos, a ação constituindo a própria matéria-prima da lei moral. A intenção subjetiva, o motivo, é avaliado por esse filtro específico e, nessa ótica a culpa vira a causa da responsabilidade”.

⁸⁰ *Apud* José de Aguiar DIAS, *op. cit.*, p. 43.

⁸¹ “Para Jean DOMAT, a culpa não era somente um critério ou uma causa, alinhada entre outros critérios ou causas da responsabilidade civil, mas apresentava-se também como uma verdadeira condição de sua existência”. *Apud* HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, *op. cit.*, p. 61.

l'homme, que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”.⁸²

Percebe-se que para os legisladores franceses a culpa é o fundamento precípua da responsabilidade civil, de tal modo que “se o autor é responsável pelos danos causados pelos fatos pessoais é porque este fato constitui culpa (faute), isto é, o autor não se comportou como deveria, e a culpa, que é causa da responsabilidade civil justifica a reparação”.⁸³ Conforme destaca Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA,

A idéia de culpa aparece como princípio fundamental da idéia de responsabilidade, e a cidadania envolve, no ideário da Revolução Francesa e dos sistemas jurídicos que nela se inspiram, o dever moral de garantir a preservação desses bens. A própria liberdade humana – esta concepção eminentemente ético-política da modernidade – se torna um princípio destacado, a partir do início do século XIX, e abandona de certa forma o terreno da política e do direito para ser concebido especialmente por certos padrões morais. Como resultado, a concepção da responsabilidade civil envolve, nesse passo, a idéia de um dever pessoal de cada particular com cada particular, de forma que justa é a sociedade na qual não se deixam prosperar os danos causados seja à honra, seja à propriedade. Urge que se garanta a reparação dos danos e a fonte para a determinação de quem vai responder por essa reparação; é a idéia de culpa.⁸⁴

O núcleo da culpa repousa sobre a apreciação moral do comportamento do indivíduo, não importando para a teoria da responsabilidade a reparação se a conduta do agente não foi culposa.⁸⁵ Isto é, “somente quando a culpa produz dano é que essa circunstância pode exigir alguma reparação.”⁸⁶

No entanto, como afirma MARTINS-COSTA, “Se entende ser no domínio da responsabilidade extra-contratual, ou aquiliana, fundamental a necessidade de uma culpa para gerar a responsabilidade do autor do dano. O que agiu, todavia, com uma

⁸² Tradução livre: “Qualquer fato do homem que cause a outrem um dano, obriga aquele pela falta cometida a repará-lo”. Afirma-se que o Código Civil francês foi fortemente influenciado pelas lições de Jean DOMAT. Nesse sentido ver Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA, *Responsabilidade pressuposta*, *op. cit.*, e José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, *op. cit.*

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 39-40.

⁸⁴ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, *op. cit.*, p.40.

⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, *op. cit.*, p. 61.

conduta *irréprochable*, não deverá ser condenado a reparar o dano causado pois, nessa hipótese, a vítima não será mais do que uma eleita do destino”.⁸⁷

De tal forma, nada obstante o legislador do Código Civil Francês ter visado “uma regra suscetível de aplicações ilimitadas”, como afirmam Henri e Leon MAZEAUD e André TUNC,⁸⁸ para os defensores da teoria da culpa “o dano, para que seja sujeito à reparação, deve ser o efeito de uma imprudência da parte de alguém: se (ele) não puder ser atribuído a esta causa, não é mais do que a obra do destino, do qual cada um deve suportar os ônus.”⁸⁹

A culpa, enquanto elemento essencial à teoria da responsabilidade civil, passou a ser classificada segundo diferentes critérios:

(...) a *culpa lata*, equiparável ao dolo, a culpa leve, falta evitável com a mera atenção ordinária, a culpa levíssima, falta evitável com a atenção extraordinária, a culpa contratual, que provém do contrato, a culpa aquiliana, gerada a partir da quebra de um dever geral de conduta, a culpa *in elegendo* relativa ao preposto, a culpa *in vigilando*, ausência de fiscalização, a culpa *in comittendo* e a culpa *in omittendo*, concernentes, respectivamente, aos atos comissivos e omissivos, a culpa *in custodiendo*, atinente ao dever de cautela, a culpa *in concreto*, isto é, verificável a partir do exame da situação concreta e, por fim, a culpa *in abstracto*, onde é exigido como padrão de conduta o *bonus pater familiae* (...).⁹⁰

Note-se que apesar da referência a diversos *tipos* de culpa, a atenção sempre esteve voltada à avaliação da conduta humana, cumprindo uma necessidade de ordem moral, motivo pelo qual é denominada de responsabilidade civil subjetiva.⁹¹

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, op. cit., p. 40-41.

⁸⁸ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, op. cit. p. 45.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith, *ibid.*, p.41/42. No ordenamento jurídico pátrio destacou-se o artigo 159 do Código Civil de 1916 que representou “verdadeira cláusula geral em matéria de responsabilidade aquiliana”, não obstante a noção de culpa constituir fundamento da responsabilidade civil, o princípio sofreu exceções procurando voltar-se à análise dos motivos que ensejaram o dano. Nesse sentido, ver José de Aguiar DIAS. *Da responsabilidade civil*, p.47-48, citando Alvino Lima, conclui: “o legislador brasileiro, consagrando a teoria da culpa, nem por isso deixou de abrir exceção ao princípio, admitindo casos de responsabilidade sem culpa, muito embora não tivesse acompanhado, com mais amplitude, a orientação moderna de outras legislações, como seria de desejar”.

⁹¹ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, op. cit. p. 87.

Assim, a idéia de culpa vinculada à apreciação moral da conduta do sujeito leva-nos à concepção da responsabilidade civil pautada na noção de “normalidade ou honestidade civil”, de moralidade, de bom senso civil, pois o que torna possível a constatação da culpa é a averiguação de que o ofensor poderia ter optado por outra forma de agir que não causasse dano, mas não o fez, agindo de modo a provocar o evento danoso.⁹²

Na medida em que o agente escolhe praticar o dano é culpado por não ter escolhido evitá-lo, remetendo-se a idéia de livre-arbítrio, própria da concepção moral. De tal forma, “se no pensamento cristão a responsabilidade não pode ser pensada sem a idéia de culpa, na concepção jurídica contemporânea parece que a responsabilidade civil não pode ser pensada sem a idéia de normalidade ou bom senso”.⁹³

Nada obstante as críticas formuladas à concepção moral da responsabilidade civil, em razão do alto subjetivismo de se aferir o que seja ou não moralmente justo e adequado, as noções de moralidade, normalidade e honestidade são constantemente invocadas.⁹⁴

Precisamente por tal fato, o próprio conceito contemporâneo da responsabilidade civil não deixa de se revelar contraditório na medida em que tenta conciliar o dever de reparação com a noção de uma normalidade civil.⁹⁵

A relevância da culpa na teoria da responsabilidade civil é, de fato, inegável, tanto que até os nossos dias,⁹⁶ mesmo diante das inúmeras críticas formuladas no

⁹² HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes, *id.*

⁹³ Para Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA conceber a responsabilidade civil como uma noção de normalidade ou bom senso pode ser um problema, conforme aduz: “será um problema nas hipóteses em que, sob um ponto de vista objetivo, esse bom senso coletivo ou essa moral coletiva forem, verdadeiramente, mais fictícios do que reais. Não parece bom parâmetro este que visa considerar o costume como a manifestação ou como a medida do bom senso coletivo, porque há costumes que traduzem, claramente, a prática da violência”. *Responsabilidade pressuposta, ibid.*, p. 88.

⁹⁴ Ainda segundo HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes, *id.* “(...) a interferência moralista na concepção jurídica da responsabilidade apresenta um certo irracionalismo, diga-se assim, que se não prejudica a eficácia jurídica do instituto em sua formulação contemporânea, certamente pode revelar-se um problema, em termos éticos”.

⁹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes, *ibid.*, p. 91.

⁹⁶ O Código Civil vigente manteve a culpa como fundamento da responsabilidade civil, conforme seu artigo 186, vigorando em nosso sistema os regimes da responsabilidade subjetiva

sentido da sua insuficiência em razão das necessidades da vida moderna, ainda persiste como um dos fundamentos da responsabilidade civil.⁹⁷

1.1.4 A teoria do risco

A partir do final do século XIX a teoria clássica da responsabilidade civil com fundamento na culpa passa a ser questionada em razão de não estar mais conseguindo atender, por si só, aos ideais de justiça vigentes na época.

Percebe-se a insatisfatoriedade da exclusividade do elemento moral vinculado à conduta culposa do agente como fundamento do dever de reparar,⁹⁸ passando-se a considerar outros elementos igualmente necessários à configuração da responsabilidade civil no intuito de assegurar o próprio equilíbrio das relações jurídicas.

Assim, dentre os vários fatores que contribuíram para a chamada “crise” da teoria clássica da culpa como fundamento exclusivo da responsabilidade civil, destacam-se as mudanças no cenário sócio-econômico, “a evolução técnica, a espantosa e crescente complexidade, e periculosidade, da vida social, causada pela introdução, em suas mais variadas formas, da máquina, aí se acrescentando os grandes conglomerados industriais e a concentração urbana que aproximou fisicamente os seres humanos”.⁹⁹

Reconhecidamente, se por um lado o desenvolvimento tecnológico e industrial propiciou uma maior acessibilidade aos bens de consumo pela sociedade, por outro elevou as possibilidades da ocorrência de eventos danosos, o que acabou gerando, naturalmente, novas perspectivas de danos no âmbito da responsabilidade civil, tornando-se cada vez mais nítida a insuficiência da culpa como seu fundamento exclusivo, como destaca Judith MARTINS-COSTA:

juntamente com da responsabilidade objetiva previstos no artigo 927, *caput*, e parágrafo único respectivamente do referido diploma.

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil, op. cit.*, p. 36.

⁹⁸ “(...) chega-se a negar à teoria objetiva a preocupação moral que, no entender de certos autores, só entra na construção da doutrina da culpa.”. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil, op. cit.*, p. 55.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil, op. cit.*, p. 44.

A crise da teoria clássica da culpa corresponde, em igual medida, à crise do Estado liberal que resultou, também na crise do chamado dogma da autonomia plena da vontade. Ocorre que a liberdade aí suposta, e que servirá de base ao Liberalismo em todas as suas manifestações, é a liberdade de iniciativa, fator essencial à construção do capitalismo, liberdade de agir sem peias que resulta, sem dúvida, no plano jurídico, de uma concepção individualista. A lei deveria, por essa concepção, garantir a liberdade dos particulares e, por consequência, os declarar irresponsáveis pelos danos causados desde que tivessem agido nos limites estabelecidos pela lei o que, na precisa asserção de Starck, significava que a irresponsabilidade era o grau supremo da liberdade.¹⁰⁰

Mostrando-se clara a insuficiência da teoria clássica da responsabilidade civil para embasar e solucionar os novos tipos de danos emergentes do novo modo de ser da sociedade, uma nova teoria passa a ser defendida por renomados juristas,¹⁰¹ tendo como premissa fundamental o risco de danos propiciados por certas atividades, por isso mesmo denominada “teoria do risco”.

O diferencial de tal teoria reside no fato material da causalidade e não na culpabilidade, configurando-se a objetiva imputação da responsabilidade civil consoante “o princípio *ubi emolumentum, ibi onus*, isto é, quem tem o proveito deve correr o risco”.¹⁰² Desenvolve-se, assim, a concepção da responsabilidade civil objetiva ou pelo risco, prescindindo a obrigação de reparar o dano da culpa.

Outra concepção de risco é destacada por René SAVATIER ao afirmar que “não seria a responsabilidade consequência do proveito, mas de uma atividade interessada, ou em outras palavras, à obrigação de reparar os danos produzidos por uma atividade que se exerce em nosso interesse”.¹⁰³

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith, *ibid.*, p. 43.

¹⁰¹ Segundo José de Aguiar DIAS juristas como Louis JOSSERAND e Raymond SALEILLES (precursores da teoria do risco) afirmavam que mesmo na responsabilidade penal a culpa é um fundamento discutível. Outros autores como René SAVATIER e DEMOGUE passam a defender uma nova teoria da responsabilidade civil baseada na reparação independente de culpa. *Da responsabilidade civil op. cit.*, p. 55 e ss.

¹⁰² MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil, op. cit.*, p. 45. A necessidade de um novo fundamento da responsabilidade civil teve como uma das razões os acidentes de trabalho, quando “proveito foi equiparado ao lucro: se o patrão tem o lucro, dizia-se, deve indenizar seus operários vitimados pelos acidentes do trabalho”. No mesmo sentido Orlando GOMES, representante da doutrina nacional, destaca estar a vítima em uma situação mais confortável no que diz respeito a matéria probatória no que tange a teoria do risco. *Obrigações*. p. 42.

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil, op. cit.*, p. 45.

A evolução da teoria do risco, contudo, não passou imune a críticas. Contrários ao desenvolvimento da referida teoria destacam-se Henri e Leon MAZEAUD e André TUNC, segundo quem deveria ser a culpa o único fundamento capaz de justificar idoneamente a responsabilidade civil. A grande crítica então fomentada contra a corrente objetivista da responsabilidade civil apontou para uma indevida invasão dos ideais materialistas que estariam de certa forma subvertendo os fundamentos tradicionais e essenciais da ordem jurídica.¹⁰⁴

Todavia, devidamente identificados os campos de aplicabilidade da teoria do risco, vale dizer, naquelas hipóteses nas quais os danos são ocasionados em virtude da prática de atividades consideradas especialmente perigosas, justifica-se a objetivação da obrigação de reparar. Percebe-se que o direito da responsabilidade civil continuou a ser fundamentado na culpabilidade, passando as responsabilidades civil objetiva e subjetiva a conviverem juntas no ordenamento jurídico pátrio.¹⁰⁵

Assim, a responsabilidade objetiva “nasce da prática de fatos meramente antijurídicos, geralmente relacionados com determinadas atividades (e por isso ainda sendo riscos de atividades “normalmente desenvolvidas pelo autor do dano” – art. 927, parágrafo único do Código Civil).”¹⁰⁶

Quando se afirma que a responsabilidade objetiva prescinde de culpa existe a tendência de se concluir que o nexo de imputação não existiria. No entanto, tal nexo existe, todavia incidindo de modo diferente, sendo a imputação decorrente do risco criado. Assim, aquele que exerce determinada atividade que pode vir a causar danos a outrem terá de suportar os danos que eventualmente venha a ocasionar a terceiros.¹⁰⁷

Alude-se, assim, a três modalidades de riscos de atividade que embasam a responsabilidade objetiva, quais sejam: o risco de empresa, o risco administrativo e o risco-perigo. Referido riscos podem ser assim sintetizados:

¹⁰⁴ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André, *op. cit.*, p.

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, *op.cit.*, p. 485. “A antijuridicidade é dado de natureza objetiva: existe sempre que o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém”.

¹⁰⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, *op. cit.*, p. 486.

(...) quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo, inclusive os danos causados por empregados e prepostos; que a pessoa jurídica pública responsável, na prossecução do bem comum, por uma certa atividade, deve assumir a obrigação de indenizar particulares que porventura venham a ser lesados, para que os danos sofridos por estes sejam redistribuídos pela coletividade beneficiada; que quem se beneficia com uma atividade lícita e que seja potencialmente perigosa (para outras pessoas ou para o meio ambiente), deve arcar com eventuais conseqüências danosas.¹⁰⁸

A responsabilidade objetiva pode ser dividida em duas espécies, denominadas *objetiva comum* e *agravada*, ambas fundadas no risco da atividade e prescindindo da culpa. Na responsabilidade objetiva comum “exige-se que o dano seja resultante de ação ou omissão do responsável (embora não culposa), ou de ação ou omissão de pessoa a ele ligada, ou ainda de fato de coisas de que ele seja detentor”.¹⁰⁹

A *responsabilidade objetiva agravada* consiste em espécie de responsabilidade excepcional, na medida em que esta ligada a danos específicos característicos de determinadas atividades. Referidos danos geralmente estão relacionados a atividades empresariais ou de administração pública e são considerados “*riscos inerentes, característicos ou típicos dessa atividade*”. Desse modo, nessa forma de responsabilidade o sujeito será obrigado a reparar os danos que não foram causados por ele, nem por pessoas ou coisas ligadas a ele, ou seja, surgirá a obrigação de indenizar em razão da atividade desenvolvida pela pessoa.¹¹⁰

¹⁰⁸ NORONHA, Fernando, *id.* “Exemplo típico de risco de empresa é a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, prevista no art. 931 do Código Civil e especialmente regulada, no que diz respeito à relações de consumo, pelos arts. 12 e s.do Código de Defesa do Consumidor. Exemplo de risco administrativo é a responsabilidade civil pública (da União, Estados, Municípios, suas autarquias e fundações e ainda das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos), prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal e também referida no art. 43 do Código Civil. Exemplo de risco-perigo é a responsabilidade por acidentes de trânsito, essencialmente de criação jurisprudencial, mas fundada também no velho Decreto Legislativo n. 2.681, de 07-12-1912, relativo às estradas de ferro (que permanece em vigor, dado que não contrária as disposições do Cód. Civil de 2002, conforme estabelecido no art. 732 deste)”.

¹⁰⁹ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 487. “São numerosos os preceitos legais relativos à responsabilidade objetiva comum; o mais importante é ainda o art. 927, parágrafo único, que na matéria é verdadeira “cláusula geral”. Quando pretende impor uma responsabilidade objetiva comum, a lei fala geralmente na obrigação de reparar danos resultantes de uma atividade que, sendo normalmente desenvolvida, implica, “por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (art. 927, parágrafo único), ou “risco de tal espécie (de atividade) faz naturalmente correr” (art. 1º, n.3, do Dec.legislativo n.2681, de 1912)”.

¹¹⁰ NORONHA, Fernando, *id.*

De forma similar ao que ocorreu com a responsabilidade objetiva em geral, quando ainda não era prevista expressamente em nosso ordenamento, constituindo fruto da construção jurisprudencial, a responsabilidade objetiva *agravada* é resultado das decisões dos tribunais que atribuem à determinada pessoa a responsabilidade de responder por certos danos não causados por ela, não sendo possível imputar fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.¹¹¹

Note-se que na responsabilidade objetiva agravada o sujeito responderá pelos danos conexos com sua atividade, quando então não se afasta a idéia de risco, pois o evento danoso ocorre em razão do risco criado pela atividade do responsável devendo, portanto, estar computada nos lucros e perdas oriundas desta.¹¹²

Percebe-se, pois, que a responsabilidade objetiva agravada trata-se de hipótese excepcionalíssima, na medida em que “se prescinde também de nexos de causalidade, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco inerente à própria atividade em causa, risco característico ou típico dela.”¹¹³

1.1.5 A teoria da garantia

Em 1947, na França, surge outra teoria de imputação da responsabilidade civil desenvolvida por Boris STARCK denominada “teoria da garantia”, por meio da

¹¹¹ “Uma hipótese esclarecedora de responsabilidade objetiva agravada, que esta prevista na lei, é a responsabilidade do transportador por acidente com o passageiro, a qual “não é ilidida por culpa de terceiro”, ainda que aquele fique com ação regressiva contra este: é o que se dispõe no art. 735, que reproduziu uma anterior súmula do Supremo Tribunal Federal, de n.187 (aprovada em 1963 e elaborada a partir dos arts. 17 e 19 do Dec. Legislativo n.2681, de 1912, já referido). Afirma-se no preceito em causa que essa responsabilidade é contratual, mas parece antes de tratar-se de responsabilidade supracontratual, podendo também admitir-se que o caso seja de sistema único de responsabilidade, englobando a responsabilidade negocial e a civil em sentido estrito, mas isso não importa aqui: o que agora interessa constatar é que o fato de terceiro, isto é, a circunstância de o dano ter sido causado por terceiro, não impede que o transportador seja responsabilizado.” NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 488.

¹¹² NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 489

¹¹³ Fernando NORONHA, *ibid.*, p. 490. chega a sustentar “que a responsabilidade objetiva agravada constitui uma nova categoria, a par da responsabilidade subjetiva (fundada na culpa) e da objetiva (fundada no risco, mas exigindo nexos de causalidade entre a atividade do responsável e o dano)”.

qual se “pretendeu explicar a responsabilidade resultante dos danos aquilianos e dos danos morais a partir do ponto de vista ditado pelo interesse da vítima e não mais da perspectiva traçada pelo autor do dano, como ocorre nas teorias da culpa e do risco”.¹¹⁴

Para referida teoria a noção de culpa levaria à idéia de pena privada, isto é, quando detectada a culpa (e aqui se refere à noção de culpa *verdadeira*, provada, caracterizada, inescusável ou dolosa), caberia ao Juiz tomar medidas enérgicas para por fim à iniciativa culposa prevenindo sua repetição, possuindo a pena privada, portanto, um nítido caráter preventivo.¹¹⁵

O fundamento da responsabilidade civil passa a ser analisado sob a perspectiva da vítima, uma vez que é esta primordialmente quem tem seus interesses afetados. Assim, inverte-se a ótica de exame do fundamento da responsabilidade civil: da avaliação direcionada à liberdade de iniciativa do sujeito que produz o dano (que levou à elaboração das teorias da culpa e do risco), passa-se a priorizar a pessoa da vítima, ou melhor, das conseqüências por ela suportadas, avaliando-se a partir disso a forma mais adequada de se imputar a alguém o dever de indenizar.¹¹⁶

Nesse sentido afirma MARTINS-COSTA: “o ponto mais interessante da teoria diz respeito, todavia, à própria caracterização da responsabilidade, a qual existe, segundo Starck porque os danos constituem, por si sós, atos ilícitos decorrentes de uma infração de direitos subjetivos, cuja reparação se impõe sempre, salvo os casos de força maior, para além de toda a culpa, provada ou presumida”.¹¹⁷

Diante disso, para a teoria da garantia importa saber até que ponto o evento danoso trouxe conseqüências para a vida da vítima, seja na sua integridade física, psíquica e até mesmo em sua esfera patrimonial, concentrando-se a análise do fundamento da responsabilidade civil na própria extensão do direito subjetivo.¹¹⁸

¹¹⁴ NORONHA, Fernando, *id.*

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil, op. cit.*, p. 46-47.

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *id.*

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith, *id.*

¹¹⁸ Segundo Judith MARTINS-COSTA, *ibid.*, p. 48, ainda, “Ao centrar a análise do fundamento da responsabilidade civil na perspectiva ditada pelo conceito de direito subjetivo Starck problematiza o conceito, desmanchando o perfil atomístico sob o qual nascera na

Trata-se de avaliar a responsabilidade civil tendo como essencial objetivo a garantia da pessoa enquanto exclusiva titular de direitos subjetivos que se projetam nas relações jurídicas fundamentais. Passa a visar a teoria da garantia uma relação de respeito recíproco entre os sujeitos, pautada na responsabilidade moral do homem, na qual vem a se assentar toda a base do comércio jurídico, “a base sobre a qual são elaboradas as noções de contrato e de todos os direitos subjetivos.”¹¹⁹

A órbita do direito subjetivo se demonstra de forma ampla abrangendo tanto a extensão dos poderes inerentes a este como às obrigações que se impõem aos que detém a titularidade do direito projetando-se de forma real e efetiva de acordo com as necessidades da vida real, isto é, “a repercussão da vida real na vida jurídica.”¹²⁰

Como sustenta MARTINS-COSTA: “(...) o exame dessa ‘repercussão’ traz à lembrança, novamente, a idéia romana embutida na regra ‘*alterum non laedere*’. (...) como bem afirmou Pontes de Miranda, ‘a atribuição de um direito leva consigo a condicionalidade de não ofender os direitos dos outros.’”¹²¹

Percebe-se, todavia, que através da teoria da garantia o princípio de não causar mal a ninguém continua a representar o núcleo fundante de uma ordem social equilibrada e harmônica, como explica MARTINS-COSTA:

(...) hoje, o fundamento da responsabilidade civil repousa na idéia de contacto social, enquanto sede específica da mediação entre as vertentes atinentes à avaliação de um dever de conduta e ao restabelecimento do equilíbrio social. Com efeito, a idéia de um novo e abrangente pacto social vem ganhando terreno na área da Teoria Geral do Direito, por forma a se expandir por várias províncias jurídicas. A própria descoberta, por assim dizer, dos chamados deveres secundários ou acessórios, em matéria contratual – entre eles os deveres decorrentes da boa-fé, dever de consideração para com o *alter*, dever de informação (este de tanta relevância na caracterização da responsabilidade pré contratual), e ainda no dever de colaboração, entre outros, todos de notável importância no preenchimento das máximas que se infiltram, pela via das cláusulas gerais, no sistema, como critério informador atuante em matéria de interpretação integradora – constitui a prova concreta do (re) estabelecimento da noção de equilíbrio, uma renovada *epicikia* a qual atuará

Pandectística oitocentista, e enquadrando a idéia da delimitação da responsabilidade na noção do estabelecimento de um conflito de direitos subjetivos, conflito cuja resolução apontará à própria raiz da responsabilidade”.

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith, *ibid.*, p. 49.

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith, *id.*

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith, *id.*

amplamente não só no âmbito das relações jurídicas negociais como no vasto quadro das relações sociais jurisdicizadas.¹²²

O mencionado restabelecimento do equilíbrio, objetivado pela teoria da garantia, deve ser alcançado gradativamente, considerando as situações peculiares de cada caso, como *v.g.* um contraente que sofre circunstâncias imprevisíveis na responsabilidade contratual. Assim como, não se pretende aniquilar o fundamento da culpa, mas que deverá ser “filtrado” consoante os anseios sociais vigentes de acordo com o princípio *alterum non laedere*.

Em síntese, pode-se afirmar que a base comum para se restaurar o equilíbrio ou de reparar um dano injusto, tanto no campo da responsabilidade civil contratual como aquiliana,¹²³ consubstancia-se nas regras *neminem laedere ou alterum non laedere*.

1.2 Modalidades da responsabilidade civil

O fundamento da responsabilidade civil está pautado na obrigação de reparar danos. Os danos podem ser causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem.¹²⁴ Por sua vez, a responsabilidade civil comporta uma acepção tradicional (ampla) e outra restrita, conforme classificação proposta por Fernando NORONHA, adiante analisadas.¹²⁵

1.2.1 Concepção ampla da responsabilidade civil

Em sua concepção ampla, a responsabilidade civil funda-se na obrigação de reparar “quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem.”¹²⁶

¹²² MARTINS-COSTA, Judith, *ibid.*, p. 50.

¹²³ Na responsabilidade civil contratual as regras *neminem laedere* incidirá sob o aspecto de colaboração de forma positiva e na responsabilidade aquiliana a o dever em sua forma negativa regulando-se as situações oriundas de um desequilíbrio. MARTINS-COSTA, Judith, *ibid.*, p. 51.

¹²⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 429. Os danos podem ainda atingir interesses coletivos ou transindividuais.

¹²⁵ NORONHA, Fernando, *id.*

¹²⁶ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 430.

Tais danos, em linhas gerais, serão provenientes de ações humanas em contradição com o ordenamento,¹²⁷ ou ser derivados de acontecimentos naturais,¹²⁸ e ainda de atos praticados em situações para as quais não seria possível exigir comportamento diverso.¹²⁹

Na concepção ampla pode-se afirmar que a responsabilidade civil compreende tanto as obrigações nascidas de contratos e negócios jurídicos unilaterais (responsabilidade negocial), como as obrigações oriundas da violação de direitos alheios, “sejam eles individuais ou coletivos, sejam absolutos (como os direitos da personalidade e os reais) ou relativos (como no caso de direitos de crédito constituídos entre outras pessoas), sejam até outras situações dignas de tutela jurídica.”¹³⁰

A responsabilidade negocial consubstancia-se na obrigação de reparar danos provenientes do inadimplemento, má execução ou atraso de obrigações negociais.

1.2.2 Concepção restrita da responsabilidade civil

¹²⁷ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 347/349. Os fatos antijurídicos podem ser “ações humanas que ofendem direitos alheios de modo contrário ao ordenamento jurídico, já que este é constituído em primeira linha por comandos dirigidos às pessoas, para que ajam de determinados modos, ou se abstenham de certas ações”. Para Fernando NORONHA no Direito das Obrigações só é possível aduzir sobre antijuridicidade quando um bem juridicamente protegido for violado contrariando os preceitos normativos. E isso poderá ocorrer em razão: “a) de um ato ilícito, isto é, um ato subjetivamente reprovável, ato de violação culposa do direito de outrem; b) quando tivermos um ato objetivamente ilícito, praticado por inimputável ou por pessoa em situação de inimputabilidade accidental (isto é, nos dois casos, um ato que só não é qualificável como ilícito devido á situação de inimputabilidade de quem o realiza); c) quando, na realização de um ato justificado (isto é, um ato danoso praticado em situação em que seria inexigível outro comportamento e, por isso, sendo ainda ato lícito), for atingida pessoa diversa daquela que criou a situação implicativa da necessidade de intervenção; d) quando tivermos certos acontecimentos naturais que atinjam um direito de alguém”.

¹²⁸ NORONHA, Fernando, *ibid.* p. 348. Concebe-se que “fatos naturais possam destruir direitos preexistentes, sendo eles, por isso, pelo menos, *hoc sensu*, antijurídicos. É que, ao lado das normas que são comandos dirigidos às pessoas, as quais poderiam ser designadas de imperativas, o direito inclui também outras simplesmente reguladoras de direitos, que podem ser atributivas, modificativas ou supressivas destes, sendo que algumas destas se reportam diretamente a acontecimentos e situações do mundo exterior, não tendo nada haver com ações humanas”.

¹²⁹ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 349.

¹³⁰ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 430.

A responsabilidade civil em sentido estrito ou técnico, segundo NORONHA, é assim caracterizada:

As obrigações que visam a reparação de danos causados a pessoas que não estavam ligadas ao lesante por qualquer negócio jurídico, e ainda dos danos que, embora causados a alguém ligado ao lesante por um negócio jurídico, ainda sejam resultado da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios, preexistentes a esse negócio (e que por isso não devem ser concretamente encarados como violação específica dele).¹³¹

A responsabilidade civil pode ser desenvolvida no sentido do dever geral de *neminem laedere* (não lesar ninguém) ou *alterum non laedere* (não lesar outrem), protegendo os interesses de cada sujeito diante da reparação das lesões causadas por outrem.¹³²

Note-se que essa modalidade de responsabilidade civil (em sentido estrito) é a que vem predominando para designar a responsabilidade de forma geral, sendo exemplo disso a opção seguida pelo nosso atual Código Civil ao destinar um Título específico para reger a responsabilidade negocial, denominado “Do inadimplemento das obrigações” (arts. 389 e ss.), além de outro Título específico para regular a responsabilidade civil em sentido estrito, denominado “Da responsabilidade civil” (arts. 927 e ss.).

Desta forma, pode-se afirmar que “a responsabilidade civil, entendida assim, apresenta-se como o direito comum (ou geral) da reparação dos danos, perante o qual a obrigação de reparar danos oriundos de obrigações negociais é mero *direito especial*, por isso não contendo princípios jurídicos conflitantes com os daquele.”¹³³

1.2.3. Responsabilidade contratual e extracontratual

Pode-se aludir ainda a uma outra divisão da responsabilidade civil, classificada em responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. que,

¹³¹ NORONHA, Fernando, *id.*

¹³² NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 431.

¹³³ NORONHA, Fernando, *id.*

na realidade, refere-se muito mais a uma questão terminológica do que propriamente a uma nova classificação.

Rotineiramente emprega-se a expressão “responsabilidade contratual” como sinônima de “responsabilidade negocial”, e “responsabilidade estrita ou técnica” como “responsabilidade extracontratual”. No entanto, é necessário advertir que o emprego das referidas expressões é equivocado na medida em que não estão inseridas em seu âmbito de atuação as obrigações oriundas de negócios jurídicos unilaterais.¹³⁴

Nesse sentido, quando se utiliza a expressão “responsabilidade contratual” concebe-se a obrigação de indenizar em razão do inadimplemento contratual, esquecendo-se das obrigações resultantes do inadimplemento dos negócios jurídicos unilaterais. Da mesma forma, quando se refere a uma “responsabilidade extracontratual” poder-se-ia induzir erroneamente a que o inadimplemento dos negócios jurídicos unilaterais estaria concebido por princípios próprios diversos dos aplicáveis aos negócios jurídicos bilaterais ou contratos.¹³⁵

Por sua vez, tanto os negócios jurídicos unilaterais como os bilaterais estão sujeitos a um regime jurídico idêntico em matéria de responsabilidade pelo inadimplemento, diferenciando-se das obrigações que seguem o regime da responsabilidade civil em sentido estrito.¹³⁶

Pode-se ainda afirmar que a classificação em “responsabilidade contratual” e “extracontratual” se revela ultrapassada, na medida em que imprimia às obrigações assumidas no campo da autonomia privada (responsabilidade contratual) uma importância muito maior do que àquelas não contratuais, relegando as obrigações que dão ensejo a responsabilidade civil em sentido estrito um papel secundário.¹³⁷

Atualmente tal entendimento não mais subsiste, pois a denominada responsabilidade extracontratual transformou-se no regime-regra da responsabilidade civil.

¹³⁴ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 432.

¹³⁵ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 433.

¹³⁶ NORONHA, Fernando, *id.*

¹³⁷ NORONHA, Fernando, *id.*

Do aqui sintetizado conclui-se que as designações “responsabilidade negocial” e “responsabilidade civil em sentido estrito (ou geral)” se demonstram muito mais apropriadas para abranger as formas de obrigações existentes em nosso ordenamento, sem causar qualquer tipo de exclusão.

1.3 Pressupostos da responsabilidade civil¹³⁸

Para o surgimento da responsabilidade civil é preciso que haja um dano causado por alguém. No entanto, apurar-se quando uma pessoa deve ser responsabilizada é questão mais complexa que envolve o conhecimento de outros elementos essenciais para o deslinde do problema.¹³⁹

A rigor, quando da ocorrência de um dano é necessário averiguar se quem o produziu violou um bem protegido pela ordem jurídica, isto é, se existe uma norma tutelando aquele bem que foi violado.¹⁴⁰ Assim sendo, existindo norma de tutela àquele determinado bem, investiga-se qual foi a causa do dano ou, excepcionalmente, se ocorreu em razão de uma dada atividade. Em seguida, se o bem violado é protegido pela ordem jurídica e determinada sua causa, descobrir-se-á se é possível ser imputado a alguém ou a alguma atividade,¹⁴¹ nascendo então a obrigação de indenizar.

Assim, constata-se a existência de cinco pressupostos da responsabilidade civil, conforme orienta Fernando NORONHA:

¹³⁸ No intuito da análise dos pressupostos da responsabilidade civil adota-se como marco teórico o pensamento de Fernando NORONHA, responsável por acrescentar aos requisitos tradicionalmente estudados pela doutrina outros que também se demonstram de suma importância. Dentre os autores que adotam os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil destacam-se Miguel Maria de Serpa LOPES, *Curso de Direito Civil*, v. V, 4ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, Orlando GOMES, *Obrigações*, *op. cit.* e Sérgio CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, *op. cit.*

¹³⁹ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 467/468.

¹⁴⁰ Ressalta-se que em nosso ordenamento vigente são protegidos a maioria dos bens que interessam à pessoas, sejam eles individuais ou coletivos. NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 148.

¹⁴¹ NORONHA, Fernando, *id.* “Nos casos em que o dano se verificou no decurso de uma dada atividade mas sem ter sido causado por qualquer fato atribuível ao respectivo exercente, procurará saber se ainda pode ser considerado risco típico da atividade.”

Podemos ordenar os pressupostos da responsabilidade civil (...) para que surja a obrigação de indenizar: a) que haja um *fato* (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza) que seja *antijurídico* (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas conseqüências); b) que esse fato possa ser *imputado* a alguém, seja por se dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; c) que tenham sido produzidos *danos*; d) que tais possam ser juridicamente considerados como *causados* pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta. A estes quatro pressupostos da responsabilidade civil, sobre os quais estão de acordo praticamente todos os juristas, deve-se acrescentar uma condição suplementar (e que, aliás, em rigor, precede, todos eles): e) é preciso que o dano esteja contido no âmbito da *função de proteção* assinada à norma violada. Isto é, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido.¹⁴²

Quando se alude aos requisitos da responsabilidade civil afirma-se que os dois primeiros que tratam do seu fato gerador devem ser a antijuridicidade e a imputabilidade. O dano deve ainda ser efetivo, bem como ter sido ocasionado pelo fato gerador. Por fim, para incidir a responsabilidade civil, o dano deve ocasionar a violação de um bem juridicamente tutelado.¹⁴³

1.3.1 Fato antijurídico

Como primeiro requisito que enseja a obrigação de indenizar, entendendo-se como antijurídico o fato que vai de encontro à ordem jurídica. De tal modo, em regra

¹⁴² NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 468/469.

¹⁴³ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 469. Com efeito, destaca o autor sobre os requisitos usualmente indicados pela doutrina e jurisprudência: “Na doutrina e, sobretudo na jurisprudência, geralmente os únicos requisitos que se indicam são somente o segundo, o terceiro, e o quarto. Assim, afirma-se que a responsabilidade civil envolve três requisitos: um dano, um nexo de imputação e um nexo de causalidade. É que, na vida real, o primeiro e o quinto dos requisitos são de importância menor. O último requisito (cabimento no âmbito de proteção da norma violada) é de somenos importância nos tempos atuais, em que se pode dizer ser regra quase sem exceções a que impõe tutela de praticamente todos os danos, sejam à pessoa ou as coisas, patrimoniais ou extrapatrimoniais, individuais ou coletivos. O primeiro (fato gerador) também pode ser negligenciado, embora por uma razão diferente. Se, o fato, mesmo que antijurídico, não causar danos, nunca surgirá uma obrigação de indenizar, mesmo que ele possa ser relevante para outros efeitos (por exemplo, em matéria criminal ou contravençional). Por isso, muitos autores associam este requisito ao dano, falando em fato danoso.”

geral o fato antijurídico se caracteriza por ser ou um fato humano (que pode ser culposo ou não) ou um fato natural.¹⁴⁴

Compreende-se como fato humano uma conduta comissiva ou omissiva que pode resultar de culpa ou não do sujeito envolvido no cometimento do evento danoso. O fato natural, diferentemente do fato humano, independe de culpa e de qualquer tipo de conduta comissiva ou omissiva para ser considerado.¹⁴⁵

A antijuridicidade, em linhas gerais, possui natureza objetiva visto que se caracteriza quando um fato violar direitos tutelados pelo ordenamento vigente, seja um fato natural ou humano. Caracteriza-se, ainda, independentemente de avaliação do comportamento do agente causador do dano.¹⁴⁶

Convém destacar que nem todas as ofensas ao direito de outrem podem ser consideradas antijurídicas em razão da existência dos atos justificados, quando são violados “direitos de pessoas estranhas à situação contra a qual se esteja procedendo.”¹⁴⁷ Ressalta-se que apesar do ato justificado ser considerado lícito, a consequência que este produz pode ser antijurídica se atingir direito de terceira pessoa envolvida, não sendo considerada antijurídica a conduta danosa que afeta o próprio agente causador ou, ainda, o criador do estado de perigo.¹⁴⁸

Desse modo, os atos praticados em legítima defesa não são considerados antijurídicos se causarem danos apenas ao agressor, mas assim o serão na hipótese de atingirem direitos de terceiros.¹⁴⁹

¹⁴⁴ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 470.

¹⁴⁵ NORONHA, Fernando, *id.*

¹⁴⁶ “Para exprimir a mesma idéia de antijuridicidade, muitos autores falam em dano injusto, adotando uma expressão italiana (*danno ingiusto*), que está presente no próprio Código Civil italiano (art. 2043). Na Itália, a generalidade da doutrina e da jurisprudência entende que o *danno ingiusto* é aquele resultante de uma conduta *sine jure e contra jus*, (...) se fala em *danno ingiusto* como elemento objetivo do fato ilícito, que ele é tradicional *iniuria*, e que o seu significado é aquele de lesão ao interesse tutelado.” Assim, para NORONHA àqueles que consideram o ilícito na sua acepção ampla, de ação que contrarie comandos legais, poderá aduzir sobre a ilicitude do fato, ao invés de antijuridicidade. NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 470/471.

¹⁴⁷ NORONHA, Fernando, *id.*

¹⁴⁸ NORONHA, Fernando, *id.*

¹⁴⁹ Exemplifica Fernando NORONHA, *id.*: “cada comerciante tem a sua clientela, que representa importante elemento do patrimônio da empresa, integrado no chamado “fundo de comércio”; na concorrência que os diversos comerciantes se fazem, ofende-se, diariamente o direito dos

Em síntese, é possível analisar-se as principais hipóteses que podem ensejar fatos antijurídicos:

a) quando tivermos um *ato ilícito*, isto é, um ato subjetivamente ilícito; b) quando tivermos um *ato objetivamente ilícito*, praticado por inimputável ou por pessoa em situação de inimizabilidade acidental; c) quando, na realização de um *ato justificado*, for atingida pessoa diversa daquela que criou a situação implicativa da necessidade de intervenção; d) quando *certos acontecimentos naturais* atinjam um direito de alguém, desde que a ocorrência esteja ligada à atividade desenvolvida por outra pessoa.¹⁵⁰

No âmbito do revogado Código Civil de 1916, a responsabilidade civil era concebida predominantemente através da responsabilidade subjetiva, isto é, os fatos humanos antijurídicos eram, na maioria das vezes, considerados culposos.¹⁵¹ O novo Código Civil de 2002 prevê a hipótese de responsabilidade objetiva em seu artigo 927, parágrafo único dispendo: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo o autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Contudo, a existência de um ato ou fato antijurídico não é suficiente por si só para gerar a obrigação de reparar, pois é necessário que além da violação do direito alheio cause dano a outrem, conforme o disposto no artigo 186 do Código Civil vigente.¹⁵² Assim, "o simples fato de se conduzir um veículo na contramão, em estrada deserta, não gerará obrigação de indenizar."¹⁵³

1.3.2. Nexo de imputação

demais à clientela, mas de forma lícita, porque a lei não proíbe, antes até estimula a concorrência; todavia, já é considerado antijurídico, e por isso proibido, o recurso a meios "desleais", assim considerados aqueles que constituam abuso de liberdade econômica (concorrência desleal)".

¹⁵⁰ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 471/472.

¹⁵¹ O artigo 159 do Código Civil de 1916 se referia a ação ou omissão que violasse direito de outrem voluntariamente, por negligência ou imprudência.

¹⁵² Prevê o artigo 186 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

¹⁵³ NORONHA, Fernando. *op. cit.*, p. 472.

É através do nexo de imputação que se atribui a alguém a responsabilidade civil pelos danos ocasionados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, em razão de um determinado fato antijurídico, isto é, através do nexo de imputação se atribui a determinada pessoa a conduta lesiva.¹⁵⁴

O fundamento para a imputação de um dano decorre geralmente de uma atuação culposa, podendo ocorrer também imputação pelo risco. Quando não observados os deveres de conduta que poderiam evitar a ocorrência do dano estamos diante de uma conduta culposa que ocasiona um ato ilícito que, por sua vez, comporta dois elementos: a antijuridicidade e a culpabilidade.¹⁵⁵

A culpa *lato sensu* abrange o dolo e a culpa, os atos ilícitos podem se classificar em culposos e dolosos caracterizando a responsabilidade subjetiva. A conduta culposa do agente pode ser comissiva ou omissiva. Para caracterizar a conduta omissiva como culposa o sujeito deveria ter praticado o fato que foi omitido.¹⁵⁶

Na responsabilidade civil objetiva ou pelo risco, o fundamento da reparação consiste na idéia de risco criado, isto é, “quem exerce atividades que podem pôr em perigo pessoas e bens alheios, da mesma forma que auferem os benefícios daí resultantes, também deve suportar os prejuízos, independentemente de ter ou não procedido com culpa.”¹⁵⁷

A responsabilidade objetiva pode também ser originada em virtude de omissões não culposas, quando o responsável deveria ter agido e não o fez, não importando aqui as razões de sua omissão. A responsabilidade objetiva pode derivar, ainda, de fatos da natureza que tenham decorrido de hipóteses sob o controle do responsável.¹⁵⁸

¹⁵⁴ NORONHA, Fernando, *id.*

¹⁵⁵ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p.473.

¹⁵⁶ NORONHA, Fernando, *id.*

¹⁵⁷ NORONHA, Fernando, *id.*

¹⁵⁸ Segundo NORONHA, Fernando, *id.* Existe ainda outra modalidade de responsabilidade objetiva denominada de “agravada” que diz respeito a determinadas atividades e riscos oriundos desta, que é possível prescindir de nexo de causalidade entre a atuação do responsável e o dano.

O fato gerador da responsabilidade civil subjetiva se caracteriza por um ato ilícito em sentido próprio que consiste em “uma conduta humana, uma ação ou omissão determinada voluntariamente pela pessoa, ou que esta pelo menos poderia controlar, se fosse mais cuidadosa.”¹⁵⁹

No que tange à responsabilidade civil objetiva, seu fato gerador pode ser tanto uma conduta humana como um fenômeno natural, frisando-se que a conduta humana concebida nesse panorama será sempre aquela que independe de qualquer tipo de culpa.¹⁶⁰

Exemplificando referidas hipóteses conclui Fernando NORONHA:

o ato praticado por quem se deixa adormecer ao volante do veículo que conduz, gerará responsabilidade civil subjetiva, se daí resultarem danos. Já um ato praticado por sonâmbulo não será fato gerador a responsabilidade civil subjetiva, mas pode sê-lo de objetiva, dita por razões de equidade. Exemplos comuns de responsabilidade civil ligada a fenômenos naturais e independentemente de culpa são a ruptura acidental de pneu, a mordida de cachorro, o vazamento de gás tóxico.¹⁶¹

1.3.3. Dano

O dano pode ser conceituado como um “prejuízo de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.”¹⁶²

Nesse sentido, o dano “é a lesão de interesses juridicamente protegidos. O interesse consiste na posição de uma pessoa em relação a um bem, susceptível de satisfazer-lhe uma necessidade. Deve-se entender como bem, em sentido amplo, o meio de satisfação de uma necessidade.”¹⁶³

O dano pode ser juridicamente relevante ou não, pois há certos interesses que não são protegidos pela ordem jurídica. Assim, se o dano não causar uma lesão

¹⁵⁹ NORONHA, Fernando, *ibid.* p. 473/474.

¹⁶⁰ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 474.

¹⁶¹ NORONHA, Fernando, *id.*

¹⁶² NORONHA, Fernando, *id.*

¹⁶³ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, p. 6.

a um interesse juridicamente protegido, não será fundamento para o dever de indenizar oriundo da responsabilidade civil.¹⁶⁴

Na lição de Adriano DE CUPIS:

Lo que el derecho *tutela*, el daño *vulnera*. Si el derecho *tutela*, un determinado *interés humano*, éste puede ser atacado por um *daño*, que será um daño en *sentido jurídico (daño jurídico)*, en cuanto contra él apresta el derecho la *própria reacción*. En consecuencia, el objeto del daño en sentido jurídico se configura como *más limitado* respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es *cualquier situación favorable* (véase num.3), que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que um *interés humano* jurídicamente tutelado. Ciertamente también, la reacción jurídica encuentra su razón de ser tan sólo frente al daño ocasionado a aquello que el derecho tutela y, por tanto, sólo el interes humano puede recibir la tutela del derecho.¹⁶⁵

Assim, pode-se aduzir que a noção de dano se dá tanto no plano fático como no plano jurídico, onde ambos possuem em comum a concepção negativa, de diminuição de algo que atinge as pessoas ou seus bens. Mas, para o ordenamento jurídico, não são todos os danos que merecem tutela estatal, importando apenas os danos jurídicos.¹⁶⁶

A construção tradicional do conceito de dano possui um cunho eminentemente patrimonialista, na medida em que se o concebe como “a diferença entre a situação patrimonial antes e depois de sua existência”,¹⁶⁷ pautada a referida

¹⁶⁴ SEVERO, Sérgio, *ibid.*, p. 8.

¹⁶⁵ DE CUPIS, Adriano. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, p. 109. Tradução livre:” O que o direito tutela, o dano vulnera. Se o direito tutela, um determinado interesse humano, este pode ser atacado por um dano, que será um dano em sentido jurídico (dano jurídico), enquanto contra.....o direito a própria reação. Em consequência, o objeto do dano em sentido jurídico se configura como mais limitado... ao objeto do dano entendido genericamente, pois que,....o objeto do dano genericamente entendido é qualquer situação favorável que se não se refira a todos seres humanos, objeto do dano em sentido jurídico não pode ser mais que um interesse jurídico tutelado. Certamente também, a reação jurídica encontra sua razão de ser tão somente frente ao dano ocasionado à aquilo que o direito tutela e, portanto, apenas o interesse humano pode receber a tutela do direito”.

¹⁶⁶ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*, p. 42. Nesse sentido, ainda, afirma Fernando NORONHA, *op. cit.*, p. 556: “a circunstância de o dano ser proveniente de um ato ou fato antijurídico é que lhe dá a condição de lesão antijurídica (...). Somente esta lesão gerará responsabilidade civil, ainda que, como temos insistido, em casos especiais possamos ter lesões antijurídicas resultantes de certas e determinadas atuações jurídicas e lícitas: é o que acontece quando, no desenrolar de um ato justificado (isto é, praticado em situações em que seria inexigível outro comportamento), se acabe lesando terceira pessoa”.

¹⁶⁷ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, p. 4.

construção, ainda, na “Teoria da Diferença”, que restringiu o dano a uma dimensão puramente matemática e que apresenta uma série de objeções.¹⁶⁸

O tradicional conceito de dano se revela em verdade insuficiente na medida em que é demasiadamente reducionista, restringindo a reparação como mero meio de reposição *in natura*, ou mera reposição do patrimônio como se não houvesse existido a lesão. Na atualidade, o conceito de dano se revela muito mais abrangente, não se limitando apenas aos valores puramente patrimoniais, mas alcançando também aos valores imateriais.¹⁶⁹

Com efeito, o homem, em sua existência, possui necessidades materiais e imateriais que são tuteladas pela ordem jurídica. Parte dessas necessidades se refere ao patrimônio, sendo outras inerentes à essência humana com destacada índole subjetiva. De tal forma, “materiais, em suma, são os prejuízos de natureza econômica, e, morais, os danos de natureza não-econômica e que se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.¹⁷⁰

Desse modo, “dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.”¹⁷¹ Para NORONHA, por outro lado, dano “é o prejuízo, econômico ou não-econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.”¹⁷²

¹⁶⁸ SEVERO, Sérgio, *ibid.*, p. 5/6, afirma sobre os problemas inerentes a aplicação da teoria da diferença, primeiramente no que tange à reparação *in natura*, pois esta se demonstraria insuficiente pois “a reposição *in natura* pode abranger bens e valores sem expressão econômica, ou insignificantes”; em seguida difícil seria a aplicação da teoria da diferença em relação aos lucros cessantes, pois esses “consistem na frustração de ganhos, previsíveis e prováveis, de modo que não estão incorporados ao patrimônio no momento anterior; e, por fim “outra situação que demonstra a fragilidade da teoria da diferença é a dos danos que não têm expressão econômica, os chamados danos extrapatrimoniais ou morais”.

¹⁶⁹ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 110.

¹⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*, p. 2.

¹⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁷² NORONHA, Fernando. *op. cit.*, p. 555. O autor aduz sobre a importância, na caracterização do dano, de se distinguir dano, bem lesado e interesse lesado: “Bens são coisas do mundo externo, corpóreas ou incorpóreas, e são ainda qualidades internas das pessoas, de natureza biológica, espiritual ou afetiva. Interesse é a relação que liga uma pessoa aos bens, a qual

As violações tanto ao patrimônio da pessoa como àqueles valores que se referem à sua própria personalidade importam em um desequilíbrio das relações jurídicas, visto que tanto o patrimônio como a pessoa são protegidos pelo Direito, restando restabelecer o prejuízo gerado a situação anterior, como se não tivesse ocorrido a conduta danosa.

Em se tratando de bens extrapatrimoniais, a forma de se restabelecer a situação anterior ao dano é matéria bastante complexa, sendo praticamente impossível referir-se a uma forma precisa de reposição do equivalente absoluto, isto é, nos mesmos contornos do princípio da reparação integral.¹⁷³

No entanto, apesar das dificuldades em se estabelecer critérios para a reparação do dano moral, aquele que sofre um dano dessa natureza tem direito a uma satisfação de cunho *compensatório*, visto que não se trata propriamente de uma solução *indenizatória*, eis que o significado da palavra indenizar (que provém do latim “*in dene*”) importa em devolver o patrimônio ao estado anterior, o que, evidentemente, não é praticamente possível na hipótese de danos extrapatrimoniais.¹⁷⁴

A concepção da indenização está pautada no princípio da *restitutio in integrum*, ou da reparação completa. Assim, no caso de danos patrimoniais, dúvida não há em se fixar o *quantum* indenizatório que deve ser precisamente equivalente ao dano caso não seja possível a reparação *in natura*.

Por outro lado, repare-se, a mesma fórmula não é condizente quando o que está em questão é a fixação de um montante para se sancionar os danos extrapatrimoniais,¹⁷⁵ visto que não é satisfatória ou mesmo possível a aplicação de critérios puramente econômicos para a chamada *compensação* do dano moral.

pode estar ligada a objetivos econômicos (isto é, patrimoniais), mas pode também ser de natureza ideal; num caso ou no outro, é preciso que o interesse seja considerado legítimo (...). O dano é prejuízo gerado num bem, isto é, numa coisa, ou no corpo ou alma de uma pessoa”.

¹⁷³ REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 111.

¹⁷⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*, *op. cit.*, p. 145.

¹⁷⁵ A expressão indenização é utilizada em sentido amplo, como o é na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X que se refere a indenização do dano moral e não a sua compensação.

Como afirma Clayton REIS, “para se estabelecer uma exata dimensão dos danos extrapatrimoniais é necessária uma reflexão sobre o seu conteúdo axiológico, capaz de assegurar uma análise mais acurada e distanciada dos mecanismos orientados em direção a uma aferição de bens econômicos”.¹⁷⁶

É importante ressaltar-se que na medida em que o direito desempenha uma função social e que qualquer forma de obrigação só se legitima ao atender um interesse legítimo do credor, qualquer forma de dano, seja produzido às coisas ou às pessoas, só será causa da obrigação de reparação se se demonstrar que o interesse seja socialmente relevante.¹⁷⁷

1.3.3.1 Responsabilidade civil sem dano?

As noções de ilicitude e de responsabilidade civil comumente são apresentadas de forma unificada, conduzindo à idéia de que toda lesão a direitos pode ser estimada pecuniariamente. Nesse sentido, o ilícito não só estaria ligado à idéia de indenização pecuniária, como estaria vinculado ao fato danoso.¹⁷⁸

A associação do ilícito ao dano deriva do raciocínio de que a violação ao direito exige uma proteção contra o dano, seja de modo específico, isto é, quando for possível a recomposição *in natura*, ou através do equivalente em dinheiro. Percebe-se, pois, que a tutela é dirigida para a hipótese de ocorrência do dano e não apenas para a remoção do ilícito, independentemente de a conduta ilícita ter provocado o evento danoso.¹⁷⁹

Assim, é importante observar que na medida em que se associa o ilícito ao fato danoso a preocupação volta-se precipuamente à violação de um direito que venha produzir um dano, ignorando-se, todavia, que a conduta ilícita, por si só, vindo ou não a produzir danos, também pode representar uma violação ao direito que

¹⁷⁶ REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 114/115.

¹⁷⁷ Para Fernando NORONHA, *id.*, essa observação alcança especial relevância na medida em que a jurisprudência vem cometendo alguns excessos, sobretudo, no que diz respeito aos danos de natureza extrapatrimonial. *Idem.* As perplexidades e abusos ocorridos sobre o tema serão examinados na referida pesquisa no capítulo 5.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 158.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *id.*

igualmente merece tutela, pois inibir a conduta ilícita não é o mesmo que inibir o evento danoso.¹⁸⁰

Nesse sentido afirma Luiz Guilherme MARINONI, ao estabelecer as premissas da chamada tutela inibitória:

*Contudo, o incorreto não é só ligar o ilícito à indenização pecuniária, mas associar o ilícito com o fato danoso, ainda que ele seja suscetível de ressarcimento na forma específica. A associação de ilícito e dano deriva da suposição de que a violação do direito somente pode exigir do processo civil tutela contra o dano – na forma específica ou pelo equivalente monetário-, mas jamais uma tutela voltada a remover o ilícito (independentemente de ele ter provocado dano). Ou ainda: tal associação se funda na falsa premissa de que o processo civil não pode impedir a violação de um direito sem se importar com a probabilidade de dano. Frise-se que inibir a violação não é o mesmo que inibir o dano. Além disso, do ponto de vista probatório, é muito mais fácil caracterizar o ilícito ou sua ameaça do que precisar o dano ou sua probabilidade.*¹⁸¹

O direito italiano disciplinou referida proteção inibitória (voltada contra o ilícito, e não diretamente contra o dano), em matéria de concorrência desleal. O *Codice Civile* italiano, ao regular o tema, aponta três formas de tutela, quais sejam, a inibitória, a de remoção do ilícito e a ressarcitória. Segundo o art. 2.599 do Código Civil italiano, “a sentença que declara a existência de atos de concorrência desleal inibe a sua continuação e confere as providências necessárias a fim de que sejam eliminados os seus efeitos”. Nota-se que referido dispositivo não faz qualquer menção ao dano, à culpa ou ao dolo, aludindo apenas à tutela inibitória e à remoção dos efeitos do ato ilícito.¹⁸²

De outro lado, o art. 2.600 do *Codice Civile* prevê a obrigação do autor em ressarcir o dano se os atos forem praticados com dolo ou culpa, isto é, no âmbito da tutela ressarcitória. Ainda, conforme o art. 2.043 do mesmo diploma, “qualquer fato doloso ou culposo, que ocasione a outrem dano injusto, obriga ao ressarcimento do dano.”¹⁸³

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *ibid.*, p., 159.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *id.*

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme, *id.*

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme, *ibid.*, p. 159-160.

Desse modo, contata-se que as tutelas previstas no art. 2.599 do referido Código Civil italiano, inibitória e de remoção do ilícito, levam em consideração apenas o ilícito, entendido como um ato contrário ao direito, não condicionando à tutela de um direito apenas se houver a ocorrência do dano e conseqüentemente da culpa e do dolo. De tal forma, torna-se evidente a dissociação entre a ilicitude e a responsabilidade civil pelo dano.¹⁸⁴

A confusão entre o ilícito e o dano sempre esteve presente no Direito Civil tradicional, segundo Orlando GOMES: “Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo (...). O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso.”¹⁸⁵

O dano sempre foi concebido como um elemento constitutivo do ilícito civil, entendimento que prevalece na concepção de Orlando GOMES para quem a idéia de se ater a conceitos puros, no caso de ilícito civil desassociado de dano, é fazer com que o Direito “perca seu sentido prático”.¹⁸⁶ Tal crítica é refutada por MARINONI, segundo quem o que importa é “extrair desses conceitos uma utilidade que não podia ser compreendida”, sendo mais razoável sustentar que o evento danoso é um requisito da responsabilidade, e não propriamente do ato ilícito.¹⁸⁷

Diante das novas regras de tutela dos direitos fundamentais torna-se impossível ignorar a existência da distinção entre um ato contrário ao direito e a figura do dano propriamente dito, pois este pode ser ou não uma conseqüência do ilícito, isto é, a ocorrência do ilícito poderá apenas eventualmente abrir oportunidade para o surgimento do dano, como explica Luiz Guilherme MARINONI:

¹⁸⁴ “Bonasi Benucci, um dos juristas que melhor trataram do tema no direito italiano, afirma que o art. 2043 do CC limita-se a mencionar os requisitos que obrigam alguém a ressarcir o dano conseqüente ao ilícito, mas não descreve o ilícito nem exaure a especificação dos meios de tutela que o ordenamento oferece àquele que venha a ser por ele atingido. Para evidenciar que o dano não é elemento constitutivo do ilícito, argumenta que, quando se diz que não há ilícito sem dano, identifica-se o ato *contra ius* com aquela que é a sua normal conseqüência e isso ocorre apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste frequentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico”. MARINONI, Luiz Guilherme, *ibid.*, p. 160.

¹⁸⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 310 e ss.

¹⁸⁶ GOMES, Orlando, *id.*

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 161.

A violação de uma norma pode ter eficácia continuada, e assim constituir um ilícito que, na medida de sua eficácia, abra oportunidades a danos. Assim ocorre, por exemplo, diante do ilícito de exposição à venda do produto nocivo à saúde do consumidor. É claro que, nesse caso, o processo civil tem uma importante função a cumprir, que é justamente a de dar efetividade à norma de proteção. Ação de busca e apreensão, aí cabível, objetiva prestar tutela de remoção do ilícito, restaurando o desejo da norma violada. Essa tutela olha para trás quando considera o ilícito, mas se dirige para o futuro quando se pensa nos danos que a partir dele podem ser produzidos, o que demonstra, de forma evidente, a separação entre ilícito e dano, provando que o último é uma consequência meramente eventual do primeiro, e que o ilícito de eficácia continuada deve ser removido, pouco importando se já produziu dano ou se constitui apenas ameaça.¹⁸⁸

Em que pese a diferenciação entre dano e ilícito, que tem especial relevância sobretudo para o desencadeamento da tutela inibitória, no âmbito da responsabilidade civil parece certo que não há a possibilidade de, sem a ocorrência do dano, operacionalizar-se o sistema de responsabilização.

Tal conclusão deriva, em nosso ordenamento jurídico atual, da própria alteração da caracterização legal de ato ilícito.

É que diferentemente da redação do art. 159 do revogado Código Civil brasileiro (que abria o título II, do Livro III, referente aos “atos ilícitos”), segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, **ou** causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (grifamos), a redação do art. 186 do novo Código Civil brasileiro parece incluir o dano como elemento constitutivo do ato ilícito por intermédio da conjunção aditiva “e”, ao invés da anterior conjunção alternativa “ou”.

Com efeito, conforme o referido art. 186, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito **e** causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (grifamos).

Assim sendo, estaria aparentemente excluída a possibilidade de se responsabilizar civilmente alguém, no Brasil, pela mera probabilidade ou eventualidade da produção de danos derivados de sua conduta ou omissão, ou da mera assunção de riscos pelo exercitamento de certas atividades, na medida em que a legislação refere expressamente o dano como sendo condição de incidência da responsabilidade civil.

¹⁸⁸

MARINONI, Luiz Guilherme, *id.*

1.3.4. Nexu de causalidade

É através do nexu de causalidade que se pode vincular o dano com o fato que o gerou, ou ainda, averiguar-se quais são os danos que podem corresponder às conseqüências do fato ocorrido.

Todavia, determinar-se juridicamente a relação de causa e efeito entre o fato gerador e os danos produzidos não constitui tarefa fácil.¹⁸⁹

A rigor, só existirá a obrigação de reparar os danos quando esses forem perpetrados por fatos da responsabilidade do sujeito que deverá responder pela reparação. Entretanto, existem situações em que o fato que gerou o dano não foi praticado diretamente pela pessoa imputada como responsável, isto é, fatos praticados por outras pessoas ou fatos atribuídos a coisas ou a animais, mas que ainda assim estão sob a responsabilidade do sujeito, gerando-lhe o dever de indenizar.¹⁹⁰

As dificuldades surgem, sobretudo, na averiguação da referibilidade entre a ocorrência de um determinado fato e a geração do dano, na verificação da ocorrência de apenas um dano produzido em razão de variadas causas ou, ainda, na análise da ocorrência de diversos danos ligados a apenas um fato, sem contar os casos de danos indiretos.¹⁹¹

¹⁸⁹ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 476 e 587. “Um dos pontos mais difíceis da responsabilidade civil é este de saber que danos acontecidos podem ser considerados causados por um determinado fato. Nem sempre é fácil saber se a contribuição de um fato para um dano é suficiente para que se deva considerá-lo gerador deste”.

¹⁹⁰ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 587.

¹⁹¹ Na tentativa de elucidar algumas das hipóteses de ocorrência de um dano exemplifica Fernando NORONHA: “Suponha-se que alguém fica gravemente ferido entre a lataria de um veículo, num acidente de trânsito. Outra pessoa corre para socorrê-lo e consegue retirá-lo precisamente no momento em que o carro se incendia, pelo que também acaba sofrendo queimaduras. Um e outro são levados ao hospital, e ali ficam em tratamento por algumas semanas. Durante o tratamento, um deles (não importa qual) pega uma infecção hospitalar, que agrava o seu estado. Quando lhe é dada alta, está incapacitado para o trabalho, devido às lesões sofridas no acidente, mais as seqüelas da infecção hospitalar. Anos depois ainda tem uma recaída, conseqüência das mesmas lesões (...). “E ainda nesse exemplo são cogitáveis outros danos, para os sinistrados e para outras pessoas, Suponha-se que um deles, por causa do internamento, deixou de fazer negócio lucrativo, ou que a sua esposa sofreu um ataque cardíaco, ao saber da notícia de que o marido estava no hospital, ou ainda que ele era artista a caminho de uma apresentação e que os seus fãs, ignorando o sucedido e exasperados pelo tempo de espera, iniciaram um processo de quebra-quebra (...). “Em relação a todos os danos descritos pode-se afirmar que nenhum se teria verificado, se não houvesse acontecido o acidente de trânsito. O responsável por este (e seja a sua

As teorias que explicam a causalidade desempenham um papel fundamental, na medida em que buscam especificar quais os fatores determinantes para a ocorrência do dano. Conforme ensina Fernando NORONHA, “os fatores determinantes serão *causas*, os demais serão meras *condições*. *Condições*, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. *Causas* do dano são apenas aquelas condições consideradas como efetivamente determinantes desse resultado”.¹⁹²

1.3.4.1 A Teoria da equivalência de condições

Para a denominada “teoria da equivalência das condições” é irrelevante separar-se as causas ou condições do dano pois, como indica a própria terminologia empregada pela teoria, não há diferença entre causa e condição. Segundo a teoria da equivalência, pois, todas as condições que concorrem para o mesmo resultado se equivalem, possuindo a mesma relevância, não interessando se uma delas foi mais ou menos eficaz, pois todas têm o mesmo valor.¹⁹³

A teoria da equivalência das condições, ou da *conditio sine qua non* (“condição sem a qual não”), ou também chamada de *causalidade naturalística*, foi elaborada por von Buri, criminalista alemão, no século XIX, destacando-se no Direito Penal¹⁹⁴ onde é amplamente aplicada, pretendendo explicar a razão pela qual o cúmplice pode ser imputado responsável pelo crime cometido pelo autor.¹⁹⁵

responsabilidade subjetiva, seja objetiva) terá de responder por todos eles?”, *op. cit.*, p. 587/588.

¹⁹² NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 588.

¹⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 68.

¹⁹⁴ “No âmbito da responsabilidade penal, porém, o problema do nexa causal é de bem menor importância, porque nela existem dois poderosos filtros, restringindo o número de eventos que podem ser considerados: por um lado, não é qualquer evento danoso que interessa, já que o imprescindível tipo legal é integrado pelo próprio resultado, de que depende a existência do crime, e, por outro lado, só têm relevo os fatos danosos que, como regra geral, sejam resultantes de condutas dolosas, isto é, preordenadas à realização de determinados resultados”. NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 590.

¹⁹⁵ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 589.

Desse modo, para a referida teoria o “resultado é sempre uno e indivisível, não podendo ser subdividido em partes, de forma a ser atribuído a cada uma das condições, isolada e autonomamente. Logo, todas as condições, antecedentes necessários do resultado, se equivalem.”¹⁹⁶

No Direito Penal a teoria da equivalência das condições se manifesta essencialmente no âmbito da causalidade, como preceitua o artigo 13 do Código Penal: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Os fatores causais na infração penal consistem em meios utilizados pelo agente para obtenção do resultado, isto é, para a consumação do crime, consubstanciando-se na teoria finalista da ação, onde a ação humana representa uma atividade instrumental voltada para obtenção de determinados resultados.¹⁹⁷

Voltando ao âmbito da responsabilidade civil, a teoria da equivalência de condições é altamente criticada pois conduziria a uma infinidade de possibilidades que gerariam indiscriminadamente a obrigação de indenizar. Assim, *v.g.*, “teria que indenizar a vítima de atropelamento não quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria-prima etc.”¹⁹⁸

Pode-se afirmar, no que concerne à responsabilidade subjetiva, que seria possível, assim como no Direito Penal, apurar dentre todos os fatos ocorridos, aqueles em que o sujeito agiu com culpa gerando o dever de indenizar. Neste sentido, a teoria da equivalência das condições representaria algum sentido no âmbito da responsabilidade civil.¹⁹⁹

¹⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 68.

¹⁹⁷ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 590/591. Ressalta-se que mesmo em matéria de responsabilidade penal a teoria da equivalência de condições pode suscitar questionamentos, em razão do § 1º do artigo 13 do Código Penal: “a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado (...)”. Percebe-se que mesmo no Direito Penal a teoria da equivalência das condições se demonstra ultrapassada.

¹⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 68.

¹⁹⁹ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 591.

O problema, no entanto, circunda-se no campo da responsabilidade objetiva, onde não seria possível utilizar-se do filtro da conduta culposa, pois a culpa é elemento irrelevante na persecução da obrigação de indenizar, perdendo o sentido a aplicabilidade da teoria da equivalência das condições.

Diante do contexto onde se verifica que “nem todas as *conditiones sine quibus non* (“condições sem as quais não”) de um dano podem ser consideradas causa deste,”²⁰⁰ a doutrina passou a delimitar quais deveriam ser considerados relevantes.

Várias codificações²⁰¹ passaram a estabelecer normas que pudessem orientar o entendimento dos juízes e demais operadores do direito a respeito da causalidade. Foi assim em nosso ordenamento jurídico com a previsão do artigo 403 do Código Civil que prevê: “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*, sem prejuízo do disposto na lei processual” (grifos nossos).²⁰²

Percebe-se no referido dispositivo que o legislador se refere a “efeito direto e imediato”, isto é, mesmo diante de uma atuação dolosa do devedor só serão indenizáveis os prejuízos efetivos e os lucros cessantes que são considerados efeito direto e imediato do inadimplemento da obrigação.

A grande questão a ser enfrentada, no entanto, diz respeito a se reconhecer quais serão os danos que poderão ser considerados de “efeito direto e imediato”,²⁰³ como orienta Fernando NORONHA:

Para bem entendermos as potencialidades e as limitações do comando contido no preceito legal, é bom saber em que circunstâncias ele foi consagrado no direito

²⁰⁰ NORONHA, Fernando, *ibid*, p. 592.

²⁰¹ O Código Civil francês foi pioneiro na previsão de determinar quais os danos seriam considerados relevantes mediante a diretriz do efeito direto e imediato, conforme prevê em seu artigo 1.151: “mesmo no caso em que a inexecução da convenção resulte de dolo do devedor, as perdas e danos não devem compreender, com relação à perda sofrida pelo credor e ao ganho de que este tenha sido privado, senão o que é uma consequência imediata e direta da inexecução da convenção (ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention)”. Há previsão ainda no Código Civil Italiano, tanto o de 1865 como o de 1942 (art. 1223). NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 592-593.

²⁰² Ressalta-se que referido dispositivo já encontrava previsão no Código Civil de 1916 no artigo 1060.

²⁰³ NORONHA, Fernando, *id*.

francês. Ora, os autores afirmam que tem uma redação fortemente influenciada pelo magistério de Pothier, grande jurista do século XVIII. Na verdade Pothier (...) escrevendo a respeito da responsabilidade contratual, mas já esclarecendo que o que dizia valia tanto para as obrigações *delinquendo* como *contrahendo*, afirmava que não se podia submeter o devedor “indistintamente, a indenizar o credor por todas as perdas que o não-cumprimento de sua obrigação lhe tenha ocasionado e, menos ainda, por todos os ganhos que o credor poderia obter, caso o devedor tivesse cumprido sua obrigação”. Para demonstrar que o devedor não poderia ser obrigado a indenizar com tal latitude (ou seja, para afastar quaisquer concepções que conduzissem a resultados similares aos que caberiam na teoria da equivalência de condições, ainda que esta só tenha vindo a ser sistematizada mais de cem anos depois), Pothier formulou um exemplo célebre, do negociante que vendeu uma vaca, que sabia sofrer de doença contagiosa. Essa vaca veio a morrer, mas antes contagiou o restante do gado do comprador, que também morreu. Com a peste, todos os bois e vacas morreram também. O comprador, ficando sem animais para lavrar e adubar as terras, não plantou, por isso não colheu. Ficando impossibilitado de pagar as suas dívidas, viu a fazenda ser executada e vendida judicialmente. Outro autor francês, que recontou a história, acrescentou: o comprador, caindo em desespero, suicidou-se, deixando na miséria viúva e filhos. Com o exemplo, Pothier pretendia demonstrar que o negociante não era obrigado a reparar danos que fossem “conseqüência distante e indireta do dolo” com que tinha procedido; acrescentava que a regra a seguir neste caso (que era, devido à existência de dolo, a hipótese em que a indenização tinha amplitude máxima, no direito francês), devia ser a seguinte: “somente não se deve incluir nas perdas e danos, pelas quais um devedor é responsável por motivo de dolo, aqueles danos que são uma conseqüência distante, e que não são uma conseqüência necessária, pois eles podem ter outras causas.”²⁰⁴

Convém frisar que, não obstante a importante lição de Pothier que introduziu as idéias de “conseqüência distante e indireta” e “conseqüência necessária”, tais expressões não podem ser concebidas de forma absoluta, literalmente, pois os danos indenizáveis não podem ser considerados apenas aqueles reputados como efeito direto e imediato do fato lesivo, devendo o operador do direito ir além da literalidade da lei.

Na tentativa de esclarecer o raciocínio de que o artigo 403 do Código Civil não deve ser interpretado de forma literal, afirma Fernando NORONHA: “se um profissional tem um veículo que é absolutamente necessário para o seu trabalho e se ele é danificado num acidente, o aluguel de outro veículo, que ele tiver de fazer para continuar trabalhando, não é efeito direto e imediato do acidente, mas ninguém

²⁰⁴ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 593/594.

duvidará da necessidade de ser incluído entre os danos (no caso, emergentes) suscetíveis de ressarcimento.”²⁰⁵

1.3.4.2 Teoria da causalidade necessária

Preconiza a teoria da causalidade necessária que o nexos causal se demonstra como uma “relação necessária” entre o fato gerador e o dano. Tal teoria foi desenvolvida no século XIX, mas com raízes nos fundamentos de Pothier, segundo quem “não devem ser incluídos na indenização, mesmo em caso de dolo do devedor, aqueles danos que são uma conseqüência distante, e que não são uma *conseqüência necessária*, pois eles podem ter outras causas.”²⁰⁶

Para referida teoria “a causa do dano é a condição necessária e suficiente dele: é condição necessária, porque sem ele não teria havido dano (...); é condição suficiente, porque sozinha era idônea para produzir o resultado.”²⁰⁷

A principal crítica voltada contra a teoria da causalidade necessária é a de que restringe sobremaneira a obrigação de indenizar, pois condiciona que para ser considerado juridicamente como causa do dano, deve o fato ser condição necessária e suficiente para sua caracterização.

Convém frisar que apesar da aludida limitação da teoria da causalidade necessária, esta representa assinalável progresso em relação ao efeito direto e imediato a que alude o artigo 403 do Código Civil, que não deve ser interpretado de forma literal.²⁰⁸

Note-se que se fosse considerado apenas o requisito da necessariedade, entendendo-se por necessário aquilo que é inevitável, fatal, mesmo assim a existência de danos não necessários seria inafastável. Tomem-se como exemplos os artigos 399, 862 e 1218 do Código Civil, que prevêm respectivamente que o devedor em mora, o gestor de negócios e o possuidor de má-fé respondem até mesmo por danos acidentais, salvo se provarem que os danos teriam acontecido

²⁰⁵ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 595.

²⁰⁶ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 596.

²⁰⁷ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 597.

²⁰⁸ NORONHA, Fernando, *id.*

mesmo se a coisa estivesse em poder da pessoa com quem deveria estar (“o credor no caso da mora, o dono no caso da gestão, ou o reivindicante no caso do possuidor”).²⁰⁹

Resta nítido que nesses casos a lei presume a existência de um nexo de causalidade entre a conduta desses sujeitos e o evento danoso, mesmo que este tenha ocorrido por razões acidentais, não se aplicando para este regime a teoria da causalidade necessária.²¹⁰

Porém, se se entender como condições necessárias todas aquelas que contribuíram para ocasionar o dano, não se estabelecendo um critério que indique a mais importante ou a que sozinha o explica, isto implicaria em se recair na teoria da equivalência das condições, antes criticada.²¹¹

Desse modo, diante da existência de diversas causas do dano, determinar-se qual seria a condição necessária não constitui tarefa fácil, pois isto dependeria até mesmo do ponto de vista do observador que escolhe a que considera a mais relevante.²¹²

1.3.4.3 Teoria da causalidade adequada

A *teoria da causalidade adequada* foi desenvolvida no final do século XIX por von Kries, filósofo alemão, tendo obtido expressão no século XX. Demonstra-se a mais condizente das teorias na tentativa de estabelecer a relação de causa e efeito,

²⁰⁹ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 598.

²¹⁰ Ressalvada a possibilidade do interessado em produzir prova em contrário, isto é, demonstrando que o dano não é devido ao fato imputável ao apontado como responsável, isto é, à posse de má-fé, ao inadimplemento da obrigação ou à gestão indevida. NORONHA, Fernando, *id.*

²¹¹ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 599.

²¹² Manuel de ANDRADE citado por Fernando NORONHA, *id.*, alude ao seguinte exemplo: “o caso de um casal que se dá mal por causa das desinteligências com a mulher, uma noite o marido chega a casa embriagado. A mulher vitupera a sua conduta, ele exalta-se, pega uma pistola e dispara, ferindo-a, mas não gravemente. A mulher procura um curandeiro, o ferimento infecciona e ela caba morrendo, quando se teria salvo, se tivesse tido assistência médica. Qual a causa da morte? Um médico poderia sustentar que era o curandeirismo, um apóstolo do antialcoolismo diria que foram as bebidas alcoólicas, um pacifista diria que era a facilidade de as pessoas terem armas de fogo, um reformador social diria que era a inexistência de boas leis sobre o divórcio (...)”.

na medida em que consegue razoavelmente selecionar as condições que devem juridicamente ser consideradas causas do dano.²¹³

Para tanto, referida teoria procura solucionar o problema da causalidade através de razoabilidade e previsibilidade do dano, partindo da análise daquilo que comumente acontece na vida, isto é, do curso ordinário das coisas. Deste modo, para a teoria da causalidade adequada “uma condição deveria ser considerada causa de um dano quando, segundo o curso normal das coisas, poderia produzi-lo.”²¹⁴

Percebe-se que a base da teoria da causalidade adequada está pautada numa relação de condicionalidade acrescida de uma relação de adequação, pois “o fato a ser tido como determinante do dano há de ser sido uma das *conditiones sine quibus non* do resultado final” (relação de condicionalidade), sendo que, ainda, o “dano verificado é conseqüência normalmente previsível do fato que estiver em causa” (relação de adequação).²¹⁵

Nesse contexto torna-se necessário averiguar se seria possível prever, baseando-se nas regras da experiência comum, que o dano ocorreria. Acaso fosse previsível a ocorrência do evento danoso, este seria indenizável; caso contrário, em não sendo possível qualquer tipo de prognóstico os danos não seriam indenizáveis, pois eles só seriam produzidos em razão de circunstâncias extraordinárias, improváveis, fora do padrão das regras de experiência comum.²¹⁶

Desse modo, é através da denominada “*prognose retrospectiva*” que vai se perquirir se o dano era considerado uma conseqüência normalmente previsível do fato. Fala-se em prognose em razão de se tentar adivinhar, partindo-se de um determinado fato, o que poderia vir a acontecer como sua conseqüência. Ressalta-se, no entanto, que referida prognose será retrospectiva, porque o processo ocorrerá depois de já ter conhecimento do que aconteceu.²¹⁷

²¹³ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 600.

²¹⁴ “Essa condição seria a causa adequada do dano (e daí o nome da teoria); as demais condições seriam circunstâncias não causais”. NORONHA, Fernando, *id.*

²¹⁵ NORONHA, Fernando, *id.*

²¹⁶ NORONHA, Fernando, *id.*

²¹⁷ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 601.

Assim, caberá ao observador projetar-se no instante anterior àquele em que ocorreu o fato e tentar adivinhar, prognosticar se era previsível, de acordo com o curso ordinário das coisas, que o dano viesse a ocorrer. Se a resposta for negativa, isto é, se era imprevisível a possibilidade de o dano ocorrer, a causalidade restará excluída. Por outro lado, se era possível prever que em razão do fato praticado o dano poderia ocorrer, a causalidade será adequada.²¹⁸

Convém frisar que na prognose retrospectiva apenas os efeitos abstratos são considerados, isto é, considerando o fato em causa este possa ser vislumbrado como previsível. O nexo de causalidade existirá se os efeitos concretos ocorridos de forma efetiva coincidirem com os efeitos abstratos.²¹⁹

Pode-se afirmar que a teoria da causalidade adequada apresenta duas formulações fundamentais, uma positiva e outra negativa. A primeira estabelece que um fato será considerado causa adequada de um evento posterior ao propiciar a sua produção, isto é, o dano é uma conseqüência provável do fato. A segunda, a formulação negativa, sustenta que “causa adequada é a que, segundo as regras de experiência, não é indiferente ao surgir o dano”, isto é, a causalidade restará excluída quando se tratar de conseqüências estranhas ao fato.²²⁰

Para Fernando NORONHA a formulação negativa se demonstra mais adequada para a responsabilidade civil em sentido estrito pois “deixa clara a razão da subsistência do nexo causal mesmo quando outros fatos tenham contribuído para o evento danoso (...). Se alguém descarta o dever de guardar uma arma de ar comprimido e a empresta a menor que vem a causar dano a outrem, ainda continua existindo um nexo de causalidade adequada entre aquele fato e o dano sofrido pelo terceiro.”²²¹

²¹⁸ NORONHA, Fernando, *id.*

²¹⁹ NORONHA, Fernando, *id.*

²²⁰ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 602.

²²¹ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 604. O autor traz outros exemplos que se referem as hipóteses de danos indiretos, mas que se encontram ligados ao fato lesivo por um nexo de causalidade adequada: “Se uma pessoa atropelada ficou caída, inanimada, o furto de que tenha sido vítima, nessas condições, é ainda conseqüência adequada entre aquele fato. Igualmente o acidente ocorrido com o veículo que o depositário inadvertidamente entregou a terceiro ainda é conseqüência adequada do seu ato (...)”.

Ainda, para NORONHA, outra razão de a formulação negativa se demonstrar mais apropriada consiste no favorecimento que propicia à vítima, pois a prova do nexo de causalidade se torna mais fácil: “provada a condicionalidade, isto é, provada que o evento atribuído ao indigitado responsável foi uma condição do dano, fica presumida a adequação. Não se trata de uma presunção legal (não é determinada por uma norma jurídica), ela é meramente de fato, simples ou natural (isto é, tem por base aquilo que a vida nos ensina, o que normalmente acontece na vida real), mas nem por isso deixa de ser extremamente relevante.”²²²

Se a teoria da causalidade adequada revela-se mais apropriada para atender aos interesses e valores concernentes ao tema, não se pode concebê-la, todavia, de forma absoluta, ou como a solução para a resolução de toda a problemática que envolve o nexo de causalidade.

A determinação do nexo causal conduz à necessidade de se considerar quais são os danos que representam a consequência adequada do fato ocorrido. Todavia, estipular-se se todos os danos conduziram a obrigação de indenizar depende de outras considerações jurídicas, tão importantes quanto a determinação do nexo causal. De tal forma, a teoria da causalidade adequada tem como fim precípua delimitar até que ponto o agente deve ser responsabilizado.²²³

Por fim, convém ressaltar que a corriqueira confusão existente entre o nexo de causalidade e o nexo de imputação, em virtude de que para ambos os elementos a idéia de previsibilidade é comum. Consoante explica Fernando NORONHA,

A confusão acontece nos casos em que a previsibilidade serve tanto para afirmar a violação de uma regra de conduta (atuação culposa) como para determinar se os danos verificados foram causados pelo fato em questão. Assim, se alguém deixa o seu automóvel estacionado numa rua de grande cidade, não trancado e com a chave na ignição, ele certamente vai ser responsável pelos prejuízos a terceiros que sejam resultantes de acidente causado pelo ladrão que eventualmente se apossa do veículo: a conduta culposa do proprietário, que tinha a obrigação de prever a possibilidade do furto, é o nexo de imputação da responsabilidade, enquanto é ao nexo de causalidade que cabe determinar que danos nos podem ser considerados consequências adequadas daquela conduta.²²⁴

²²² NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 604/605.

²²³ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 609.

²²⁴ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 477. Pode-se aludir ainda às hipóteses de natureza excepcional, onde o sujeito é responsável em reparar os danos que não causou. “Por exemplo, a empresa de transporte de pessoas é responsável até por danos resultantes de

1.3.5. Lesão de bem protegido

Para que ocorra a reparação de um dano é elementar que este tenha atingido um bem protegido pelo ordenamento jurídico, isto é, que exista uma norma tutelando o bem que foi violado.

A incidência desse pressuposto da responsabilidade civil fundado na “lesão de um bem protegido pelo ordenamento”²²⁵ se mostra cada vez mais necessária na medida em que os argumentos para se delimitar o problema dos danos indenizáveis se mostram insuficientes.²²⁶

De tal modo, será através da análise da norma jurídica infringida que se determinarão quais são os valores e interesses tutelados, isto é, os danos que podem ser reparados e quais os sujeitos inseridos em seu âmbito de proteção.

Nesse contexto pode-se aludir ao princípio do *escopo da norma violada*²²⁷ ou da *relatividade aquiliana*.²²⁸

acidentes de trânsito causado por motorista de outro veículo e por culpa deste. Estas são hipóteses de responsabilidade independente de nexos causal e em que se pode falar de responsabilidade objetiva agravada”.

²²⁵ NORONHA, Fernando, *op.cit.*, p. 613.

²²⁶ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 613/614. “Há obrigações de indenizar em que nem sequer se exige um nexo de causalidade entre a atuação do responsável e o dano acontecido. É por isso que modernamente se começa apelando para o âmbito de proteção da norma, como mais um pressuposto da responsabilidade civil”.

²²⁷ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 614. “Um autor alemão, Rabel, já em 1936 sustentava que se deveria considerar a função de proteção de cada norma que impusesse o dever de ressarcir danos, para que se pudesse determinar quais seriam os suscetíveis de reparação. Esta idéia ganhou a adesão da generalidade dos juristas alemães do pós-guerra e, depois de convencer a jurisprudência alemã, conheceu rápida expansão por outros países não latinos, como a Suíça, a Holanda, a Inglaterra e os Estados Unidos: a determinação do âmbito de proteção da norma é que nos permitiria descobrir a efetiva finalidade desta e quais os interesses e pessoas que com ela se procuram tutelar. Tal determinação é que nos diria que danos, dentre todos os ligados ao fato por um nexo de causalidade adequada, seriam reparáveis, e ainda que pessoas, dentre todas as lesadas, teriam direito á reparação. Fala-se, a este respeito, no princípio, ou na teoria, do *escopo da norma violada*”.

²²⁸ “A designação “relatividade aquiliana” tem o inconveniente de fazer parecer que a teoria seria aplicável somente no âmbito da responsabilidade culposa, a única que pode ser apropriadamente designada de “aquiliana”. Por isso, e como ela se aplica também (e talvez sobretudo) no âmbito da responsabilidade objetiva, onde não se fala em atos ilícitos, parece que a designação mais adequada ainda é a que apela para o escopo da norma violada.” NORONHA, Fernando, *id.*

É através do princípio ou da teoria do escopo da norma violada que se dará pela ordem jurídica a delimitação do princípio da reparação, pois há determinadas normas que protegem certos danos e outros não, ou tutela determinadas pessoas e outras não.²²⁹

Será a partir da análise da norma jurídica que se poderá determinar quais os danos que serão reparados. Assim, a ação de reparação será reservada àquelas pessoas que a norma tutela tendo por objeto as lesões que ela desejava prevenir.²³⁰

Alude-se a três hipóteses de aplicabilidade da proteção de determinada norma: “primeiro (...) a obrigação de reparar todos os danos que possam ser considerados como consequência adequada do fato imputado ao responsável; segundo, a obrigação de reparar somente uma parte desses danos; terceiro, a obrigação de reparar mesmo danos que não possam ser considerados consequência adequada de fato praticados pelo responsável.”²³¹

Ressalta-se que muitos juristas não dão a devida atenção à teoria do escopo da norma violada, em razão de vigorar em nosso sistema jurídico a regra geral de reparação de todos os danos e a todas as pessoas atingidas.

No entanto, a aludida regra de reparação dos danos em geral não é concebida de forma absoluta, pois não é cabível ressarcimento a determinados tipos de danos, assim como em algumas hipóteses as pessoas não possuem direito à reparação pela lesão sofrida, desempenhando a teoria do escopo da norma violada a função de delimitar a reparação de qualquer tipo de dano e a todas as pessoas atingidas.²³²

²²⁹ NORONHA, Fernando, *id.*

²³⁰ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 615.

²³¹ NORONHA, Fernando, *id.*

²³² NORONHA, Fernando. *op. cit.*, p. 616. Afirma o autor: “a teoria do escopo da norma tem um âmbito de aplicação bastante restrito, mas que não justifica seja ignorado. Mesmo que o escopo da norma atualmente tenha uma função essencialmente negativa, de exclusão da reparação de determinados danos, este pressuposto da responsabilidade civil é importante para se compreenderem diversas soluções legais. Assim, só o não cabimento no âmbito de proteção das normas tidas como em vigor podia explicar por que razão a reparação dos danos morais era objeto de grande contestação, até tempos recentes. E ainda hoje, em que finalmente se reconhece que todos os danos extrapatrimoniais devem ser reparados, com que fundamento, senão o do escopo que se atribui às normas em vigor, se continua negando que, apesar dessa ampla reparabilidade, não possam ser reparados os danos morais sofridos pelos parentes próximos da vítima, salvo quando este tenha falecido? E no caso de a vítima ter falecido, como justificar que somente familiares próximos possam invocar a dor que

Justificando a aplicabilidade da teoria do escopo da norma, pode-se usar como exemplo de limitação à obrigação de indenizar hipóteses típicas em matéria de responsabilidade civil concernentes a supostos danos morais decorrentes em razão de transtornos, aborrecimentos ou contratemplos que sofre o homem no seu dia-a-dia, absolutamente normais na vida de cada um, tais como mudanças de escalas ou atrasos nos vôos comerciais.

Em matéria de danos extrapatrimoniais se revela evidente e necessária a aplicação do princípio do escopo da norma eis que, como se sabe, num primeiro momento entendia-se pela não reparabilidade do referidos danos, concebendo-se que apenas os danos patrimoniais possuíam a proteção no âmbito da norma. Atualmente, contudo, se a reparação dos danos extrapatrimoniais tornou-se certa em nosso ordenamento, deve-se frisar que a teoria do escopo da norma continua se aplicando, na medida em que o âmbito de tutela da norma compreende a reparação de danos extrapatrimoniais apenas àquelas pessoas pertencentes ao restrito círculo familiar do lesionado.²³³

Em síntese, pode-se concluir que é através da teoria do escopo da norma que o ordenamento limita quais os danos e as pessoas inseridas no âmbito da tutela normativa.

1.4 A responsabilidade civil e as codificações no Direito brasileiro

sofram? Figuremos um outro exemplo simples, em que ainda hoje fica patente a limitação da obrigação de indenizar em razão do escopo da norma. Se um pedestre atropelado é abandonado na estrada e, ficando em estado de inconsciência, é vítima de um furto, o causador do acidente será, sem dúvida, responsável não só pelas lesões corporais, como também pelo dano decorrente do furto; se essa pessoa não tiver dado causa ao acidente (por exemplo, se este foi devido a fato da própria vítima), o motorista interveniente, que tinha a obrigação de transportá-lo a lugar onde pudesse ser assistido, será responsável pelo furto e pelo eventual agravamento das lesões. Se, porém, é terceiro que passa e omite a prestação de socorro, ele será civilmente responsável apenas pelo eventual agravamento das lesões, mas não pelo posterior furto. É que embora o furto ainda seja conseqüência adequada da situação de abandono do sinistrado, que é da responsabilidade tanto do causador do acidente como de quem negou socorro, a verdade é que a responsabilidade civil (e até penal, quando estejam presentes os pressupostos tipificados no art.135 do Cód. Penal) do terceiro que omite socorro tem por finalidade salvaguardar a saúde da vítima, não os seus bens: neste caso, a responsabilidade tem de se restringir aos eventos danosos (...).²³³

NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 617.

²³³

O Código Civil de 1916, em matéria de responsabilidade civil, recebeu influências diretas do Código Civil francês em relação à teoria clássica da culpa, acolhida em parte pelo artigo 159.²³⁴

Referido dispositivo estabeleceu uma cláusula geral da responsabilidade subjetiva que previa: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Note-se que o fundamento da culpa, concebido pelo Código de 1916, retratava os valores da dogmática oitocentista ao conceber a culpa como um "fato moralmente imputável", caracterizando a vontade plena da pessoa tal como o dogma da autonomia da vontade.²³⁵

Desse modo, através do art.159 do Código Civil tínhamos os denominados pressupostos da responsabilidade subjetiva, sendo que seus efeitos eram previstos em Título referente à eficácia das obrigações derivadas de atos ilícitos (arts. 1518 a 1532) e da Liquidação das Obrigações (arts. 1533 a 1553).

Consistindo o artigo 159 no princípio-geral da não-responsabilidade sem culpa, em nosso ordenamento o legislador não concebeu de forma absoluta referida regra, admitindo formas de responsabilidade sem culpa. Apesar disso, afirma-se que poderia ter ido além, porquanto em 1916 o direito brasileiro já conhecia regras mais modernas, inspiradas mais de perto "nas sólidas bases da justiça e da equidade do que na idéia de culpa tal como posta na teoria clássica."²³⁶

Fato é que o Código Civil de 1916, ao eleger a culpa como fundamento da obrigação de indenizar, ainda que houvesse exceções, filiou-se à teoria da responsabilidade subjetiva, que passou a ser a regra geral em nosso ordenamento, cabendo à responsabilidade objetiva cuidar daquelas hipóteses específicas em que

²³⁴ José de Aguiar DIAS afirma que "o nosso direito, em tese adota o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade", mas como afirma Alvaro LIMA "nem por isso deixou de abrir exceção ao princípio, admitindo casos de responsabilidade sem culpa". *Da responsabilidade civil, op. cit.*, p. 47. Nesse sentido os artigos 1540, 1519 e 1520 Código Civil de 1916 representavam formas de reparação independente da idéia de culpa (legítima defesa, estado de necessidade).

²³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil, op. cit.*, p. 42.

²³⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *ibid.*, p. 41.

a teoria tradicional demonstrou-se insuficiente, conforme salienta Caio Mário da Silva PEREIRA:

A culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expõe o lesado ao risco do dano que sofreu. (...). Não obstante o grande entusiasmo que a teoria do risco despertou nos meios doutrinários, o certo é que não chegou a substituir da culpa nos sistemas jurídicos de maior expressão. O que se observa é a convivência de ambas: a teoria da culpa impera como direito comum ou a regra geral básica da responsabilidade civil e a teoria do risco ocupa os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados.²³⁷

Nesse contexto em que a responsabilidade subjetiva era a regra geral, a responsabilidade objetiva foi sendo admitida gradativamente, de acordo com os casos expressamente previstos em lei, sendo destacável o Decreto Legislativo n.º 2.681, de 07 de dezembro de 1912, apontado como o primeiro caso de responsabilidade civil fundada na teoria do risco.

Segundo previa o art. 26 do referido Decreto, a empresa ferroviária seria responsável por todos os danos que a exploração de suas linhas viessem a causar aos proprietários marginais, desde que comprovado o nexo causal entre a exploração da linha e o evento danoso ao proprietário marginal, independente de conduta culposa. Convém frisar que o art. 26, na sua segunda parte, previa a exclusão da responsabilidade da empresa ferroviária acaso o evento danoso tivesse como causa direta um fato praticado por proprietário de edificações, plantações, escavações, depósito de materiais ou guarda de gado à beira das estradas de ferro.²³⁸

O acidente de trabalho foi outra hipótese de aplicação da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, que teve início com a previsão do Decreto n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919, seguido do Decreto n.º 24.637, de 10 de julho de 1934. Continuou com o Decreto-lei n.º 7036, de 10 de novembro de 1944, assim como através da Lei n.º 5316, de 14 de setembro de 1967, regulamentada pelo Decreto n.º 61.784, de 28 de novembro de 1967.²³⁹

²³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. II.

²³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, op. cit., p. 151.

²³⁹ “A partir de 1967 a reparação do dano decorrente de acidente no trabalho vem sendo coberta por um seguro coletivo a cargo do empregador, pelo quê se transfere para o segurador - no caso, o INSS – o encargo de efetuar a indenização, independentemente de qualquer decisão

Pode-se destacar ainda, dentre os casos de responsabilidade objetiva, a responsabilidade civil do Estado que passou a ser objetiva a partir da Constituição de 1946, fundada no risco administrativo. Atualmente, a Constituição Federal prevê em seu artigo 37, §6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Ressalta-se que há inúmeros outros casos de aplicação de responsabilidade civil objetiva que foram gradativamente sendo inseridas em nosso ordenamento jurídico de forma a solucionar o problema da reparação de danos de modo condizente às necessidades da realidade social e jurídica de cada momento histórico.²⁴⁰

Todavia, foi por intermédio do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) que a responsabilidade civil objetiva, consagrada em vários de seus dispositivos, passou a ser aplicada no âmbito das relações consumeiristas.

O Código de Defesa do Consumidor surgiu da preocupação do legislador constituinte em implantar uma “Política Nacional de Relações de Consumo” que tivesse como fim precípua tutelar os interesses dos consumidores. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 inseriu a defesa dos consumidores entre os direitos e

sobre a culpa. O empregado tem apenas que provar a relação de emprego, o dano decorrente do acidente e que o mesmo ocorreu no trabalho ou por ocasião em que para ele ia ou dele vinha. A Constituição de 1988 tratou do acidente de trabalho no inciso XXVIII do seu art. 7º, sendo que, atualmente, a matéria esta disciplinada pela Lei n. 8213, de 24 de julho de 1991, regulamentada pelo Decreto n. 2172, de 5 de março de 1997. Registre-se, ainda que serve de fundamento para a indenização por acidente de trabalho a teoria do risco integral, de sorte que nem mesmo as causas de exclusão do nexo causal - culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior - afastam o direito do obreiro, desde que o evento tenha se dado no trabalho ou em razão dele. Havendo dolo ou culpa do empregador, o acidentado fará também jus à indenização comum ilimitada, consoante o art. 7º, XXVIII da Constituição Federal”. CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 152.

240

Pode-se ainda citar a previsão da responsabilidade objetiva para o caso de seguro obrigatório de responsabilidade civil para os proprietários de veículos automotores previsto inicialmente na Lei n.6194 de 19 de dezembro de 1974. O Código de Mineração (Decreto-lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967) prevê em seu art.47, inciso VIII a responsabilidade objetiva. A Lei n. 6938/1981 que trata dos danos causados ao meio ambiente prevê em seu art. 14, §1º “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.”

garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXII) e, ainda, como um dos princípios gerais da Ordem Econômica (art. 170, inciso V).²⁴¹

O objetivo de proporcionar a defesa dos consumidores estava inserido na idéia de restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo, profundamente abaladas pelo “descompasso entre o social e o jurídico.”²⁴² Como afirma João Calvão da SILVA, “o ideário liberal individualista era hostil ao consumidor; erguia-se como verdadeiro dique à proteção de seus interesses.”²⁴³

A vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, seja por sua desvantagem técnica ou jurídica, levou o legislador a formular novas diretrizes teóricas visando a sua proteção, inclusive

(...) uma nova concepção de contrato – um conceito social, no qual a autonomia da vontade não é mais o seu único e essencial elemento, mas também, e principalmente, os efeitos sociais que esse contrato vai produzir e a situação econômica e jurídica das partes que o integram. Ainda em razão dessa vulnerabilidade, o Estado passou a intervir no mercado de consumo ora controlando preços e vedando cláusulas abusivas, ora impondo o conteúdo de outras e, em certos casos, até obrigando a contratar, como no caso dos serviços públicos. Ao juiz foram outorgados poderes especiais, não usuais no Direito tradicional, que lhe permitem, por exemplo, inverter o ônus da prova em favor do consumidor, desconsiderar a pessoa jurídica, nulificar de ofício as cláusulas abusivas, presumir a responsabilidade do fornecedor até prova em contrário, e assim por diante.²⁴⁴

De tal modo, pode-se perceber que a aplicação da responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo teve como fundamental objetivo facilitar a defesa dos direitos dos consumidores afastando o fundamento da culpa como pressuposto necessário à fixação da obrigação de indenizar.

Nesse sentido, aduzem Cláudia Lima MARQUES, Antônio Herman V. BENJAMIN e Bruno MIRAGEM: “Em matéria de responsabilidade civil, o principal valor a ser protegido pelo direito deve ser o efetivo e rápido ressarcimentos das vítimas. O CDC, para alcançar este fim, afasta-se do conceito de culpa e evolui, no

²⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 461.

²⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio, *id.*

²⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *id.*

²⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *ibid*, p. 462.

art. 12, para uma responsabilidade objetiva, do tipo conhecido na Europa como responsabilidade “não culposa.”²⁴⁵

O Código Civil de 2002, visando acompanhar as profundas modificações sofridas pela responsabilidade civil ao longo do século XX, trouxe uma nova estrutura para regular o assunto. Como afirma Judith MARTINS-COSTA, “ao regular a responsabilidade civil o Código traça modelo aberto, e axiologicamente orientado pelo respeito à pessoa, “valor-fonte” do Ordenamento, e por princípios dotados de elevada densidade ética, que visam tutela aspectos atinentes a esse “valor-fonte.”²⁴⁶

Foi precisamente na estrutura de regulamentação da responsabilidade civil que se deu uma importante inovação, eis que agora as condições de ilicitude encontram-se na chamada “Parte Geral” do CC, mais propriamente nos artigos 186 e 187. A obrigação de indenizar ganhou autonomia, sendo atualmente prevista nos artigos 917 a 943, sendo já a temática relativa à indenização tratada separadamente nos artigos 944 a 954.

Percebe-se, assim, que a autonomização da obrigação de indenizar é de grande importância, na medida em que “se reúne, num único instituto, os princípios relativos aos efeitos da responsabilidade civil, que são comuns às suas várias modalidades (contratual, extracontratual, pré-negocial, pós-negocial, subjetiva, objetiva).”²⁴⁷

Destacam-se dessa nova estrutura: o parágrafo único do artigo 928, que estabelece o princípio da equidade na hipótese de dano causado por incapaz; o parágrafo único do artigo 944, que refere o princípio da proporcionalidade; o artigo 945, sobre o princípio da gravidade da culpa concorrente da vítima; os artigos 948 a 954, que estabelecem regras especiais a certos tipos de danos e, por fim, a cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco, prevista no parágrafo único do artigo 927.

²⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima,. BENJAMIN, Antônio Herman V e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º ao 74: aspectos materiais*, p. 223/224.

²⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, v. V, p. 74.

²⁴⁷ Judith MARTINS-COSTA, *id.*, afirma que “A importância desta estrutura é intensa. Marquemos o significado da autonomização da obrigação de indenizar, que encontra paralelo no Código Civil português. Como assinala Almeida Costa, em referência ao Código Português, “trata-se de uma importante novidade de ordem sistemática”.

Para Judith MARTINS-COSTA a cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco, prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, está assentada na noção de estrutura social:

No seu parágrafo único (do art. 927), o Código institui espécie de cláusula geral de responsabilidade objetiva ao determinar o nascimento do dever de indenizar, independentemente de culpa, não apenas nos casos especificados em lei, mas também quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. No substrato dessa norma está a noção de estrutura social, tão cara a Miguel Reale, entendendo-se por esta um todo de valorações, determinado pela polarização de uma valoração-matriz, incompreensível em termos de mera causalidade, ou de puras relações formais. Assim é que, transposta ao plano da dogmática da responsabilidade civil, esta noção permite afirmar: Se aquele que atua na vida jurídica desencadeia uma estrutura social que, por sua própria natureza, é capaz de pôr em risco os interesses e os direitos alheios, a sua responsabilidade passa a ser objetiva e não mais apenas subjetiva. Em outras palavras, é a noção metajurídica de atividade normalmente exercida pelo autor do dano, que implique risco, a ser necessariamente concretizada pelo intérprete, que definirá qual o regime aplicável à responsabilidade, constituindo essa norma, ao meu ver, a projeção, neste domínio, da diretriz da solidariedade social.²⁴⁸

Se para alguns autores²⁴⁹ o Código Civil de 2002 trouxe importantes transformações no campo da responsabilidade civil, para outros juristas, todavia, tratar-se-ia de um novo Código que, no concernente à responsabilidade civil, já nasceu velho.

Assim, segundo NORONHA, o Código Civil de 2002 deixou de regulamentar algumas situações que eram deixadas a cargo da jurisprudência e, ainda, consagrou soluções em determinados assuntos que certamente prevaleciam nos tribunais de 1975, mas que foram superadas posteriormente.²⁵⁰ Por outro lado, afirma que apesar das deficiências do Código atual, é certo que representa um grande avanço

²⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil, op. cit.*, p. 75.

²⁴⁹ Autores mais otimistas como Judith Martins-Costa que alude a várias inovações do novo Código como já nos referimos. Ou, ainda, como Sérgio CAVALIERI FILHO que acredita que o Código Civil de 2002 trouxe profundas transformações em matéria de responsabilidade civil visando ajustar-se à evolução ocorrida ao longo do século XX. *Programa de responsabilidade civil, op.cit.*, p. 159.

²⁵⁰ Alude o autor a hipótese de responsabilidade puramente objetiva dos pais pelos atos danosos de seus filhos, que no final do século XX já se demonstrava ultrapassada e que o nosso Código vigente retoma conforme os artigos 932, inciso I e 933. NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 549.

sobre o Código Civil de 1916, sendo possível que as omissões do referido dispositivo venham a ser supridas ao longo do tempo: “é preferível ter lacunas na lei do que ter de lutar contra regras inadequadas. As lacunas na lei não de estimular os juízes, sobre cujos ombros continuará recaindo a tarefa de encontrar as soluções normativas em falta, a criar o direito de que a sociedade carecer.”²⁵¹

²⁵¹

Para Fernando NORONHA, *op. cit.*, p. 551, “os dados históricos mostram que as grandes fases de evolução do direito se deram em países que não dispunha de normas estabelecidas em leis e durante situações caracterizadas por grandes mudanças sociais, como foram o Império Romano ao tempo da construção *jus gentium* (que no final veio a constituir o substrato desse monumento jurídico que foi o Direito Romano) e os países da Confederação Germânica do século XIX, depois unidos dentro do Império Alemão, que foram o caderinho imprescindível para o florescimento da Escola Pandectística, a partir de um “direito comum” que, por não existir outro, era basicamente o velho direito romano das *Pandectas*. É profundamente verdadeiro o aforismo que proclama que com bons juízes todas as leis são boas.”.

CAPÍTULO 2 O DANO

As teorias que conceituam o dano sustentam que se trata de um pressuposto inafastável da responsabilidade civil, visto que sem o dano não há que se falar em indenização.²⁵² Como afirma Sérgio CAVALIERI FILHO, “o dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houve dano.”²⁵³

Precisamente por ser o dano o “grande vilão” da responsabilidade civil, é necessária especial atenção na sua análise, enfocando-se diretamente as conseqüências oriundas do seu cometimento, e, assim, tornando-se viável compreender-se o papel desempenhado pelas atuais funções da responsabilidade civil.

Demonstrando a pertinência do estudo do dano no âmbito do sistema jurídico brasileiro, assenta Judith MARTINS-COSTA:

Vazado em termos amplíssimo e incidente em todo o ordenamento, espraindo-se por todos os “ramos” do Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser densificado, tornando-se concreto e operativo em particulares domínios de casos. O campo dos *danos à pessoa* é exemplar, pela excelência do tratamento dado Código ao instituto da responsabilidade civil. Conectando-se este instituto ao princípio constitucional, às cláusulas gerais e regras objeto do novo Código, e ainda operando-se a ligação com instrumentos de índole processual, poderá ser viabilizada a permanente e crescente reconstrução do modelo jurídico da responsabilidade civil por danos à pessoa, ou danos aos direitos de personalidade.²⁵⁴

2.1 Danos às pessoas e às coisas

2.1.1 Virada no eixo da responsabilidade civil: reparação civil por danos à pessoa

No atual cenário brasileiro, ao se aludir à chamada *constitucionalização* do direito civil, os danos à pessoa configuram-se idéia essencial na medida em que o

²⁵² MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*, *op. cit.*, p. 144.

²⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 89.

²⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, *op. cit.*, p. 126.

núcleo central do sistema deixa de ser o patrimônio para voltar-se à “reconstrução do conceito de pessoa,”²⁵⁵ que permeia a própria (re)compreensão do Direito Privado e que passa a ser concebida em suas relações existenciais de forma concreta.²⁵⁶

Nesse sentido afirma Pietro PERLINGIERI:

Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos “interesses da personalidade no direito privado”; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não como uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados; permitir-se-ia o funcionamento de um sistema econômico misto, privado e público, inclinado a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça.²⁵⁷

A Constituição Federal brasileira de 1988 (artigo 1º, inciso III) consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República,

²⁵⁵ “Pessoa, sujeito, personalidade são palavras que têm diversas conotações no tempo e no espaço. No discurso pandectista do século XIX, a palavra “sujeito” depreendeu-se das subjetividades que mais tarde a psicanálise viria revelar e conotou-se a uma idéia externa, objetividade, por assim dizer, a idéia de um “sujeito” que é visto tão-só como “termo” ou “elemento” da relação jurídica, como aquele que pode (é capaz de) ser titular de direitos, atuando na ordem jurídica. Sujeito que é privilegiadamente o “indivíduo”, porque não mais definido pela pertença a um grupo, casta, classe, família, status, porque apartado (dividido) de um todo, de uma comunidade que o ultrapassa: significações reveladoras da “lógica proprietária”, que revestiu a própria idéia de pessoa humana. (...) Submergida a idéia de “pessoa” na da “indivíduo” (ao senso “egoísta do termo) e não-visualizada a de “personalidade” pela preeminência do conceito técnico de “capacidade”, traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o “ser pessoa” como o “ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações”. Em outras palavras, instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torna-la mero instrumento da técnica do Direito. (...) A barbárie do século XX – o totalitarismo estatal, econômico ou científico – teve como contrapartida a afirmação do valor da pessoa como titular da sua própria esfera de personalidade, a qual, antes de ser vista como mero suposto do conceito técnico de capacidade, fundamenta-se no reconhecimento da dignidade própria à pessoa humana. Esta é a “novidade” que tem, para o Direito, o princípio da dignidade da pessoa. Como explica Bernard Edelman, embora a palavra “dignidade” fosse há muito conhecida e a idéia de uma dignidade própria ao homem remonte à filosofia de Kant, a idéia da existência de uma proteção jurídica que é devida em razão da dignidade liga-se fundamentalmente a um duplo fenômeno; à barbárie nazista (que fez alcançar a idéia de crimes contra a humanidade no Tribunal de Nuremberg) e à biomedicina”. MARTINS-COSTA, Judith, *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, p. 24-25.

²⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *ibid.*, p. 22.

²⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 34.

configurando-se tal dispositivo verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa,²⁵⁸ visto que embasa a proteção da totalidade dos direitos humanos qualificados como primordiais em nosso ordenamento jurídico-constitucional.²⁵⁹

O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana consiste, além do “ser da pessoa”, a “humanidade da pessoa”, vale dizer, considera a pessoa numa perspectiva de pertinência ao gênero humano. Assim, “se todos os seres humanos compõem a humanidade é porque todos eles têm esta mesma qualidade de dignidade no plano da humanidade; dizemos que eles são todos humanos e dignos de o ser.”²⁶⁰

Ressalta-se que referido princípio não representa uma “vazia expressão” como pensam os legalistas, mas sim um “princípio estruturante da ordem constitucional”, que fundamenta todo o ordenamento jurídico. Como explica Judith MARTINS-COSTA: “(...) a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o 'valor fonte' que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico.”²⁶¹

²⁵⁸ Nesse sentido alude Gustavo TEPEDINO: “A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim um processo de verdadeira inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado”. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, v. 2, p. vi.

²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*, p. 10.
 “No que concerne especificamente ao Direito Civil, o princípio da dignidade da pessoa humana tem permitido a reconstrução do conceitual do termo “pessoa” em larga medida com base no fato de as “Constituições do século XX” o terem posto – ou deixado suposto – como princípio estruturante da ordem constitucional. É indiscutível que a atual ênfase numa esfera de valores existenciais da pessoa deve-se, entre outros fatores, à compreensão do papel desempenhado pelos princípios constitucionais no Direito Civil na medida em que estes, para além de constituírem normas jurídicas atuantes nas relações de Direito Público, têm incidência especial em todo o ordenamento e, nesta perspectiva, também no Direito Civil, disciplina das relações jurídicas travadas entre os particulares entre si”. MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação*, op. cit., p. 25-26.

²⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith, *ibid.*, p. 25.

²⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith, *id.*

Diante da nova perspectiva que fundamenta a idéia de pessoa humana, Fernando NORONHA propõe a classificação de dano voltado para duas categorias essenciais, o dano à pessoa e o dano às coisas:

A distinção entre danos à pessoa e a coisas deve ser considerada a mais importante classificação dos danos, porque nos mostra todos os prejuízos que são suscetíveis de gerar responsabilidade civil. Esta classificação que separa danos à pessoa e a coisas não era feita nas análises tradicionais da responsabilidade civil. Até tempos relativamente recentes, em que a preocupação fundamental do ordenamento jurídico era com a atividade econômica, os danos à pessoa humana, considerada em si mesma, danos as coisas e danos patrimoniais, por um lado, e danos pessoais e extrapatrimoniais, por outro. Hoje, porém, em que se reconhece ao ser humano uma iminente dignidade, no desenvolvimento da ética sistematizada por Kant no final do século XVIII e conhecida como personalismo ético, e em que as próprias constituições destacam a importância da tutela da pessoa (assim, entre nós é princípio fundamental o Estado Democrático de Direito a proteção da dignidade da pessoa humana, como está expresso logo no art. 1º, III, da Constituição Federal), assume especial relevo a tutela da integridade física, psíquica e moral da pessoa, com o conseqüente reconhecimento do direito à reparação por todos os danos resultantes de atos ou fatos que atentem contra ela. Se a pessoa humana é um dos valores a tutelar pelo ordenamento jurídico, é plenamente justificado que se dê especial relevância aos danos pessoais.²⁶²

Pode-se perceber, nesse sentido, a passagem dos fenômenos da despatrimonialização para a repersonalização,²⁶³ quando a reparação do dano começa a ser analisada sob a perspectiva de reparação civil dos danos à pessoa, categoria que se mostra pertinente aos valores erigidos em nossa realidade social e que se afasta da noção patrimonial para embasar suas relações existenciais.²⁶⁴

Nessa linha sintetiza Eroulths CORTIANO JÚNIOR:

²⁶² NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 558.

²⁶³ O fenômeno da repersonalização recoloca “o indivíduo como ser coletivo, no centro dos interesses, e sempre na perspectiva da igualdade substancial. (...). A repersonalização tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade”. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 16-17 e 231-232. “A repersonalização envolve diretamente o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser protegido, e a guiar a aplicação e interpretação de toda ordem jurídica. Este é o material pré e metajurídico, e agora jurídico, que vai informar a renovação do direito privado”. CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*, *op. cit.*, p. 173-174.

²⁶⁴ É importante ressaltar que quando aduzimos que o núcleo do sistema deixou de ser o patrimônio e passou a ser a pessoa, não se quer sustentar que o patrimônio tenha esvaziado seu valor, pelo contrário, ele continua existindo, mas passa a ser utilizado como forma de se garantir as aspirações elementares da pessoa humana concretamente considerada.

A despatrimonialização refere-se a uma escolha, operada pelo ordenamento, que reflete a tendência normativo-cultural de dar maior prevalência aos valores existenciais em face dos valores patrimoniais. (...) Além disso, a repersonalização do direito toma sentido quando toda a comunidade se envolve numa existência plural – pluralidade humana, política, social – e convive solidaristicamente. A relação com o outro e com os outros é essencial para a realização pessoal do homem, que não só vive, mas convive.²⁶⁵

2.1.2 A caracterização dos danos à pessoa

Os danos à pessoa se caracterizam como aqueles que afetam o ser humano em sua integridade psicossomática e existencial, abrangendo o “dano biológico”, o “dano à saúde”, o “dano ao projeto de vida” e o “dano moral em sentido estrito”. Ressalte-se que, muito embora exista uma tentativa de se defini-los, “os danos à pessoa constituem *fattispecie* em construção”.²⁶⁶

Convém frisar que os danos à pessoa podem surgir em razão contratual ou extracontratual e se qualificam como danos extrapatrimoniais que afetam a esfera de humanidade da pessoa, mas que também podem incidir em sua esfera patrimonial, isto é, de um mesmo fato gerador pode surgir conseqüências extrapatrimoniais e patrimoniais.²⁶⁷

A Itália foi pioneira em sistematizar os direitos de personalidade no seu Codice Civile (arts. 5 a 10, Livro I, Título I). No entanto, não obstante ter sido o primeiro país a desenvolver a expressão “danos à pessoa”, assim como “dano à saúde” e “dano biológico”, tal avanço se deu em razão da necessidade de superar a “norma de clausura” prevista no art. 2059 do referido Codice Civile, “segundo a qual a responsabilidade não-patrimonial é admitida “solo nei casi determinati dalla legge”, permitindo-se, assim, a indenizabilidade somente quando o dano seja conseqüência de um fato que tipifique um crime.”²⁶⁸

²⁶⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*, op. cit., p. 171/172.

²⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, op. cit., p. 27-28.

²⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith, *ibid.*, p. 28. A denominada cumulação objetiva “consagrada, no Direito brasileiro, por meio da Súm. 37 do STJ, pela qual são cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”.

²⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith, *id.*

No Direito brasileiro, ao contrário do sistema italiano, não há limitação ao reconhecimento do dano moral, em razão de a matéria estar prevista através de cláusulas gerais²⁶⁹ que permitem a construção de novas formas de danos à pessoa, tornando o sistema de reparação civil mais efetivo.²⁷⁰

Os danos à pessoa, assim, se caracterizam como aqueles que afetam valores ligados à própria pessoa da vítima, em seus aspectos físico, psíquico e moral. Já os danos às coisas afetam objetos do mundo externo, sejam esses materiais ou corpóreos.²⁷¹

Na diferenciação entre danos à pessoa e às coisas se toma em consideração a esfera jurídica em que o dano se reflete e não o fato lesivo considerado. Assim, v.g., “de um mesmo fato, por exemplo, um acidente de trânsito, podem resultar danos materiais (destruição do veículo) e pessoais (lesões nas pessoas transportadas).²⁷²

Normalmente os danos à pessoa se caracterizam por ofensas aos direitos de personalidade, o que não quer dizer que não possam ter outras origens, como o sofrimento pela morte de familiares ou, ainda, a destruição de coisas, dentre outros. Nesse sentido, Limongi FRANÇA propõe uma classificação tripartida para os direitos

²⁶⁹ Podem ser citadas algumas cláusulas gerais que regulam a responsabilidade civil em nosso ordenamento, como o art. 1º, inciso III e art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal; o art. 6º, incisos VI e VII da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor); o art. 186 (responsabilidade subjetiva) e o art. 927 (responsabilidade objetiva) do Código Civil, dentre outros.

²⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*. *op. cit.*, p. 30/31, esclarece que muito embora o nosso ordenamento preveja cláusulas gerais para o reconhecimento do dano moral “a jurisprudência brasileira foi extremamente tímida, não desenvolvendo todos os casos de reparação”. E, continua: “(...) a admissibilidade geral dos danos à pessoa só foi assentada após a vigência da Constituição de 1988, em razão da expressa previsão de seu art. 5º, V e X, desenvolvendo-se com intensidade – e até com certos exageros, sempre devidos à novidade – após a previsão do Código de Defesa do Consumidor. (...) Mesmo após a Constituição, porém poucos são os acórdãos que buscam no princípio da dignidade da pessoa humana a fonte para a criação de novos casos ou para operar a ponderação de valores quando conflitantes os princípios e as garantias constitucionais, ante os constantes atentados verificados, na ordem prática, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana”. No mesmo sentido afirma Carlos Alberto BITTAR: “Não se pode, no entanto, dizer o mesmo da jurisprudência, que vacilou, em certas oportunidades, diante de casos concretos em que se apresentaram lesões a aspectos da personalidade humana, especialmente em nosso país”. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, p. 73.

²⁷¹ NORONHA, Fernando. *op. cit.*, p. 557.

²⁷² NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 558.

da personalidade, à qual de certo modo todos os danos à pessoa estariam ligados: direito à integridade física, intelectual e moral.²⁷³

Desse modo, os danos físicos ou corporais seriam aqueles em que há violação à integridade corporal, ou seja, “aos componentes materiais da estrutura humana, como o corpo, os órgãos, os membros e a imagem corpórea”. Os danos psíquicos seriam aqueles que ofendem a integridade psíquica, isto é, “os atributos do intelecto e do sentimento que constituem os elementos intrínsecos, ou íntimos, da personalidade”. Por último, o dano moral seria aquele que “atenta contra o conceito que a coletividade tem da pessoa, isto é, que viola elementos valorativos (ou virtudes) da pessoa, como ser social.”²⁷⁴

Todavia, sustenta Fernando NORONHA que no âmbito da responsabilidade civil “a distinção entre danos físicos, psíquicos e morais não tem interesse maior, porque ela não corresponde às diferenças de tratamento jurídico que é possível registrar dentro da multiplicidade de danos à pessoa que encontramos na vida real.”²⁷⁵

Assim sendo, a classificação mais adequada seria aquela que analisa diferenças pontuais dentro dos danos à pessoa e que recebe tratamento jurídico distinto, propondo NORONHA uma forma de repartição diversa na qual os *danos à pessoa* são divididos em duas categorias: uma referente aos *danos corporais, à saúde, ou biológicos* e outra referente aos *danos anímicos ou morais em sentido estrito*.²⁷⁶

Os *danos corporais, à saúde ou biológicos* “são aqueles que atingem o suporte vivo, a integridade físico-psíquica da pessoa, abrangendo desde as lesões corporais até à privação da vida, passando pelas situações em que as pessoas ficam incapazes de experimentar sensações, ou de entender e querer, devido a lesões no sistema nervoso central (patologias neurológicas e psiquiátricas).”²⁷⁷

²⁷³ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 558-559.

²⁷⁴ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p., 559.

²⁷⁵ NORONHA, Fernando, *id.*

²⁷⁶ NORONHA, Fernando, *ibid.*, p. 560.

²⁷⁷ Fernando NORONHA, *id.*, critica a designação “dano biológico” afirmando que biologia “é o estudo dos seres vivos e das leis da vida”, não sendo propriamente a matéria que se estuda aqui. E, apesar do uso de referida designação já ter sido consagrado juridicamente, “importa

Os *danos morais stricto sensu*, por sua vez, são apenas os *danos anímicos*, isto é, “serão todas as ofensas que atinjam as pessoas nos aspectos relacionados com os sentimentos, a vida afetiva, cultural e de relações sociais; eles traduzem-se na violação de valores ou interesses puramente espirituais ou afetivos, ocasionando perturbações na alma do ofendido.”²⁷⁸

2.1.3 Danos à pessoa como espécie de dano extrapatrimonial

Cabe aqui ressaltar que os danos à pessoa e os danos às coisas podem ou não ocasionar perdas patrimoniais para a vítima, não sendo possível confundir referida classificação com a de danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Pode-se afirmar, pois, que os danos à pessoa consistem em fonte ou espécie de danos extrapatrimoniais, mas não devem ser confundidos com estes.

Nesse sentido afirma Sérgio SEVERO:

Porém, deve-se ressaltar que a importância dos direitos da personalidade muitas vezes conduziu a equívocos, não só no sentido de considerá-los um *tertium genus*, como também no de reduzir os danos extrapatrimoniais, às lesões dos direitos da personalidade. Nem uma nem outra assertiva é verdadeira. A proteção cível dos direitos da personalidade encontra-se inserida na esfera dos danos extrapatrimoniais, é uma de suas espécies; não é, portanto, um gênero autônomo, nem, muito menos, a síntese dos interesses não econômicos juridicamente protegidos.”²⁷⁹

Segundo Judith MARTINS-COSTA,

Entendo efetivamente que, sendo mais ampla, a expressão “danos extrapatrimoniais” inclui, como subespécie, os danos à pessoa ou à personalidade, constituído pelos

reconhecer que a designação seria mais adequada para descrever os danos causados a outros seres vivos, para além do homem, mesmo que estes só sejam juridicamente relevantes, importa também ter presente, na medida em que se repercutam sobre a qualidade de vida dos seres humanos, ou sobre os sentimentos e outros aspectos anímicos destes (*omne jus hominum causa constitutum est*, todo o direito é constituído por causa do homem); assim entendidos, tais danos não deixam de ser um tipo específico de danos a pessoas, cabendo entre os transindividuais. Por outro lado, também a designação “dano corpóreo” é suscetível de crítica, por que ele, além da integridade física, pode atingir a psíquica. Melhores designações, mas que ninguém usa, ainda seriam a de danos físico-psicológicos, ou psicofisiológicos, ou simplesmente psicofísicos”.

²⁷⁸ NORONHA, Fernando, *id.*

²⁷⁹ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, p. 47.

danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde ou danos à integridade psicofísica, inclusos os “danos ao projeto de vida”, e ao “livre desenvolvimento da personalidade”, os danos à vida de relação inclusive o “prejuízo de afeição”, e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais.²⁸⁰

Diante do gênero designado por “danos extrapatrimoniais”, outras subespécies de danos à pessoa ou à personalidade gradativamente tem sido salientadas pela jurisprudência, “pois a maior particularidade dos deveres extracontratuais reside no fato de serem formados por criação jurisprudencial, pois eles não existem antes da lesão, resultando (...) de uma casuística feita pelos Juízes por ocasião do julgamento, quando surge a questão de saber, in concreto, qual deveria ter sido o comportamento seguido pelo autor do dano.”²⁸¹

2.2 Distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais

2.2.1 O modo de construção da distinção

Tradicionalmente, o conceito de *dano extrapatrimonial* ou *dano moral*²⁸² é construído pela doutrina sob um enfoque negativo²⁸³ ou à base de exclusão,²⁸⁴

²⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, op. cit., p. 34.

²⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, op. cit., p. 35. A referida autora entende que poderiam se desenvolver mais livremente outras *fattispecies* se não fossem “as amarras pré-compreensivas”.

²⁸² A expressão *dano moral* é comumente utilizada como sinônima de dano extrapatrimonial, como adiante trataremos.

²⁸³ Contrário ao referido entendimento, Sérgio SEVERO adverte que foram feitas algumas tentativas no sentido de encontrar uma conceituação substantiva para os danos extrapatrimoniais, contudo, insatisfatoriamente: “inicialmente vislumbrava-se a dor como o caractere distintivo capaz de conduzir a uma conceituação substancial; porém, cada vez mais se observa uma tendência no sentido de abolir tal subjetivismo do campo do dano extrapatrimonial, de forma que este elemento foi desbotando progressivamente e tende ser superado. É uma tendência contemporânea a libertação dos conceitos fechados, ou a submissão da justiça do caso concreto a limites conceituais rígidos, de modo que novos mecanismos em sendo buscados como forma de alcançar a realidade concreta, como nos casos dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais”. *Os danos extrapatrimoniais*, op. cit., p. 41.

²⁸⁴ Afirma Calos Alberto BITTAR: “De modo geral, a divisão em patrimoniais e não patrimoniais (extrapatrimoniais) é a de mais fácil circulação, pois se vale do método de exclusão,

contrapondo-se simplesmente à idéia de dano patrimonial. Vale dizer, o dano moral consistiria em qualquer forma de sofrimento desprovido de repercussão pecuniária ou de reflexo no patrimônio do ofendido.²⁸⁵ Já o dano patrimonial seria aquele cujo efeito repercute no patrimônio da vítima.

Seguindo tal linha de raciocínio no intuito da construção do conceito de dano extrapatrimonial afirma Orlando GOMES: “a expressão *dano moral* deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há conseqüência de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.”²⁸⁶

Por sua vez, Wilson Melo da SILVA assim concebe: “danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”²⁸⁷

Conforme José de Aguiar DIAS, “Quando ao dano não correspondem as características do *dano patrimonial*, dizemos que estamos em presença do dano moral.”²⁸⁸

Pode-se perceber, pois, que a conceituação negativa de danos extrapatrimoniais é amplamente utilizada pela doutrina,²⁸⁹ havendo nítida tendência em se caracterizá-los como decorrentes da violação a interesses sem repercussão econômica, contrapondo-se-os, portanto, à idéia de danos patrimoniais.

considerando como morais os que se não revistam de cunho patrimonial (estes indicados, primordialmente pela conversibilidade em pecúnia)”. *Reparação civil por danos morais, op. cit.*, p. 35.

²⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 94. Para Yussef Said CAHALI, a conceituação de danos extrapatrimoniais deveria ser construída a partir de sua própria sistemática e não a base de exclusão pelo que não é dano patrimonial: “Se porém, abstrairmos o caráter estritamente econômico do patrimônio, para (segundo as concepções mais modernas) dilargar o seu conteúdo de modo a compreender valores imateriais, inclusive de natureza ética, veremos que o critério distintivo à base da exclusão revela-se insatisfatório”. CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, p. 22.

²⁸⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 330.

²⁸⁷ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*, p. 01.

²⁸⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 729.

²⁸⁹ Nesse sentido, o posicionamento de Orlando GOMES, Cáo Mario da Silva PEREIRA, Silvio RODRIGUES, Maria Helena DINIZ, Carlos Alberto BITTAR, Mário Julio de Almeida COSTA, Adriano DE CUPIS, A. MINOZZI dentre outros.

Dessa forma, verifica-se que a classificação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais têm por base o “patrimônio”, revelando a preocupação precípua com o caráter econômico das relações sociais, concepção esta característica do Estado Liberal, no qual o patrimônio constituía o núcleo do sistema, sendo relegada a preocupação com os danos à pessoa a um segundo plano.²⁹⁰

Nesse sentido, afirma Judith MARTINS-COSTA:

A idéia de dano está no centro do instituto da responsabilidade civil, ligando-se muito proximamente ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida. Se o mais relevante for a relação entre pessoa e os seus bens patrimoniais, economicamente avaliáveis, cresce em importância a responsabilidade patrimonial, na qual a pessoa é vista tão-só como sujeito titular de um patrimônio que, tendo sido lesado por outrem, deve ser recomposto. Se, ao contrário, em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser a pessoa – isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente -, passa o Direito a construir princípio e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial.²⁹¹

No contexto do século XIX, o patrimônio era o elemento determinante das regras de convivência da burguesia,²⁹² entendendo-se como patrimônio “o complexo de direitos e de obrigações de uma pessoa que sejam suscetíveis de avaliação econômica.”²⁹³ Assim, é perfeitamente compreensível que a construção da noção de dano moral tenha sido baseada na idéia de extrapatrimonialidade, onde o pressuposto determinante, todavia, sempre era o patrimônio.²⁹⁴

2.2.2. Confusão terminológica

²⁹⁰ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 558.

²⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, *op. cit.*, p. 21.

²⁹² MARTINS-COSTA, Judith, *ibid.*, p. 22.

²⁹³ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 566.

²⁹⁴ Afirma MARTINS-COSTA: “Será que, no século XIX, quando era paradigma dominante o homem produtor de riquezas materiais que animou o sonho burguês oitocentista – e fez das regras tutelares de seu patrimônio a dimensão privilegiada da própria da própria personalidade – faria sentido falar em danos não-patrimoniais?”. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro (...)*, *op. cit.*, p. 22.

Comumente a expressão *dano moral* é utilizada como sinônima de dano extrapatrimonial. Todavia, tal uso indistinto, apesar de freqüente na doutrina²⁹⁵ e na própria legislação brasileira (que emprega a expressão dano moral para referir-se a todas as espécies de danos extrapatrimoniais, conforme o contido no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal e o art. 186 do Código Civil),²⁹⁶ pode gerar alguns equívocos.

Ressalte-se que, já na década de 50, PONTES DE MIRANDA alertava para os problemas que a expressão “dano moral” poderia ocasionar:

A expressão dano moral tem concorrido para graves confusões, bem como a expressão alemã *Schmerzensgeld* (dinheiro da dor). Às vezes, os escritores e juízes empregam a expressão dano moral em sentido amplíssimo (dano à normalidade da vida de relação, dano moral estrito, que é o dano à reputação, dano que não é qualquer dos anteriores mas também não ofende o patrimônio, como o de dor sofrida, o de destruição de bem sem qualquer valor patrimonial ou da valor ínfimo). Aí, dano moral seria dano não patrimonial. Outros têm como dano moral o dano à normalidade da vida de relação, o dano que faz baixar o moral da pessoa, e o dano à reputação. Finalmente, há o senso estrito de dano moral: o dano à reputação.²⁹⁷

No mesmo sentido, adverte Judith MARTINS-COSTA: “(...) as dificuldades advindas da pré-compreensão da expressão “dano moral”, que, conotando a idéia de dor ou de *pretium doloris*, em certos casos é impeditiva de uma apreensão mais integral do fenômeno da personalidade humana, cuja dimensão é ao mesmo tempo subjetiva e social.”²⁹⁸

No intuito de se evitar confusões terminológicas, portanto, a designação *extrapatrimonial* deve ser utilizada para caracterizar propriamente o dano que não teve reflexo no patrimônio do lesado, independentemente de sua origem, podendo ser, ou não, um dano de natureza moral. Como afirma Fernando NORONHA, “Nem sempre o dano extrapatrimonial terá natureza moral: a palavra “moral” tem

²⁹⁵ Podemos citar José de Aguiar DIAS, *Da responsabilidade civil, op. cit.*; Carlos Alberto BITTAR, *Reparação civil por danos morais, op.cit.* ; Wilson Melo da SILVA, *op.cit.*, Yussef Said CAHALI, *Dano moral, op.cit.*, dentre outros.

²⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação, op. cit.*, p. 31.

²⁹⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, § 3.107, p. 30/31.

²⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação, op. cit.* p. 31.

carregado conteúdo ético (...) e o dano extrapatrimonial não tem necessariamente esse conteúdo.”²⁹⁹

Como afirma Carlos Alberto BITTAR, “nem toda violação a direito da personalidade produz dano moral, ou somente dano dessa natureza: pode ou não haver, ou mesclar-se a dano patrimonial. Com efeito, não se pode, *verbi gratia*, extrair que da lesão a componente físico (direito da personalidade) provenha dano moral.”³⁰⁰

Percebe-se, assim, que nem toda a lesão acarretada à esfera física da pessoa corresponde necessariamente a um dano moral³⁰¹, em razão dos inúmeros fatores que devem ser considerados, tais como a reação e as condições da pessoa, isto é, as conseqüências do dano devem ser avaliadas para se saber até que ponto influíram ou não na vida da vítima.

Por outro lado, pode-se aludir à violação de um bem extrapatrimonial (lesão ao corpo humano) quando atingido um direito da personalidade, que poderá ou não produzir efeitos na esfera patrimonial (geralmente o dano ao corpo humano produz reflexos patrimoniais: *v.g.*, um desportista famoso que perde as pernas, além do dano extrapatrimonial sofrido acarreta um dano patrimonial, na medida em que não pode continuar sua atividade que lhe propiciava sustento econômico).

Para Sérgio SEVERO, o emprego da terminologia *dano moral* como sinônima de *dano extrapatrimonial* demonstra-se inadequada, na medida em que a expressão *dano extrapatrimonial* é mais abrangente, eis que “o fundamental é que a designação dano moral está bastante ligada a idéia de dor, mas, como já se pôde observar, a dor pode estar presente ou não. Portanto, a designação dano extrapatrimonial é mais ampla, é o gênero de que o dano moral é espécie.”³⁰²

No mesmo sentido também adverte Judith MARTINS-COSTA, combatendo o emprego inapropriado das expressões “dano moral” e “dano extrapatrimonial” como

²⁹⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, *op. cit.*, p. 567.

³⁰⁰ BITTAR, CARLOS Alberto. *Reparação civil por danos morais*, *op. cit.*, p. 33.

³⁰¹ Há danos extrapatrimoniais que independem da dor, “como na situação da diminuição de prestígio ou reputação, que independe do sofrimento experimentado pela vítima”. SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, *op. cit.*, p. 44.

³⁰² SEVERO, Sérgio, *ibid.*, p. 36.

sinônimas, afirmando que não obstante ser frequentemente utilizado, a expressão “danos extrapatrimoniais” é mais ampla, configurando o gênero em relação ao qual o dano moral e os danos à pessoa seriam espécies.³⁰³

Convém frisar, entretanto, que mesmo os doutrinadores que defendem o uso da expressão *dano moral*, justificando que estaria ela legitimada pelo uso, reconhecem tal designação pode levar a algumas imprecisões. Como afirma Yussef Said CAHALI, “merecendo a opção, desde logo, pela nomenclatura dano moral, denominação que se impôs, pela força de sua expressividade, à tradição do nosso direito, *ainda que não incólume de crítica devido à polissemia da palavra moral*.”³⁰⁴ (grifos nossos).

2.2.3 Configuração dos danos patrimonial e extrapatrimonial: a identificação em função dos reflexos na esfera jurídica violada

Pode-se apontar como um meio para se diferenciar o dano patrimonial do extrapatrimonial não o fato que lhe deu causa, mas antes os efeitos ou reflexos na esfera jurídica atingida. Isto é, importa antes saber qual a esfera jurídica em que a lesão se reflete, se em consequência do dano foi atingida a esfera patrimonial ou não-patrimonial do ofendido.

Desse modo, a distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais parte não do evento danoso, considerado em si mesmo, mas do plano em que se reflete, sendo patrimonial o dano que se reflete no patrimônio da vítima, e extrapatrimonial quando o dano atinge essencialmente os valores espirituais ou não-econômicos. Por vezes, ainda, pode-se dar, a um só tempo, ambos os reflexos, tal como ocorre, *v.g.*,

³⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, *op. cit.*, p. 29-33. A autora adverte para o fato de serem poucos os textos, doutrinários ou jurisprudenciais, que empregam a expressão “danos à pessoa” para configurar os inúmeros atentados à personalidade. E destaca a decisão inovadora do então juiz Ruy Rosado de Aguiar quando ainda era do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que “acatou pedido de indenização, por “dano psíquico”, de uma senhora, professora, grandemente prejudicada em seu físico, e até em seu pudor, em decorrência de lesões sofridas em acidentes de trânsito, o que motivou seu pedido de indenização, ao causador do dano, por invalidez parcial e permanente, por dano estético e consequente cirurgia reparadora, por danos psíquicos, se reconhecida a incapacidade total para o trabalho, e lucros cessantes”.

³⁰⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, *op. cit.*, p. 23.

quando “a ofensa à reputação de um comerciante ou de um advogado (ofensa que viola regras morais) poderem resultar, ao mesmo tempo, danos extrapatrimoniais (o desgosto sentido) e dano patrimoniais (redução de clientela).”³⁰⁵

Nesse sentido afirma José de Aguiar DIAS sobre a diferença do dano patrimonial e dano moral: “(...) A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, 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 em resultado de ofensa a bem material.”³⁰⁶

Conforme explica Alfredo MINOZZI:

La distinzione del danno in patrimoniale ed non patrimoniale non si riferisce al danno nella sua origine, ma al danno nei suoi effetti. Quando parleremo di danni non patrimoniali, intendiamo parlare di danni che non ledono il patrimonio della persona. Il contenuto di questi danni non è il danaro, né una cosa commercialmente riducibile in danaro, ma il dolore, lo spavento, l'emozione, l'onta, lo strazio fisico o morale, in generale una dolorosa sensazione provata dalla persona, attribuendo all'á parola dolore il piú largo significato.³⁰⁷

Não obstante a existência de duas correntes que diferenciam o dano patrimonial e extrapatrimonial (“a) aquela que considera que a distinção entre ambos deve ser efetuada a partir da natureza dos interesses lesados³⁰⁸; e b) a que

³⁰⁵ NORONHA, Fernando, *op.cit.*, p. 568. É importante destacar que alguns doutrinadores embasam a discussão acerca da configuração dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais a partir da natureza dos interesses violados e outros que consideram os efeitos que repercutem da prática da conduta danosa. SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais, op. cit.*, p. 37.

³⁰⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. II, *op. cit.*, p. 729

³⁰⁷ MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, p. 41. Tradução livre: “A distinção de dano em patrimonial e não-patrimonial não se refere ao dano em sua origem, mas aos efeitos do dano. Quando dizemos danos não-patrimoniais, entendamos dizer que o dano não lesou o patrimônio da pessoa. O conteúdo da questão não é o dinheiro, nem uma coisa comercialmente reduzida ao dinheiro, mas a dor, o medo, a emoção, a desonra, a angústia física e moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela pessoa, atribuindo a palavra dor um largo significado”.

³⁰⁸ Roberto H. BREBBIA, citado por Sérgio SEVERO, *op. cit.*, p. 37, “sustenta a tese de que o dano deve ser qualificado pela natureza de sua causa, criticando a noção de que o dano caracteriza-se pelas consequências ocasionadas pela lesão de um bem jurídico.

considera os efeitos do ato ilícito como elemento distintivo”), esta última é acatada pela grande maioria da doutrina.³⁰⁹

Note-se que a separação entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais, construída a partir da patrimonialidade, ou não, do efeito produzido no plano atingido, evidencia a bipartição do contexto valorativo que importa para o Direito, sintetizado na pecuniaridade (danos que repercutem pecuniariamente) e na moralidade (danos que atingem a esfera mais íntima da personalidade).³¹⁰

Como aduz Carlos Alberto BITTAR, “Por outras palavras, em um contexto, figuram bens ou direitos revestidos de caráter econômico; em outro, atributos de cunho moral ou espiritual, que individualizam o ser na sociedade, vale dizer, que definem o ser como entidade dotada de essencialidade e de individualidade próprias.”³¹¹

É importante ressaltar que na medida em que se consideram os efeitos do dano e não a lesão abstratamente considerada, referidos efeitos ou reflexos que atingem a esfera jurídica podem ser diretos ou indiretos: os primeiros derivam imediatamente do fato lesivo; os segundos são aqueles desencadeados por outra condição que diretamente os suscita.³¹²

Existem situações em que um mesmo ato ilícito pode repercutir na esfera patrimonial e extrapatrimonial do ofendido: “nesse sentido, a investida injusta contra a honra de certa pessoa famosa pode, de um lado, atingir a sua moral, provocando-lhe indignação ou sofrimento, mas, de outro, subtrair-lhe negócios ou oportunidades que se ofereçam no plano econômico.”³¹³

³⁰⁹ SEVERO, Sérgio, *id.* Afirma o autor que apesar das discussões a respeito de qual corrente prevaleceria, a tese acatada pela maioria da doutrina, como Wilson de Melo da Silva, Alfredo Minozzi, Aguiar Dias, é a que se concentra nos efeitos provocados pelo dano e não no fenômeno que lhe deu causa.

³¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, *op. cit.*, p. 30.

³¹¹ BITTAR, Carlos Alberto, *ibid.*, p. 31.

³¹² NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 577. Afirma o autor que “exemplo de dano indireto é o caso das lesões sofridas por pessoa que presencia um acidente de trânsito e, vendo que um dos motoristas está inanimado, vai socorrê-lo, quando o veículo se incendia. Outro exemplo: se o responsável por uma criança deixa uma arma ao alcance desta, que vai brincar com ela e a dispara, a omissão daquele é causa indireta do dano resultante do disparo”.

³¹³ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, *op. cit.*, p. 32.

Ressalta-se que dentro da categoria de danos indiretos podemos destacar o chamado dano reflexo ou por *ricochete*, consistindo naquele “que atinge outras pessoas, por estarem ligadas àquela que é vítima imediata de um determinado fato lesivo: essas outras pessoas serão vítimas imediatas”. Exemplo típico é o sofrimento pela esposa e pelos filhos da pessoa que foi morta: “são prejuízos que podem ter natureza patrimonial (como os alimentos que o falecido lhes prestava) ou extrapatrimonial, neste caso podendo ainda ser puramente anímicos (como o desgosto que essas pessoas experimentam) ou também biológicos (por exemplo, um infarto).”³¹⁴

2.2.4 Danos extrapatrimoniais objetivos e subjetivos

O conceito de dano moral, a princípio, estava circunscrito exclusivamente à reparar violações aos direitos da personalidade.³¹⁵ Assim, os danos morais eram conceituados como “as lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”³¹⁶

Consoante orienta Orlando GOMES, “Dano moral é, portanto, o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem.”³¹⁷

Atualmente é precioso enfatizar-se a existência de uma divisão no tema referente aos danos morais: alude-se a danos morais subjetivos e objetivos, consistindo esses últimos naquelas lesões não econômicas que não atinjam a esfera

³¹⁴ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 578.

³¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, *op. cit.*, p. 155.

³¹⁶ SILVA, Wilson Melo da, *op. cit.*, p. 1.

³¹⁷ GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 330.

interna do sujeito,³¹⁸ sendo os primeiros as lesões sofridas pelo o ofendido em sua subjetividade.³¹⁹

Segundo Miguel REALE é possível “distinguir claramente entre o dano moral objetivo (aquele que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem) e o dano moral subjetivo que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores do seu ser subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação.”³²⁰

Dessa forma, em nosso ordenamento jurídico são admissíveis as duas formas de dano moral, interligando-se os dois segmentos referidos, quais sejam, o dano moral subjetivo que “importe em sofrimento psíquico ou físico” e os dano moral objetivo “quando atinja interesses não econômicos que não repercutem em sua esfera interna”.³²¹

Nas palavras de Carlos Alberto BITTAR, “Dizem-se, subjetivos ou objetivos os danos morais, quando se circunscrevem à esfera íntima ou valorativa do lesado, ou se projetam no círculo de seu relacionamento familiar ou social.”³²²

Sintetiza Maria Celina Bodin de MORAES:

³¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana, op. cit.*, p. 156. Para a autora dano moral objetivo é a afronta a direito da personalidade.

³¹⁹ Judith MARTINS-COSTA adverte sobre a necessidade da doutrina e da jurisprudência distinguirem “honra objetiva” e “honra subjetiva” quando se reconheceu a indenizabilidade de dano extrapatrimonial às pessoas jurídicas. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação, op. cit.*, p. 33. Nesse sentido: “quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. (...) A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua”. (STJ, REsp 60033-MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ, 27.11.1995).

³²⁰ REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: *Temas de direito positivo*, p. 23.

³²¹ SEVERO, Sérgio, *op. cit.*, p. 45.

³²² BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais, op.cit.*, p. 35.

Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutem na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.³²³

Para Judith MARTINS-COSTA referida divisão dos danos extrapatrimoniais em objetivos e subjetivos representa uma forma de explicar a confusão da redação do artigo 5º, inciso V da Constituição Federal, que prevê a indenizabilidade do dano “material, moral ou à imagem”, quando poderia ter sido utilizada a expressão “extrapatrimonial” para os dois últimos. Assim, dano material corresponderia ao dano patrimonial; dano moral subjetivo corresponderia ao dano moral propriamente dito; e dano moral objetivo corresponderia ao dano à imagem.³²⁴

2.2.5 Outros critérios diferenciadores

2.2.5.1 Identificação do dano

É possível elencar, ainda, outros aspectos que podem contribuir para a diferenciação entre os danos extrapatrimoniais e os danos patrimoniais, tais como a identificação do dano, os critérios utilizados para a sua reparação e o modo de sua liquidação.

No que diz respeito à identificação do dano, pode-se dizer que no campo dos danos patrimoniais faz-se necessária a prova concreta do prejuízo sofrido pelo lesionado para sua caracterização. Diferentemente, no âmbito dos danos morais, basta a prova da violação da personalidade do lesionado, isto é, da própria ofensa

³²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, op. cit., p. 157/158.

³²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, op. cit., p. 34.

em si, sendo então dispensada a prova da lesão concreta (que é então presumida) para a configuração da responsabilidade civil.³²⁵

Convém frisar, todavia, que esse entendimento de dispensa da prova para a identificação dos danos morais não foi o que sempre prevaleceu. Ao contrário, até recentemente os tribunais exigiam para a caracterização dos danos morais a efetiva prova da lesão, que deveria ser clara, permitindo ao julgador compreender a extensão do dano.³²⁶

No entanto, atualmente o entendimento dominante (consolidado inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça)³²⁷ é no sentido da dispensa de prova do prejuízo concreto para caracterizar o dano moral, pois a simples violação a qualquer dos aspectos da dignidade da pessoa humana origina a responsabilidade civil pelo respectivo dano. Como afirma Sérgio CAVALIERI FILHO,

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária do lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral.³²⁸

³²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana (...)*, *op.cit.*, p. 158/159.

³²⁶ TJ/RJ, V Grupo de Câmaras Cíveis, Emb. Inf. Na Ap. Cível 2098/95, rel. Des. Luiz Carlos Perlingeiro, julg. em 21.03. 1996 e publ. no DO de 29.08.1996.

³²⁷ REsp. 173.124, 4ª Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, julg. Em 11.09.2001 e publicado no DJ de 19.11.2001. “Na concepção moderna da reparação do dano moral, prevalece a orientação de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo concreto.” MORAES, Maria Celina Bodin de, *ibid.* p. 160.

³²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 102. A esse entendimento Maria Celina Bodin de MORAES, aduz que “o dano moral sofrido pela vítima seria idêntico a qualquer evento danoso semelhante sofrido por qualquer vítima, porque a medida, nesse caso, é, unicamente, a da sensibilidade do juiz, que bem sabe, por fazer parte do gênero humano, quanto mal lhe causaria um dano daquela mesma natureza. Agindo desta forma, porém, ignora-se, em última análise, a individualidade daquela vítima, cujo dano, evidentemente, é diferente do dano sofrido por qualquer outra vítima, por mais que os eventos danosos sejam iguais, porque as condições pessoais de cada vítima diferem e,

2.2.5.2 Critérios para sua reparação

Outra forma de diferenciação entre danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais reside nos critérios de sua reparação.

No campo dos danos patrimoniais, para se fixar a indenização leva-se em conta a extensão do dano, mais propriamente o cálculo de tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu e deixou de lucrar em razão da ocorrência do evento danoso, pouco importando a conduta culposa do agente.³²⁹ Já no campo dos danos morais, podem ser elencados como critérios principais para a sua reparação a gravidade do dano, o grau de culpa do ofensor, a capacidade econômica da vítima e a capacidade econômica do ofensor.³³⁰

Assim, os danos patrimoniais seriam aqueles que atingem os bens que integram o patrimônio da vítima, dando-se sua reparação através de meios pecuniários baseados naquilo que o ofendido efetivamente perdeu e naquilo que deixou de lucrar se não houvesse ocorrido o evento danoso.³³¹

Nesta linha prevê o artigo 402 do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

O dano patrimonial, portanto, engloba o que o ofendido perdeu (dano emergente), avaliando-se o patrimônio da vítima antes e depois da lesão. Ainda, engloba-se também os chamados lucros cessantes, pautados nas reais expectativas que o ofendido deixou de ganhar em virtude do dano.³³²

justamente porque diferem, devem ser levadas em conta”. *Danos à pessoa humana, op. cit.*, p. 161.

³²⁹ Conforme prevê o art. 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

³³⁰ Os critérios para a fixação dos danos extrapatrimoniais serão examinados no capítulo 5 do presente estudo.

³³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova.* v. III, p. 36. Afirma-se ainda, que o dano patrimonial pode ser reparado de forma direta através da reconstituição da situação ao estado anterior ao dano, isto é, denominado de restituição *in natura*. Ou não sendo possível essa forma de reparação esta se dará mediante indenização pecuniária.

³³² THEODORO JÚNIOR, Humberto, *id.*

Na apuração do dano emergente deverá ser levado em conta tudo aquilo que o ofendido efetivamente perdeu em função da ocorrência do evento danoso, não ensejando maiores dificuldades a sua mensuração, visto que em via de regra será avaliada a diferença no patrimônio da vítima antes e depois da conduta lesiva.³³³

Já a fixação e a caracterização dos lucros cessantes se revelam mais delicadas, pois se faz necessário avaliar as reais vantagens que o ofendido foi impedido de perceber em razão do dano. Ressalte-se que as expectativas remotas de lucro que poderiam acontecer ou não no futuro não devem ser levadas em conta para fins de ressarcimento.³³⁴

Desse modo, o lucro cessante deve ser concebido como o lucro certo em imediata correspondência com a “paralisação de um negócio lucrativo que a vítima explorava, ou a frustração do rendimento que era razoavelmente esperado do bem lesado”.³³⁵

Resta claro, portanto, que deverão ser utilizados critérios objetivos para se determinar efetivamente o que a vítima deixou de ganhar, sendo inservíveis critérios hipotéticos. A indenização será então fixada com base no princípio da razoabilidade, a partir de dados concretos, como determina o art. 402 do Código Civil quando se refere ao ressarcimento do que a vítima “razoavelmente deixou de lucrar”.

Nesse sentido ilustra Adriano DE CUPIS:

Cómo se *habría producido* el lucro cesante de haber existido, queda a la determinación racional del juez, pues sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas. Teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable.³³⁶

³³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op.cit.*, p. 91.

³³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil (...)*, *op. cit.*, p. 36.

³³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *id.*

³³⁶ DE CUPIS, Adriano. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, p. 315. Tradução livre: “Como se produziram os lucros cessantes cabe à determinação racional do juiz, pois apenas os benefícios certos são os tutelados pelo direito, e nenhuma reação jurídica pode conectar-se ao dano que afeta a um interesse incerto, já que o direito não pode considerar as fantasias e ilusões de eventuais vantagens. Tomando em conta as circunstâncias e as atitudes do prejudicado, é como deve valorar o juiz se uma determinada

O artigo 403 do Código Civil complementa a idéia do artigo 402, já referido, ao determinar 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*, sem prejuízos do disposto na lei processual” (grifos nossos).

Dúvida não há, portanto, de que a indenização a título de lucros cessantes deverá ser pautada em critérios objetivos, devendo corresponder ao efeito direto e imediato que a conduta lesiva veio trazer à vítima. Na lição de Sérgio CAVALIERI FILHO, “Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.”³³⁷

2.2.5.3 A liquidação do dano

Alude-se, ainda, ao modo de liquidação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais como mais um elemento que ajuda a contribuir para a diferenciação entre eles.

No que tange aos danos patrimoniais, a liquidação se dará através das “perdas e danos”, conforme o já citado artigo 402 do Código Civil, que se consubstancia nos lucros cessantes e os danos emergentes.

Em matéria de responsabilidade civil vigora o princípio da dupla forma de reparação de danos: a primeira se dá através da reparação *in natura* ou específica, consistindo na reposição das coisas ao seu estado anterior, e a segunda forma de reparação é denominada de indenização *stricto sensu*, que ocorre pela reparação pecuniária.³³⁸

vantagem se havia ou não realizado a seu favor. Muito embora deva se entender que a certeza, dentro do campo hipotético, não pode ser absoluta, pelo que haja de conformar-se com uma certeza relativa, ou seja, com uma consideração fundada e razoável.

³³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 91.

³³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *ibid*, p. 40.

Nesse sentido, o artigo 947 do Código Civil prevê a hipótese de o devedor cumprir a prestação em dinheiro, caso não seja possível a restauração *in natura*. Note-se, pelo referido dispositivo, que a indenização pelo equivalente em dinheiro só ocorrerá se não for possível a reparação em espécie, isto é, a reparação pecuniária seria aplicada subsidiariamente.³³⁹

No entanto, atualmente esse sistema de aplicação da indenização pecuniária de forma subsidiária não resiste ao “filtro da realidade”, na medida em que a indenização em dinheiro passou a ser a regra, ocupando o “papel central nas modalidades de reparação.”³⁴⁰

Note-se que o duplo modelo de reparação adequava-se perfeitamente aos danos patrimoniais, pois não sendo possível a restituição em espécie ou *in natura*, calculava-se o equivalente em dinheiro para restituir o lesado, sendo perfeitamente contornáveis as dificuldades na fixação da indenização em virtude de tudo se concentrar no plano da patrimonialidade.³⁴¹

Com a consagração dos danos não-patrimoniais o referido modelo de reparação começa a ser questionado, na medida em que os danos morais não poderiam ser restituídos *in natura*, isto é, ao seu estado anterior como se não tivesse ocorrido o dano.³⁴² Ainda, como determinar o equivalente em dinheiro ao dano não patrimonial?

Em que pese a longa trajetória para se reconhecer a reparabilidade dos danos morais, atualmente dúvida não subsiste quanto à sua plena indenizabilidade, sendo a forma que vem se demonstrando mais eficiente para sua fixação o

³³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *ibid.*, p. 41.

³⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *id.*

³⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *id.*

³⁴² Nesse sentido, Judith MARTINS-COSTA, com base no Código Civil de 1916, afirmou sobre a tentativa de reparação específica a certos danos não-patrimoniais: “Certas formas de reparação são tidas apenas “aproximativamente” como restituição *in natura*: assim a retratação de alguém ofendido em sua honra. Outras são contrárias à dignidade humana, em especial a regra do art.1548 do CC brasileiro, que presume dano ao que chama de “honra” da mulher e, considerando-a desonrada, presume a reparação pelo casamento, transformando este ato de afeto que é privilegiada expressão da autonomia privada na esfera existencial em mera forma de reparação de dano (...)” *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação, op. cit.*, p. 41.

arbitramento judicial, conforme prevêm os arts. 950, parágrafo único e 953, parágrafo único, ambos do Código Civil brasileiro.

Assim, “cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.”³⁴³

Convém frisar que depois da previsão da reparabilidade do dano moral na Constituição Federal brasileira de 1988 não podem subsistir mais quaisquer limites pré-fixados a título de reparação,³⁴⁴ cabendo ao juiz, de acordo com suas convicções e a realidade do caso concreto, estipular o montante indenizatório.³⁴⁵

Dessa forma, a liquidação dos danos morais cabe essencialmente ao arbítrio do juiz, “não estando ele adstrito a qualquer limite legal ou tarifa pré-fixada.”³⁴⁶ Como afirma Judith MARTINS-COSTA, “a tendência contemporânea elimina a formulação de regras prévias, deixando ao arbítrio do Juiz a avaliação do dano.”³⁴⁷

Ainda, como adverte MARTINS-COSTA acerca do papel determinante do juiz para fixar com prudência e bom senso o dano moral,

³⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 106.

³⁴⁴ O Código Brasileiro de Telecomunicações previa em seu art. 84, §1º, a fixação da indenização entre 5 e 100 salários mínimos para as hipóteses de calúnia, difamação ou injúria. A Lei de Imprensa, Lei n. 5.250/1967, em seus artigos 51 e 52, fixava a responsabilidade do jornalista a determinados números de salários mínimos.

³⁴⁵ Nesse sentido, TJRJ, Ap. Cível 5.240/41, 1º Câmara Civil, Rel. Des. Carlos Alberto Direito: “(...) A indenização por dano moral, com a Constituição de 1988, é igual para todos, inaplicável o privilégio de limitar o valor da indenização para empresa que explora o meio de informação e divulgação, mesmo porque a natureza da regra constitucional é mais ampla, indo além das estipulações da Lei de Imprensa (...). No mesmo sentido decidiu a Suprema Corte, agora em acórdão da lavra eminente Min. Marco Aurélio, ao rejeitar a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia, num caso em que se discutia indenização por dano moral: “O fato de a Convenção de Vasórvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do art.5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil (RE 172.720-RTJ 162/1.093)”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil, op. cit.*, p. 107/108.

³⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana, op. cit.*, p. 162.

³⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação, op. cit.*, p. 42.

A liquidação por arbitramento seria, no meu entender, a solução mais adequada ao tratamento do dano à pessoa se a jurisprudência brasileira tivesse a compreensão das formas de atenuação dos riscos que a liquidação por arbitramento pode acarretar à segurança jurídica e à isonomia. Estes serão superados apenas à medida que os Juízes compreenderem a função das cláusulas gerais, o que é dizer, quando lograrem alcançar os modos de operá-las, viabilizando a ressystematização das decisões que, atomizadas, díspares em seus fundamentos, provocam quebras no sistema e objetiva injustiça, ao tratar desigualmente casos similares.³⁴⁸

2.3 A cumulação dos danos material e moral

A previsão constitucional da indenização dos danos morais veio colocar um fim a qualquer tipo de controvérsia quanto à sua ressarcibilidade. No entanto, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, a própria jurisprudência admitia, em casos específicos, a reparação do dano moral, muito embora negasse a sua cumulatividade com o dano material.³⁴⁹

Assim, sustentava a jurisprudência dominante que nos casos em que ocorria a reparação decorrente de danos patrimoniais o ofendido não poderia pleitear danos morais, pois o dano material absorvia o moral, afastando a sua reparação. Ademais, poderia ocorrer um *bis in idem*.³⁵⁰

De acordo com entendimento de Sergio CAVALIERI FILHO: “(...) com a devida vênia, funda-se o argumento em um sofisma. Em inúmeros casos, o ofendido, além do prejuízo patrimonial, sofre também dano moral, que constitui um *plus* não abrangido pela reparação material”.³⁵¹

A cumulação dos danos moral e material (denominada cumulação objetiva) parte do pressuposto de que um mesmo fato gerador pode levar a conseqüências

³⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith, *id.* Propõe a autora que “o ideal, nesta matéria, seria o estabelecimento de “grupos de casos típicos” conforme o interesse extrapatrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou a similitude da *ratio decidendi*, em torno destes construindo a jurisprudência certos tópicos ou parâmetros que pudessem atuar, pela pesquisa do precedente, como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial”.

³⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral, op. cit.*, p. 5.

³⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 97.

³⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *id.* O autor aduz sobre o seguinte exemplo: “o caso da morte de um chefe de família em acidente. Quem pode negar que, além do aspecto patrimonial decorrente dessa morte, representada pela perda do amparo material (alimentação, habitação, o sustento de modo geral), a esposa e os filhos da vítima sofrem também profundo, intenso sofrimento pelo trágico desaparecimento do esposo e pai?”

patrimoniais e extrapatrimoniais. Como afirmavam Henri e Leon MAZEAUD e André TUNC: “Cabe observar (...) que, com freqüência correm parelhos, o prejuízo material e moral. Pode ocorrer que um mesmo fato leve consigo, ao mesmo tempo, uma perda pecuniária e um dano moral.”³⁵²

Gradativamente a orientação que repelia a cumulação dos danos patrimoniais e morais (em razão de que num só evento danoso a indenização de danos materiais excluiria a do dano moral) foi sendo superada, sendo atualmente pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência a cumulatividade³⁵³ da reparação do dano moral e do dano material.

Em razão de reiteradas decisões no sentido do cabimento da cumulatividade dos danos morais e materiais, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 37 que afirma: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato”.

Sérgio SEVERO adverte que se um mesmo fato pode ocasionar um dano patrimonial e um extrapatrimonial, também é possível que do mesmo fato decorem vários danos extrapatrimoniais, exemplificando:

A sofreu um acidente de automóvel por culpa de B e perdeu suas pernas. Os danos que o fato ensejou podem ser assim representados: a) danos patrimoniais presentes – danos emergentes, equivalentes ao conserto do automóvel, aos danos corporais de índole econômica (despesas médico-hospitalares, prótese, fisioterapia etc.); b) danos patrimoniais futuros – lucros cessantes, correspondentes ao tempo de inatividade profissional; c) danos extrapatrimoniais – correspondentes ao dano corporal de índole não econômica, ao dano moral em sentido estrito (*pretium corporis*), ao prejuízo de lazer (*préjudice d'agrément*), por ficar impedido de praticar hipismo, e ao prejuízo sexual. As parcelas referentes ao dano sofrido por A somam-se os danos por ricochete sofridos por C, sua esposa.³⁵⁴

³⁵² MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon e TUNC, André, *op. cit.*, p. 425.

³⁵³ A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em acórdão unânime proclamou: “Se há um dano material e outro moral; que podem existir autonomamente, se ambos dão margem a indenização, não se percebe porque isso não deva ocorrer quando os dois se tenham como presentes, ainda que oriundos do mesmo fato. De determinado ato ilícito decorrendo lesão matéria, esta haverá de ser indenizada. Se apenas de natureza moral, igualmente devido o ressarcimento. Quando reunidas, a reparação há de referir-se a ambas. Não há porque cingir-se a uma delas, deixando a outra sem indenização.” (STJ, 3 Turma, REsp. 6852/ RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, in Lex JSTS, 29/190).

³⁵⁴ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, *op. cit.*, p. 180. O autor refere-se, ainda, a outro exemplo: “outra situação que demonstra a possibilidade de vários danos derivarem do mesmo fato é a contaminação por AIDS. (...) O dano seria derivado da infecção com o vírus ou da sua conversão em AIDS, compreendendo um clássico dano econômico (prejuízo fisiológico, despesas médicas etc.), um dano moral em sentido estrito (*pretium doloris*), um

Percebe-se, assim, que de um mesmo fato pode derivar uma variedade de danos. De tal forma, “o dano em si é uma totalidade, composta de um mix de danos que nada mais são do que parte integrante deste organismo complexo.”³⁵⁵

É importante ressaltar que na medida em que se aceita haver mais de um dano extrapatrimonial em decorrência de um mesmo fato gerador, isto não implica a adoção de indenizações astronômicas,³⁵⁶ pois o que se pretende é uma reparação efetiva, que leve em conta todas as conseqüências sofridas pela vítima proporcionando uma justa satisfação.

No entanto, a fixação do *quantum* indenizatório no que tange aos danos extrapatrimoniais vem se demonstrando uma questão tormentosa a ser resolvida pelo nosso ordenamento, esperando-se que gradativamente a jurisprudência encontre critérios uniformes para a sua estipulação, sem perder de vista as peculiaridades que envolvem cada caso resultante de um evento danoso.³⁵⁷

prejuízo estético, um prejuízo de lazer (*préjudice d'agrément*), notadamente os que engendram risco de transmissão (prejuízo sexual, impossibilidade de gravidez), e um dano moral específico”.

³⁵⁵ SEVERO, Sérgio, *id.*

³⁵⁶ Sérgio SEVERO refere-se sobre as somas indenizatórias fixadas para danos extrapatrimoniais aludindo que “a Corte de Apelação de Paris, num caso de contaminação por transfusão, de que foi vítima mulher jovem, posteriormente abandonada pelo seu próprio marido, ficando com a carga moral de criar seus dois filhos num estado de solidão e angústia, estabeleceu um montante satisfatório de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) francos. Os danos extrapatrimoniais, *op. cit.*, p. 181.

³⁵⁷ Os critérios que vem sendo utilizados para se fixar o montante indenizatório oriundo de danos extrapatrimoniais serão objetos de análise no capítulo 5 do presente estudo.

3. A REPARAÇÃO DOS DANOS

3.1 O direito à reparação

Etimologicamente a palavra *reparação* nos reporta ao sentido de restauração, indenização, ressarcimento de algo que sofreu alterações e deverá ser recomposto ao seu estado originário.³⁵⁸ No sentido técnico-jurídico, a expressão *reparação* nos conduz à idéia de ressarcimento pecuniário em virtude de um dano injusto sofrido por alguém, visando restabelecer uma situação para o estado anterior à ocorrência do dano.

O restabelecimento do equilíbrio através da indenização possui um caráter nitidamente patrimonial, pois apenas os bens materiais são suscetíveis de serem recompostos ao seu estado originário, isto é, ao estado anterior ao dano, observados os parâmetros de equivalência entre o dano e a reparação.³⁵⁹

Questão tormentosa a ser enfrentada refere-se à reparação de danos extrapatrimoniais, de natureza eminentemente abstrata e subjetiva, que deve propiciar à vítima alguma forma de satisfação pelas suas dores e suas perdas, apaziguando seu desejo de vingança.³⁶⁰

Nesse contexto, resta nítido que apesar da reparação dos “danos d’alma” consistir em tarefa impossível, já que nada pode indenizar o mal moral,³⁶¹ o ordenamento jurídico não pode deixar de tutelar os valores mais importantes dos seres humanos, inerentes à sua essencialidade. Ao Direito cabe resguardar os direitos da pessoa em sua integralidade.³⁶²

A reparação dos danos extrapatrimoniais confere à vítima uma forma de indenização presuntiva, em razão de estar baseada num jogo de presunções a

³⁵⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, p. 1743.

³⁵⁹ REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 125.

³⁶⁰ REIS, Clayton, *ibid.*, p. 126.

³⁶¹ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral, op. cit.*, p. 43.

³⁶² REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 142.

despeito dos fatos, pois cada ser humano reage de forma diferente a uma perda, sendo a dor insuscetível de ser provada e muito menos medida.³⁶³

Assim, nas hipóteses de prejuízo moral o dinheiro desempenhará uma função de satisfação tanto quanto possível ao lado de seu papel de equivalência,³⁶⁴ pois é impossível alcançar o grau de satisfação das reparações do plano material, visto que esse é perfeitamente recomposto ao seu estado originário e passível de uma avaliação precisa através do princípio da equivalência entre o dano e a indenização, ao passo que os danos extrapatrimoniais não seguem esta idéia força.³⁶⁵

Em virtude de os danos extrapatrimoniais não serem passíveis de uma recomposição ao seu estado originário e de uma avaliação precisa por seu conteúdo essencialmente subjetivo, o caminho encontrado por nosso ordenamento para ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima de um dano injusto se deu através da função de compensação mediante um *quantum* indenizatório.³⁶⁶

Ao se viabilizar à vítima o direito a uma indenização pelo evento injusto, tal indenização só pode ser adequadamente compreendida num sentido genérico, visto que a reparação do dano extrapatrimonial se dá através de uma compensação e não de um ressarcimento, pois o intuito é tentar compensar a vítima tanto quanto possível através de uma quantia em dinheiro que lhe permita alguma forma de satisfação. De outro lado, quando se alude a danos materiais a reintegração se viabiliza pecuniariamente e de forma plena, eis que o dinheiro desempenha uma função de equivalência, recompondo o patrimônio da vítima como se o dano não tivesse ocorrido, como explica Yussef Said CAHALI:

³⁶³ REIS, Clayton, *ibid.*, p. 127.

³⁶⁴ Nesse sentido afirmam MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro), p. 22: “A regra da simetria do art. 944, caput, do Código Civil, incide só em danos patrimoniais, pois não há como mensurar monetariamente a “extensão” do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica, traduzida em valores monetários”. E, ainda, no mesmo sentido Yussef Said CAHALI, *op. cit.*, p. 42-43, o princípio da equivalência que determina que a indenização seja proporcional ao dano, consagrado em nosso Código Civil no seu art. 944 que dispõe: “a indenização mede-se pela extensão do dano”, na reparação do dano moral está abandonado pela melhor doutrina, mas não se pode a partir desse pensamento da impossibilidade de uma perfeita equivalência entre o dinheiro e o dano moral sustentar a sua não-reparação. Afirma-se, no entanto, que equivalência absoluta só é possível no âmbito dos danos materiais.

³⁶⁵ CAHALI, Yussef Said, *id.*

³⁶⁶ REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 142.

No dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o ressarcimento do dano patrimonial. Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa. Trata-se, aqui, de reparação do dano moral. Assim, da responsabilidade civil do agente resulta para o ofendido o direito à *indenização do dano* (sentido genérico), para que se resolve ou pelo *ressarcimento do dano patrimonial* ou pela *reparação do dano moral*.³⁶⁷

Para além dessa necessária distinção entre a indenização do prejuízo material e a compensação do dano moral, é relevante destacar que para fins de indenização dos danos extrapatrimoniais faz-se menção a um chamado *critério punitivo* que vem sendo amplamente utilizado em nossa jurisprudência quando afirma a necessidade de se imprimir à indenização uma função punitiva e inibidora. Alude-se à necessidade de que a indenização por danos morais contribua para desestimular o ofensor à repetição do ato, inibindo assim condutas antijurídicas.³⁶⁸

Nesse sentido afirma Caio Mário da Silva PEREIRA:

A idéia de reparação, no plano patrimonial, tem o valor de um correspondente, e liga-se à própria noção de patrimônio. Verificado que a conduta antijurídica do agente provocou-lhe uma diminuição, a indenização traz o sentido de restaurar, de restabelecer o equilíbrio e de reintegrar-lhe a cota correspondente do prejuízo. Para a fixação do valor da reparação do dano moral, não será esta a idéia-força. Não é assente na noção de contrapartida, pois que o prejuízo moral não é suscetível de avaliação em sentido estrito. Conseqüentemente, não se distinguem as duas figuras, da indenização do prejuízo material e da reparação do dano moral; a primeira é reintegração pecuniária ou ressarcimento *stricto sensu*, ao passo que a segunda é sanção civil direta ao ofensor da reparação da ofensa, e, por isto mesmo, liquida-se na proporção da lesão sofrida.³⁶⁹

No entanto, a doutrina divide-se, conforme sustenta Yussef Said CAHALI: “A nosso ver, tais extremos devem ser descartados, ante a consideração de que não há

³⁶⁷ CAHALI, Yussef Said, *op. cit.*, p. 44.

³⁶⁸ STJ, 4ª Turma, RESP. 265.133, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 10.09.2000, DJ de 23.10.2000.

³⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. II, p. 288.

um fundamento específico para a responsabilidade civil quando se cuida de ressarcir o dano patrimonial, diverso daquele que determina a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais; a rigor, a questão se desloca para o âmbito da finalidade da condenação indenizatória.”³⁷⁰

Diante dessa discussão referente à natureza da reparação, surge uma difícil tarefa aos operadores do Direito, qual seja, a de fixar o *quantum* da indenização por intermédio de critérios seguros que atendam as necessidades de cada situação.³⁷¹

Como afirma Clayton REIS: “(...) na valoração do *quantum* indenizatório, deve o julgador se posicionar na condição de vítima para, então, estabelecer a partir do seu ponto de vista interior, a condenação adequada em face das circunstâncias vivenciadas. Somente nessa situação será possível o estabelecimento de uma compensação compatível com o sentido satisfatório”.³⁷²

Em que pesem as dificuldades de se apurar um montante indenizatório para a fixação do dano moral, necessário se faz que a indenização em sentido amplo seja pautada, ao mesmo tempo, em valores consentâneos com a realidade do evento lesivo causado à vítima,³⁷³ e ainda assegure “(...) ao danificado uma utilidade substitutiva que o compensa, tanto quanto possível, do sofrimento moral e psíquico por ele vivenciado”.³⁷⁴

3.2 Superação da discussão acerca da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais

³⁷⁰ CAHALI, Yussef Said, *op. cit.*, p. 36.

³⁷¹ REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 126.

³⁷² REIS, Clayton, *ibid.*, p. 143.

³⁷³ REIS, Clayton, *ibid.*, p. 145. Afirma o autor “e para essa tarefa de valoração não é necessário que o juiz seja um *expert* em avaliação de danos extrapatrimoniais. Basta, apenas, que diferencie com acuidade os níveis de dor vivenciado pelas vítimas nas diversas situações imposta pelos conflitos no ambiente social. Nesse particular aspecto, há indiscutíveis níveis de insatisfação vivenciado por pessoas, como no caso de perdas de parentes e na hipótese de protesto indevido cambial. São duas situações particulares antagônicas que deverão ser compensadas de forma diferente pois, não obstante estejamos, em ambas as hipóteses, diante de dano moral, a extensão da dor sofrida pelas respectivas vítimas se situa em níveis extremamente diferenciados, circunstância que resultará em valorações distintas para efeito de fixação do *pretium doloris*. A determinação da extensão do dano propiciará o arbitramento de valor por equivalência relativa, que ofereça compensação compatível com o prejuízo.”

³⁷⁴ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, 5 lá responsabilità*, p. 173.

Durante um longo período entendeu-se contrário à moral e à ordem jurídica qualquer forma de indenização proveniente de um dano de natureza extrapatrimonial.

Nos ordenamentos de tradição romano-germânica a regra geral era a da não admissão do denominado *pretium doloris* (preço da dor), com algumas exceções previstas pelo legislador.³⁷⁵

Assim sendo, pode-se afirmar que numa primeira fase o dano moral era irresarcível, uma vez que era impossível ser objeto de estimação econômica diante da dificuldade em se averiguar a existência e a extensão do dano sofrido. De tal forma, “aquilo que não pode se pode medir, não se pode indenizar: a indenização é, justamente, a medida do dano.”³⁷⁶ O único remédio cabível para as dores da alma era o tempo.

A idéia de vingança, concebida de forma a imprimir no causador do dano o mesmo mal que o ofendido sofrera, trazia satisfação à vítima na medida em que o ofensor pagaria na “mesma moeda” o dano sofrido. Assim, apenas a *vindita* representaria uma forma de compensar o sofrimento do ofendido.³⁷⁷

No entanto, essa modalidade de reparação gradativamente foi sendo abandonada (ou ao menos relativizada) em virtude de se revelar contrária às normas sociais vigentes, visto não ser justificável o uso abusivo do direito em razão dos superiores interesses da coletividade e da preservação das normas de coexistência social.³⁷⁸

Assim, durante muito tempo vingou a tese da irressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais, em razão da impossibilidade da reparação dos danos morais de

³⁷⁵ A princípio a “Alemanha manteve-se fiel a essa tradição, indenizando apenas os casos expressos nas leis, como determina o parágrafo 253 do BGB. No entanto, todos os países de tradição romano-germânica que promulgaram constituições no século XX, e nas quais se inscreveu o princípio da dignidade humana, têm utilizado tal princípio como o fundamento para determinar a indenização do dano moral”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana, op. cit.*, 146.

³⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de, *id.*

³⁷⁷ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação, op.cit.*, p. 610.

³⁷⁸ SILVA, Wilson Melo da, *id.* Afirma o autor que “o *jus abutendi* não se exerce mais segundo a amplitude que, no entender dos glosadores, lhe emprestavam os romanos. O direito se socializa, disse de uma feita, em voto brilhante, no Tribunal de Minas, o culto desembargador AMÍLCAR DE CASTRO”.

forma compatível com as normas sociais vigentes, pois não era possível fazer justiça com as próprias mãos. Na lição de Wilson de Melo da SILVA, “os danos morais não se restauram com valores econômicos, não se compensam as angústias e os sofrimentos com o dinheiro. Falta, pata tanto, a *unità di misura* de que nos fala GABBA, e à própria essência dos danos morais repugna essa compensação.”³⁷⁹

Um outro impeditivo à reparabilidade dos danos no plano extrapatrimonial consistia na indeterminação do número de vítimas da conduta lesiva pois, não sendo o dano passível de ser medido, seria muito tênue a fronteira de separação entre os sujeitos que foram efetivamente lesados daqueles que nada sofreram.³⁸⁰

Assim, em linhas gerais pode-se elencar as seguintes razões sustentadas por aqueles que negavam qualquer forma de reparabilidade dos danos morais:

a) inexistência de preço para a dor; b) contrariedade à Moral de atribuição de valor pecuniário para a dor, a honra, ou outro elemento desse porte; c) impossibilidade de sistematização dos diferentes reflexos negativos provocados, em concreto, nas pessoas; d) impossibilidade de mensuração prática desses reflexos; e) impossibilidade de prova de danos morais; e f) arbitrariedade do juiz na fixação de eventual valor de reparação.³⁸¹

Como acima dito, todavia, a idéia da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, que começou a ser pautada na idéia de vingança, começou a ser legitimada a partir do momento em que as formas da referida vingança passaram a ser orientadas em princípios da ordem jurídica.

Todavia, ainda assim em muitas hipóteses os danos extrapatrimoniais não se revelavam passíveis de qualquer forma de exercitamento do chamado *jus vindicte*, sem que se comprometessem os interesses da coletividade e da paz social.³⁸²

Foi precisamente a partir de tais casos, pois, que a compensação pecuniária começou a ser aceita, ainda que de forma indireta ou subsidiária.

³⁷⁹ SILVA, Wilson Melo da, *id.*

³⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana, op.cit.*, p.146.

³⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais, op. cit.*, p. 76.

³⁸² SILVA, Wilson Melo da, *ibid.*, p. 612.

Não se trata de pagamento da dor (visto que esta não tem preço), mas sim no papel que o dinheiro poderia desempenhar trazendo alguma forma da satisfação para o ofensor na tentativa de neutralizar os sentimentos negativos.

Assim, através da compensação pecuniária seria possível propiciar à vítima instrumentos que lhe trouxessem sensações positivas de prazer, contentamento e satisfação, afastando os sentimentos de angústia, tristeza e dor.

Conforme ensina Wilson de Melo da SILVA:

As viagens para o apaixonado dessa maneira de distração, a aquisição de obras raras para o bibliófilo ou para o colecionador, as estações de águas e de recreio para muitos, as caçadas para os amantes da arte venatória, as práticas desportivas para outros, tudo isso seria maneira de levar ao ofendido uma distração, vale dizer, um contentamento, um prazer capaz, até certo limite, de lhe neutralizar a angústia e o sofrimento.³⁸³

Desse modo, naquelas hipóteses em que o exercício do *jus vindicte* se demonstrava anti-social, o dinheiro seria a único modo de trazer alguma forma de compensação ao ofendido, eis que situações economicamente estáveis poderiam trazer sensação de contentamento, tranqüilidade e satisfação. Assim, embora não fosse possível ao ofendido fazer com que o ofensor passasse pelo mesmo agravo sofrido, através de um ato vingativo, a compensação pecuniária passou a ser instrumento idôneo a lhe proporcionar alegria, afastando suas tristezas.³⁸⁴

Visível foi, pois, a transformação sofrida pelo *jus vindictae*: “sob essa roupagem nova, a do dinheiro, o *jus vindictae* se exerceria contra o ofensor, não de um modo anti-social e bárbaro, primitivo e retrógrado, mas de uma maneira que, diversamente da vingança rude e pretérita, não gerasse um novo mal.”³⁸⁵

A compensação pecuniária para os danos morais seria, assim, uma forma de reparação e não um fim em si mesma, pois se trataria apenas de um meio

³⁸³ SILVA, Wilson Melo da, *ibid.*, p. 613. Afirma o autor que “objetar-se-á com a hipótese do homem rico a quem não faltasse o dinheiro para tudo isso, ou do misantropo, arredo e hipocondríaco, para o qual nenhum prazer seria possível, fosse a que título fosse. Mas, pergunta-se: também nos danos materiais, pela insolvência do ofensor ou por sua falta de recursos, não ficam ele às vezes sem reparação? O que não podemos é perder de vista a contingência humana de nossa justiça e a falibilidade dos meios, ao nosso alcance, para uma reparação ideal e perfeita”.

³⁸⁴ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*, *op. cit.*, p. 614.

³⁸⁵ SILVA, Wilson Melo da, *id.*

apaziguador, visto que nenhum dinheiro seria capaz de pagar o preço daqueles valores mais íntimos da pessoa humana, tais como sua honra, sua liberdade individual, sua reputação e sua integridade intelectual.³⁸⁶

O dinheiro, neste passo, além de proporcionar ao ofendido uma reparação (mesmo que indireta) pela ocorrência de um dano moral, não deixaria de constituir ao ofensor uma forma de castigo, aí residindo o caráter de vingança por parte da vítima.³⁸⁷

Assim, se antes era inconcebível falar-se em reparação de danos morais, sobretudo em virtude de o lesado só se satisfazer com o exercício da pura *vindita* e de ser essa forma incompatível com a ordem social, gradativamente a reparação de danos morais passou a ser aceitável diante da possibilidade de se fazer justiça através de meios permitidos pela ordem jurídica. Ainda, se essa forma de justiça não se revelasse possível, por fim o dinheiro seria o instrumento de compensação indireta das lesões sofridas pela vítima, conforme ressalta Maria Celina Bodin de MORAES:

(...) o que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser (re)compensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito.³⁸⁸

Percebe-se que tais alterações se deram gradativamente, em decorrência direta da conscientização coletiva acerca da concepção do conceito de justiça assimilado pela sociedade em cada momento histórico. Na verdade, todas as controvérsias relativas ao direito de responsabilidade civil decorrem, sobretudo, dos

³⁸⁶ SILVA, Wilson Melo da, *ibid.*, p. 615.

³⁸⁷ VON TUHR citado por Wilson Melo da SILVA afirma que o dinheiro não deixaria de representar para o ofensor uma forma de castigo que ajudaria à vítima a “*acallar esse sentimiento de venganza innato el hombre, por moderno y civilizado que este sea*”, *op. cit.*, p. 615.

³⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana, op. cit.*, p. 147.

diferentes modos de aferição do princípio da responsabilidade que, antes de ser puramente técnico, se revela muito mais de natureza filosófico-político.³⁸⁹

No exato sentido de mudança de paradigma do princípio da responsabilidade civil, destaca-se decisão do Supremo Tribunal Federal que procurou assegurar indenização por morte de filho menor que não ajudava com as despesas domésticas, relatada pelo Ministro Aliomar Baleeiro:

O homem normal, que constitui família, não obedece apenas ao princípio fisiológico do sexo, mas busca satisfações espirituais e psicológicas, que o lar e os filhos proporcionam ao longo da vida e até pela impressão que se perpetua neles (...). Se o responsável pelo homicídio lhe frustra a expectativa e a satisfação atual, deve reparação, ainda que seja a indenização de tudo quanto despenderam para um fim lícito malogrado pelo dolo ou culpa do ofensor. Perderam, no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação dos filhos, e que se converteu em frustração pela culpa do réu.³⁹⁰

Referido julgado representou, no Brasil, uma importante transição da irresponsabilidade civil para a responsabilização eis que, anteriormente a esta manifestação da máxima instância jurisdicional, sustentava-se que o menor era uma fonte de despesas para a família, já que não contribuía com o orçamento doméstico. Ademais, a possibilidade de um retorno futuro não consistia num ganho garantido.³⁹¹

Percebe-se, todavia, que apesar do reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal da indenizabilidade dos pais pela perda do filho, o fundamento para o referido ressarcimento ainda apegava-se a uma concepção eminentemente patrimonialista, na medida em que frustrava a expectativa da família de um retorno econômico futuro daquilo que eles teriam investido para a educação do filho.³⁹²

Apesar de a referida decisão ter sido fundamentada no aspecto patrimonial da indenização, não se pode minorar o seu valor, pois a construção do dano moral indenizável consistiu em processo lento que gradativamente foi delimitando seus contornos, atendendo aos anseios sociais de cada época.

³⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de, *id.*

³⁹⁰ Recurso extraordinário n.º 59940, julgado em 26 de abril de 1966, citado por Maria Celina Bodin de MORAES. *Danos à pessoa humana, op. cit.*, p. 149.

³⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de, *id.*

³⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de, *id.*

Nesse sentido, afirma Bodin de MORAES: “se a noção de risco serve a explicitar a historicidade do conceito de responsabilidade civil (...), tal característica, a da historicidade, se estende também seu elemento ineliminável, o dano, fazendo com que se tenha que reconhecer que cada época tem os seus danos indenizáveis e, portanto, cada época cria o instrumental, teórico e prático, além dos meios de prove necessários para repará-los.”³⁹³

Atualmente não há mais lugar para discussão acerca da reparabilidade ou não dos danos morais, pois a Constituição Federal veio expressamente determinar a sua absoluta reparabilidade, consoante entendimento majoritário da doutrina,³⁹⁴ dispondo-se no artigo 5º, incisos V e X :

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da 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 a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³⁹³ MORAES, Maria Celina Bodin de, *ibid.*, p. 150.

³⁹⁴ Dentre os autores favoráveis a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais podemos citar: Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, José de Aguiar Dias, Azevedo Marques, Orozimbo Nonato, Wilson de Melo da Silva.

E, ainda, a legislação brasileira concebia o dano moral em diversos dispositivos de lei. No Código Civil de 1916 podemos citar os seguintes dispositivos: artigo 76 (interesse moral); artigo 159 (reparação do dano); artigo 1538 (lucros cessantes, multa equivalente à diária penal); artigo 1542 (arbitramento judicial); artigo 1543 (preço afetivo); artigo 1550 (cálculo da indenização); artigo 1553 (fixação da indenização por arbitramento). No que tange a legislação especial pode-se aduzir sobre o Decreto n. 2681, de 7-12-1912, que regulava a responsabilidade civil das estradas de ferro; a Lei n.º 4117/1962, Código Brasileiro de Telecomunicações; o Código Eleitoral, Lei n.º 4737/1965; a Lei de Imprensa n.º 5250/1967; a Lei de Direitos Autorais n.º 5988/1973. SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, *op.cit.*, p. 83-86. “Registre-se, outrossim, que sob o aspecto penal, já de longa data se cuidou da proteção da honra e demais valores morais da personalidade e de relações outras contempladas, como as de família, de respeito ao sentimento religioso, de respeito aos mortos e assim por diante.(...) No Brasil, desde o Código Criminal do Império, e sucessivamente em legislações posteriores, vem sendo mantida essa orientação protecionista, diante da noção de que interessa ao Estado o amparo a esses aspectos, como valores básicos da convivência social, completando-se, assim, a tutela que recebem no plano privado”. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, *op. cit.*, p. 73-74.

Assim, pode-se afirmar que modernamente qualquer discussão acerca da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais terá relevância apenas do ponto de vista histórico ou subjacente, eis que se trata de direito previsto constitucionalmente, alçado, inclusive, à condição de cláusula constitucional pétrea.

3.3 O princípio da *restitutio in integrum*

O fundamento essencial do princípio da *restitutio in integrum* consiste na idéia da plena restituição dos prejuízos suportados pela vítima. Tal idéia foi preconizada pelo direito romano na busca da reposição ao *status quo ante* da situação patrimonial violada.³⁹⁵

O referido princípio pauta-se na noção de que a reparação só será plena ou integral na medida em que corresponda exatamente àquilo que a vítima perdeu. Pó outras palavras, a restituição deverá englobar exatamente o equivalente perdido pelo ofendido.

Nesse sentido afirma Carlos Alberto BITTAR:

(...) constitui-se o princípio da reparação integral uma das pilastras básicas da teoria da responsabilidade civil. Em consonância com esse postulado, devem-se buscar, na esfera do agente, os elementos necessários para a composição dos interesses lesados. Assim, por ações ou omissões, através de comportamentos pessoais ou despojamentos patrimoniais, conforme a hipótese, cabe ao lesante assumir, e sem limites, salvo lei em contrário, os ônus decorrentes de sua atuação, até que consiga a plena satisfação do lesado.³⁹⁶

Note-se que em matéria de danos patrimoniais o valor do ressarcimento pelo equivalente da perda sofrida pelo lesionado se demonstra perfeitamente viável, visto que “existem meios materiais determinantes de equivalência, através do expediente de valoração de bens”. Ao contrário, todavia, no âmbito dos danos extrapatrimoniais,

³⁹⁵ REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 26. Aduz o referido autor que “as codificações alemãs modernas mantiveram, todas, o princípio da reparação natural”, orientação que foi seguida pelo Código Geral Prussiano, que previa “(1,6,97): todas as vezes que se produza um dano, deverá, dentro do possível restaurar-se o estado de coisas existentes antes da verificação dele”.

³⁹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, *op. cit.*, p. 102-103.

“a equação gravita em torno da restauração do ânimo do lesado, ou da devolução a seu equilíbrio ideal, ou seja, de valores imateriais ou incorpóreos.”³⁹⁷

Como afirma João CASILLO, “Aliás, o princípio da *restitutio in integrum* aplica-se de maneira mais apropriada ao dano patrimonial, pois o dano não patrimonial em verdade há mais uma compensação do que efetivamente uma restituição ao *status quo ante*. Mesmo assim, esta compensação visaria pelo menos em tese, a restituir à pessoa ofendida o seu estado anterior ao dano.”³⁹⁸

Percebe-se, pois, que os mais graves problemas na aplicação do princípio da *restitutio in integrum* diz respeito à sua incidência no campo dos danos extrapatrimoniais, na medida em que então não há que se falar propriamente em indenização (em sentido literal), mas sim a formas de compensação para a vítima, pois não é então possível perseguir-se o *status quo ante*, uma vez que não se trata de uma reintegração patrimonial.

A busca de critérios razoáveis e efetivos para a compensação dos danos extrapatrimoniais tornou-se, assim, alvo de intenso debate doutrinário e jurisprudencial.

Como afirma Clayton REIS, “O apontado princípio vem sendo moldado pelos Pretórios dentro de critérios que possam corresponder ao prejuízo exato, o que, aliás, constitui uma das tarefas mais difíceis, se considerarmos a subjetividade existente no processo de avaliação dos danos morais.”³⁹⁹

A aferição do *quantum* indenizatório para a reparação dos danos patrimoniais e para os danos extrapatrimoniais deve corresponder à estreita ligação entre o dano e a indenização. Tanto é assim que, para os danos patrimoniais, as perdas e danos

³⁹⁷ “Evidencia-se, assim, a proteção às vítimas como uma das maiores preocupações da Ciência jurídica, aliás, desde que se desenvolveram, a partir da Revolução Industrial, em meados do século passado, atividades várias carregadas de perigo e que, continuamente, são acrescidas ao cenário fático. A partir de então, cresce o espectro da responsabilidade objetiva, bem como se engendram instrumentos outros de amparo aos lesados, inclusive processuais, a fim de que obtenha, efetivamente, a reparação cabível. BITTAR, Carlos Alberto, *ibid.*, p. 105.

³⁹⁸ CASILO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*, *op. cit.*, p. 84.

³⁹⁹ REIS, Calyton, *op. cit.*, p. 27.

abrangem os danos emergentes e os lucros cessantes⁴⁰⁰ de forma a tornar a reparação a mais completa possível. Por outro lado, no que tange aos danos extrapatrimoniais, a equivalência absoluta entre o dano e a compensação é uma meta idealmente perseguida pelos operadores do Direito, sobretudo, pelos magistrados.

Assim, há nítida preocupação jurisprudencial na fixação de um montante pecuniário ideal para a reparação dos danos extrapatrimoniais, cuidando-se para que o valor da indenização não seja ínfimo a ponto de tornar-se meramente simbólica a condenação e, por outro lado, não ser exorbitante a ponto de proporcionar o enriquecimento da vítima.⁴⁰¹

Nesse sentido, elucida Caio Mário da Silva PEREIRA ao traçar algumas diretrizes para a fixação da indenização de danos morais:

A vítima de uma lesão a alguma daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.⁴⁰²

Preconiza-se, neste sentido, para fins de fixação de um montante indenizatório que possa de certo modo compensar o sofrimento da vítima, que deve o julgador “se valer de sua experiência e do seu prudente arbítrio na busca de uma solução que possa contribuir para conceder uma indenização que seja a mais

⁴⁰⁰ Conforme previsão do art. 402 do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

⁴⁰¹ Neste exato sentido ilustre-se a decisão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul na AC 195063920, rel. Juiz Leo Lima, julgado em 09.08.95: “nas indenizações por dano moral, o Estado juiz tenta minimizar a dor intensa ocasionada pela perda do ente querido, fixando importância determinada, que não pode ser simbólica, evidentemente, mas que não serve para enriquecer o beneficiário, ou empobrecer o responsável pela relação, notadamente, quando na mesma decisão, é estabelecida total reparação material.” Conforme adverte Clayton REIS, ainda, “o aumento dos valores concedidos pelos Tribunais nas indenizações relativas aos danos morais vem demonstrando que as decisões estão se afastando do *quantum debeat* meramente simbólico, que não condizem com o princípio da indenização por equivalência”. *Os novos rumos da indenização do dano moral, op. cit.*, p. 27-28.

⁴⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 67.

equivalente possível ao dano. Na realidade, essa postura somente será possível através de lenta e laboriosa construção jurisprudencial, com forte conteúdo axiológico que exige apurada sensibilidade do julgador.”⁴⁰³

Não obstante todas as dificuldades envolvidas na fixação concreta do montante indenizatório nas hipóteses de danos extrapatrimoniais, o princípio da *restitutio in integrum* também neste campo deve ser observado, eis que constitui no Brasil expressa garantia constitucional (art. 5º, V da CF). De fato, não há dúvida que a intenção do legislador constituinte foi primordialmente assegurar o direito à reparação, quer derive de um dano patrimonial, quer derive dos chamados danos extrapatrimoniais, devendo, assim, ser implementado em toda a sua extensão e profundidade, isto é, deve-se buscar a mais próxima equivalência entre o dano sofrido pela vítima e a indenização a que tem direito.

A constitucionalização do direito ao pleno ressarcimento dos danos, neste sentido, pode ser apontada como fenômeno ilustrativo da alteração paradigmática experimentada no próprio campo da responsabilidade civil, como afirma Yvonne LAMBERT-FAIVRE: “le droit de la responsabilité s’adapte pour toujours trouver un moyen d’indemniser les victimes. Le Droit à réparation des victimes n’est d’ailleurs plus seulement une règle de simple responsabilité civile: il est devenu aujourd’hui un véritable principe constitutionnel.”⁴⁰⁴

Demonstra-se, pois, que a idéia fundamental atualmente relevante no campo da responsabilidade civil gira em torno da garantia de que todas as espécies de danos devem ser adequadamente equacionados por intermédio da fixação da obrigação de reparação integral, como conclui Clayton REYS: “Essa é uma função

⁴⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *ibid.*, p. 28.

⁴⁰⁴ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne: L’Évolution de la Responsabilité Civile D’une Dette de Responsabilité à Une Créance D’indemnisation. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.86, 1987, p. 14. Tradução livre: “o direito da responsabilidade se adapta para sempre encontrar um meio de indenizar as vítimas. O direito à reparação das vítimas, assim, não é mais somente uma regra de simples responsabilidade civil: ele se tornou, hoje, um verdadeiro princípio constitucional”. No mesmo sentido afirma, ainda, Carlos Alberto BITTAR: “Com efeito, da idéia de dignidade humana, que ao Direito compete resguardar, decorrem vários direitos que, quando desrespeitados em concreto, propiciam a reação do lesado, na busca da reparação. Autorizado pelo próprio Direito Natural, por textos expressos da Declaração Universal (preâmbulo; arts. 7º, 12 e 27, entre outros), e por normas constitucionais (entre nós, preâmbulo, art. 5º, caput, e vários incisos), o lesado pode voltar-se contra o lesante, extrajudicialmente ou judicialmente, a fim de auferir os resultados compatíveis que a técnica jurídica lhe possibilita”. *Reparação civil por danos morais, op. cit.*, p. 104.

de segurança social, se atentarmos para o fato de que as pessoas não admitiriam que o seu patrimônio ficasse indene em qualquer hipótese de lesão. E muito menos ficariam satisfeitas se a restauração desse patrimônio fosse parcial. Daí o princípio da *restitutio in integrum*, consistente na absoluta restituição da perda sofrida.”⁴⁰⁵

3.4 A função do juiz no arbitramento da indenização do dano extrapatrimonial

Seguindo-se ainda na análise das dificuldades na fixação do *quantum* indenizatório na reparabilidade de danos extrapatrimoniais, provenientes, em larga escala, da profunda subjetividade e diversidade dos critérios utilizados, freqüentemente doutrina e jurisprudência lançam-se na tarefa de encontrar parâmetros que sejam adequados e razoáveis para que o ressarcimento *in concreto* não se transforme em mera ficção e abstração, acarretando a violação de fundamentais princípios do Estado Democrático de Direito, como o da isonomia e o da legalidade.⁴⁰⁶

Como já mencionado, nada obstante a dificuldade em se fixar critérios objetivos para a fixação do dano extrapatrimonial não mais se justifica a sua irreparabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, ou, ainda, a sua reparabilidade insatisfatória, isto é, aquela reparação meramente simbólica, eis que, então, estaria estabelecido o desequilíbrio na ordem jurídica na medida em que, de um lado, ter-se-ia uma ofensa a direito não equacionada, e de outro, a impunidade do ofensor.⁴⁰⁷ Assim, como afirma Daniel Ramon PIZARRO, “a realidade, geralmente mais sábia que os homens do direito, superou polêmicas estéreis, impondo com a amplitude o princípio da reparação plena do dano moral injustamente sofrido”.⁴⁰⁸

Na busca dos critérios para o estabelecimento da reparação dos danos morais, então, alude-se à necessidade de se “investigar a intimidade das pessoas, o seu nível social, o seu grau de sensibilidade, suas aptidões, o seu grau de relacionamento no ambiente social e familiar, seu espírito de participação nos

⁴⁰⁵ REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, *op. cit.*, p. 147-148.

⁴⁰⁸ PIZARRO, Daniel Ramon. *Daño moral – prevención, reparación, punición*, p. 94.

movimentos comunitários, enfim, os padrões comportamentais que sejam capazes de identificar o perfil sensitivo do ofendido”.⁴⁰⁹

Vasta doutrina e jurisprudência posiciona-se no sentido de que para se fixar o quantum indenizatório dos danos morais deve-se levar em conta também a capacidade econômica da vítima e do ofensor, no intuito de se tornar exequível a condenação. Por outro lado, tal análise econômica muitas vezes acaba por importar a redução da indenização sob pretexto de se evitar o enriquecimento sem causa do ofendido.

Em sentido contrário a esse entendimento sustenta-se que a posição econômica da vítima não poderia ser usada como critério para fixação dos danos morais,⁴¹⁰ pois a repercussão de um dano à personalidade do sujeito não poderia ser estimada a menor em razão da sua posição financeira. Isso representaria, então, grave violação ao princípio da isonomia, consagrado em nosso texto constitucional.⁴¹¹

Ademais, como afirma Anderson SCHREIBER, “a preocupação com o enriquecimento sem causa é inadequada à compensação propriamente dita do dano moral. Isto porque se o valor da indenização corresponde e se limita ao dano sofrido não há enriquecimento sem causa; causa da indenização é o próprio dano”.⁴¹²

Predomina na jurisprudência, assim, uma nítida discricionariedade na fixação dos danos morais, sob o fundamento do *arbitrium boni viri* do magistrado.⁴¹³

Ocorre, no entanto que, levado às últimas conseqüências, o livre poder de convencimento do juiz acaba por inviabilizar qualquer uniformização na escolha dos critérios de reparação, proporcionando-se, assim, disparidades na fixação do *quantum* indenizatório, o que acaba gerando uma possível indevida desequiparação das vítimas.

⁴⁰⁹ REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 117.

⁴¹⁰ Dentre os autores que criticam a análise da capacidade econômica das partes como critério para fixação dos danos morais, citem-se Clayton REIS, *Os novos rumos da indenização do dano moral*, *op. cit.*, Maria Celina Bodin de MORAES, *Danos à pessoa humana*, *op. cit.*, e Anderson SCHREIBER, *Arbitramento do dano moral no novo Código Civil*, *op. cit.*

⁴¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Arbitramento do dano moral no novo Código Civil*, *op. cit.* p. 11.

⁴¹² SCHREIBER, Anderson, *id.*

⁴¹³ REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 119.

Por outro lado, também não parece apropriada a idéia de tabelamento dos danos morais, na medida em que, apesar de por um lado aparentemente resolver as divergências jurisprudenciais, por outro, a uniformização da fixação pecuniária poderia conduzir a uma generalização absolutamente incongruente com o caráter personalíssimo dos danos morais, concluindo-se que outro caminho não há para a avaliação dos referidos danos senão o da particularização de cada situação concreta. Como sustenta Clayton REIS: “entendemos que o tarifamento dos danos extrapatrimoniais subtrairia do magistrado a sua independência na valoração do quantum indenizatório, não atendendo aos preceitos normativos atualmente existentes no Direito Brasileiro e comparado”.⁴¹⁴

Neste passo, na difícil empreitada em busca da concretização da adequada compensação dos danos extrapatrimoniais, é imprescindível que o “prudente árbitro dos juízes” na solidificação de critérios para que as indenizações guardem entre si uma correlação.⁴¹⁵

Tal correlação pode ser alcançada, pois, por intermédio da aplicação do *princípio da proporcionalidade*, apontado atualmente pela doutrina e pela jurisprudência como um importante instrumento empregável, em larga escala, para a solução de toda sorte de problemas que exigem interpretações necessariamente discricionárias por parte do órgão julgador, tal como parece ocorrer com a fixação dos danos extrapatrimoniais.

Analisando precisamente a utilização do princípio da proporcionalidade pela jurisprudência como instrumento adequado à tentativa de objetivação de certos critérios reconhecidamente subjetivos, orienta Elton VENTURI:

Com o desenvolvimento da análise do princípio sua aplicação passou a ser preconizada não só no controle da constitucionalidade, mas genericamente na prestação jurisdicional, concluindo-se que sua aplicação pelos tribunais seria importante meio de afastar-se a abstração dos princípios e valores, ensejando a “justiça do caso concreto” (*Einzelfallgerechtigkeit*). Para tal finalidade, a proporcionalidade, “enquanto máxima de interpretação, não representa nenhum critério material, ou seja, substantivo, de decisão, mas serve tão-somente para estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicando obviamente à solução de justiça do caso concreto e específico.

⁴¹⁴ REIS, Clayton, *ibid.*, p. 120.

⁴¹⁵ REIS, Clayton, *ibid.*, p. 116.

(...) Longe de configurar critério subjetivo e discricionário, a ensejar “insegurança” ou “descontrole” nas decisões, a proporcionalidade passa a ser encarada, pois, como critério tendente a objetivar, senão de imediato, gradativamente os fundamentos dos provimentos jurisdicionais sob alicerces valorativos constitucionais construídos a partir de uma análise contextual e sistemática do ordenamento jurídico.

Mais do que isso, o princípio analisado constitui imprescindível instrumento de efetivação da garantia constitucional da inafastabilidade na medida em que propicia uma tomada de decisão frente ao caso concreto carente de tutela, ainda (e sobretudo) quando o procedimento jurisdicional não conceda ao magistrado condições ideais para que se assegure da “verdade”, vale dizer, ainda que tenha que decidir motivado por mera verossimilhança.⁴¹⁶

Assim, diante do caso concreto, parece que somente por via do emprego da proporcionalidade os magistrados podem, a um só tempo, estabelecer critérios que sejam aplicáveis a casos similares, não conduzam nem a condenações meramente simbólicas, nem a imputações extravagantes, garantindo a concretização das garantias constitucionais da isonomia e do *restitutio in integrum*.

⁴¹⁶ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*, p. 204-206.

4. AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O CARÁTER COMPENSATÓRIO E O CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO

4.1 Premissas para a compreensão do tema: o sentido de *fundamento* e *função* dos institutos jurídicos

Os institutos jurídicos devem desempenhar uma *função*, tendo por base precipuamente um *fundamento* no qual devem pautar-se. Nesse sentido, o fundamento é a razão que justifica uma regra, um instituto jurídico, estabelecendo a congruência desses com os ideais de justiça que permeiam uma dada sociedade em determinado período histórico.⁴¹⁷

Como afirma Louis BACH ao referir-se sobre o fundamento da responsabilidade jurídica:

Et c'est pourquoi nous dirons que rechercher le fondement d'une responsabilité juridique, c'est à dire le fondement, soit de la responsabilité d'un sujet de droit dans un cas déterminé, soit, ce qui revient au même, de la règle qui statue cette responsabilité, c'est rechercher la *raison* qui la *justifie*, c'est-à-dire que permet d'affirmer que la réglementation établie en la matière par le législateur et "l'application" que font de celle-ci les tribunaux, sont conformes aux *ideaux de justice* que fait siens une société donnée à une époque déterminée de son existence (...) Ce postulat une fois admis, une première conséquence paraît devoir en découler: c'est que le fondement de la responsabilité civile, comme de toute responsabilité juridique, doit être recherché dans un principe qui se situe, *de soi*, c'est-à-dire *initialement*, en dehors du droit, autrement dit dans une norme, dans un principe *métajuridique*.⁴¹⁸

⁴¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil, op. cit.*, p. 31.

⁴¹⁸ BACH, Louis. Fondement de la Responsabilité en Droit Français. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº1, janvier-mars, LXXV, Paris: Sirey, 1977, 1. p. 20. Tradução livre: "Diríamos que buscar o fundamento de uma responsabilidade jurídica é buscar a razão que a justifica, quer dizer que permite afirmar que a regulamentação estabelecida sobre a matéria pelo legislador e à aplicação que fazem dela os tribunais, estão em conformidade com os ideais de justiça que tornam seus uma dada sociedade em uma época determinada de sua existência. (...) Uma vez admitida essa premissa, uma primeira consequência deve ser destacada: é a de que o fundamento da responsabilidade civil, como de toda a responsabilidade jurídica, deve ser buscado em um princípio que se situe por ele mesmo, quer dizer, inicialmente, fora do Direito, diferentemente dito, em uma norma, em um princípio metajurídico."

Com base na noção de que o fundamento consiste na razão que justifica a regra em conformidade com os ideais de justiça vigentes é possível concluir que não existe apenas um fundamento a embasar a responsabilidade civil.

Com efeito, na medida em que se analisam os diversos fundamentos da responsabilidade civil (antes tratados), torna-se imprescindível compreender-se também quais são as suas funções, entendidas essas como o “resultado procurado pela regra que foi editada por uma sociedade em determinado momento de sua história e que se aloca em nível jurídico.”⁴¹⁹

Note-se que ao se contrapor a noção de fundamento à de função, percebe-se que o “fundamento” se insere no plano suprajurídico, na medida em que é “a razão que justifica, denotando, pois, a medida do justo.” Já a “função” se insere no plano jurídico, pois é o resultado pretendido pela regra naquele determinado momento histórico, possuindo inegável interesse prático.⁴²⁰

Conforme Louis BACH:

Aussi bien faut-il se garder de penser que le fondement de la responsabilité puisse résider dans une quelconque volonté de <prévention des dommages > ou, plus généralement dans la considération de l'opportunité de tel ou tel autre résultat, car ce serait confondre les deux notions fondamentalement différentes de < fondement > de la responsabilité et de < fonction > de celle-ci. En effet, alors que rechercher la fonction des règles établissant une responsabilité, c'est rechercher le résultat à venir qu'attendait de l'établissement de ces règles la société qui les a édictées, rechercher le fondement de la responsabilité c'est, se tournant vers l'action passée de la personne déclarée responsable, rechercher les raisons susceptibles de justifier cette responsabilité, c'est-à-dire d'en rendre compte au nom de l'équité.⁴²¹

⁴¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, op. cit. p.31.

⁴²⁰ Nesse sentido afirma Judith MARTINS-COSTA: “O interesse está, pois, na conjugação entre essas duas sedes, isto é, a que se situa inicialmente fora do Direito, ou sobre o Direito, e a que se situa internamente, não sendo lícito esquecer que o Direito é um sistema de auto-referenciação apenas relativa, e não absoluta, como desejou, por exemplo, a Pandectística”. *Os fundamentos da responsabilidade civil*, op. cit., p. 32.

⁴²¹ BACH, Louis, op.cit., p. 20. Tradução livre: “Contudo é necessário cuidado ao se pensar que o fundamento da responsabilidade pudesse residir em qualquer vontade de prevenção de danos ou, mais geralmente, em uma consideração de oportunidade para tanto ou outro resultado, porque então, isto seria confundir as duas noções fundamentalmente diferentes de “fundamento” da responsabilidade e de “função” dela. Com efeito ainda que buscar a função das regras que estabelecem uma responsabilidade, seja buscar o resultado futuro que esperaria do estabelecimento dessas regras a sociedade que as editou, buscar o fundamento da responsabilidade é, voltando-se sobre a ação passada da pessoa declarada responsável, buscar as razões suscetíveis de justificar esta responsabilidade, vale dizer de levá-la em consideração em nome da equidade”.

De um modo geral, pela funcionalização dos institutos jurídicos compreende-se a busca de suas finalidades. Assim, *v.g.*, conforme Norberto BOBBIO, citado por Eroulths CORTIANO JUNIOR, a função social do direito na sociedade assume uma característica eminentemente promocional, entendendo-se por função promocional “a ação que o direito dá lugar através do instrumento da sanção positiva, pela qual se busca ‘promover’ e ‘incentivar’ o cumprimento de determinada conduta socialmente desejável.”⁴²²

Para Karl RENNEN a evolução dos institutos jurídicos ocorre através da função que desempenham em determinado momento da sociedade, corroborando a idéia de que a função é o resultado pretendido pela regra em determinado momento histórico, possuindo inegável interesse prático, conforme afirma:

Possiamo perciò constatare una doppia possibilità di evoluzione giuridica: il mutamento della norma e il mutamento della funzione. La scienza giuridica deve studiare, adesso in che modo esse avvengono, in che modo l'uno condiziona l'altro, con quale regolarità avvenga l'evoluzione. Per quanto grandi possano essere i mutamenti delle funzioni degli istituti giuridici non si può mai verificare che durevolmente non si adempia una funzione senza che la stessa società venga meno. Per ogni funzione di un istituto giuridico che finisce deve subentrare un altro istituto, non esiste un vuoto dell'ordinamento giuridico. Vedremo che gli istituti giuridici si possono rappresentare a vicenda entro certi limiti. Di regola sono però necessari nuovi istituti giuridici. Da dove nascono? In che modo possono essi sostituire quelli finiti? Il fatto che l'insieme degli istituti giuridici di un'epoca deve adempiere a tutte le funzioni generali, che in tal modo dunque il diritto è un tutto articolato, determinato dalle esigenze della società, io lo chiamo il carattere organico dell'ordinamento giuridico. Ogni istituto giuridico in quanto parte di tale tutto è perciò in un rapporto di connessione più o meno stretta con tutti gli altri, e tale connessione non si trova nel suo complesso normativo ma nella sua funzione.⁴²³

⁴²² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*, *op. cit.*, p. 143.

⁴²³ RENNEN, Karl. *Gli istituti Del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: Il Mulino, 1981, p. 61/62. Tradução livre: “Possamos para isso constatar uma dupla possibilidade de evolução jurídica: a mudança da norma e a mudança da função. A ciência jurídica deve estudar, nesse momento de que modo isso acontece, de que modo um condiciona o outro, com qual regularidade acontece a evolução. Por maiores que possam ser as mutações da função do instituto jurídico, não se pode mais verificar que estavelmente não se cumpra uma função sem que a mesma sociedade também se altere. Por cada função de um instituto jurídico que se encerra deve substituir um outro instituto, não existe um vazio do ordenamento jurídico. Veremos que os institutos jurídicos podem ser representados dentro de certos limites. De regra, são todavia necessários novos institutos jurídicos. De onde nascem? De que modo podem eles substituírem aqueles encerrados? O fato que o conjunto dos institutos jurídicos de uma época devem cumprir a todas as funções gerais de tal modo que o Direito é um todo articulado determinado pela exigência da sociedade eu o chamo de caráter orgânico do ordenamento jurídico. Cada instituto jurídico enquanto parte do todo é, portanto, uma parte de conexão mais ou menos estreita com todas as outras e tal conexão não se encontra no seu complexo normativo mais na sua função”.

A idéia de funcionalização dos institutos jurídicos, assim, condicionando o direito a determinadas finalidades,⁴²⁴ não é propriamente novidade dentro do nosso ordenamento, apesar de muitas vezes as atenções se voltarem muito mais ao aspecto formal dos referidos institutos do que à função que desempenham: "a insuficiência conceitual e a aplicação anacrônica de um purismo metodológico, de caráter formal, na ciência jurídica, que tem privilegiado nos estudos da teoria geral do direito, ao longo do tempo, muito mais a análise estrutural dos ordenamentos jurídicos do que a sua função social."⁴²⁵

Destaca-se, assim, que os institutos jurídicos devem cumprir suas funções consoante o momento em que se desenvolvem, pois é por meio delas que será possível avaliar se tiveram um alcance efetivo, justificando a razão de suas existências.

4.2 A função compensatória da responsabilidade civil

Etimologicamente a palavra compensar (do latim, *compensare*) significa contrabalançar, equilibrar, ou ainda, "reparar o dano, o incômodo, etc., resultante de; contrabalançar, contrapesar."⁴²⁶

Dessa forma, o chamado efeito compensatório revela não uma pretensão propriamente ressarcitória no sentido de se recompor ao estado originário tudo aquilo que a vítima perdeu (em termos patrimoniais), mas sim, proporcionar-lhe uma forma de satisfação que possa amenizar suas perdas e suas dores em razão da ocorrência da conduta danosa.

Por esse motivo, a compensação se vincula propriamente aos danos de caráter não patrimonial que, por sua abstração e subjetividade, não permitem uma

⁴²⁴ Norberto BOBBIO citado por Eroulths CORTIANO JUNIOR, afirma que "esta função não é nova. Mas é nova a extensão que ela tem tido e continua a ter no Estado contemporâneo: uma extensão em contínuo aumento que, por assim dizer, faz parecer inadequada e de alguma forma insuficiente qualquer abordagem do ponto de vista da sua função tradicional puramente protetora e repressiva". *Discurso jurídico da propriedade e suas rupturas, op. cit.*, p. 143.

⁴²⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths, *id.*

⁴²⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa, op. cit.*, p. 512.

reparação no sentido de recomposição ao *status quo ante*, ou seja, ao estado anterior, como se o dano nunca tivesse existido.

Sob esse aspecto, a função compensatória busca “satisfazer” de alguma forma aqueles sujeitos que tiveram o seu núcleo do “ser como pessoa” atingido, isto é, ofensa à sua esfera extrapatrimonial.

Assim, a responsabilidade civil, por intermédio de sua função compensatória, busca viabilizar à vítima que sofreu um dano em sua subjetividade alguma forma de satisfação idônea a compensar o mal sofrido.

Como afirma Clayton REIS:

(...) o efeito compensatório não possui função de reparação no sentido lato da palavra, mas apenas e tão-somente de conferir à vítima um estado d’alma que lhe outorgue a sensação de uma retorno do seu *animus* ferido á situação, à semelhança do que ocorre no caso de ressarcimento dos danos patrimoniais. é patente que a sensação aflitiva vivenciada pela vítima, decorrente das lesões sofridas, não se recompõe mediante o pagamento de uma determinada indenização, mas apenas sofre um efeito de mera compensação ou satisfação.⁴²⁷

Convém frisar que a compensação a ser fixada a título de danos extrapatrimoniais deve ser adequada e compatível com as dores sofridas pela vítima, à semelhança dos danos patrimoniais.

No entanto, como antes verificado, diferentemente do que ocorre no campo dos danos extrapatrimoniais, nos danos patrimoniais a equivalência entre o prejuízo e a indenização é aferível sem maiores problemas, na medida em que os bens materiais são suscetíveis de recomposição ao seu estado originário e, ainda assim, caso não seja possível a recomposição *in natura*, sempre será viável determinar-se o seu equivalente pecuniário.

Desse modo, conclui-se que a função compensatória, não obstante as dificuldades em se determinar uma adequada satisfação à vítima que corresponda ao dano sofrido, atende o objetivo estabelecido pelo legislador para o direito da responsabilidade civil no sentido de que se viabilize a restauração do equilíbrio jurídico rompido pelo cometimento do dano.

4.2.1 A terminologia a ser empregada: a diferença entre “indenizar” e “compensar”

⁴²⁷ REIS, CLAYTON. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, op. cit., p. 186.

É importante destacar a diferença de sentido dos termos “compensação” e “indenização”, em virtude da confusão terminológica que muitas vezes ocorre em razão do uso indiscriminado de um e outro.

Assim, “indenização” conduz à idéia de restauração, de ressarcimento de algo que sofreu alguma mutação e que deve ser recomposto ao seu estado originário.⁴²⁸ Diferentemente, a “compensação” busca o reequilíbrio da relação não através da reposição de algo ao seu estado anterior (neste caso impossível), mas sim, através de alguma satisfação que possa contrabalançar o mal causado, muito embora este não possa ser apagado.

Conforme o entendimento de Yussef Said CAHALI:

Em síntese: no dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o ressarcimento do dano patrimonial. Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, *já que a indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento*; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa (grifos nossos).⁴²⁹

Pode-se afirmar que apenas os bens materiais são suscetíveis de recomposição ao seu estado originário, configurando, portanto, objeto de uma indenização, hipótese que não se aplica à noção de compensação. O sentido do termo compensação se mostra mais apropriado para o reequilíbrio das relações jurídicas que foram afetadas por um dano extrapatrimonial, diante da impossibilidade de restituição do dano ao seu *status quo ante*, como ocorre nos danos patrimoniais.

4.2.2 A função compensatória e o princípio da equivalência

O princípio da equivalência está consagrado em nosso ordenamento no art. 944 do Código Civil, segundo o qual “A indenização mede-se pela extensão do

⁴²⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1743.

⁴²⁹ *Dano moral, op. cit.*, p. 44

dano”. Neste sentido, “indenizar significa tornar indene a vítima; reparar todo o dano por ela sofrido. Por isso, mede-se a indenização pela extensão do dano, ou seja, há de corresponder a tudo aquilo que a vítima perdeu, ao que razoavelmente deixou de ganhar e, ainda, ao dano moral”.⁴³⁰

No intuito de restabelecimento do equilíbrio jurídico afetado pelo dano, como antes verificado, ganha força o princípio da *restitutio in integrum*, pautado na noção de que a reparação só será plena ou integral na medida em que corresponda a exatamente àquilo que a vítima perdeu, como orienta PONTES DE MIRANDA: “O que se há de indenizar é todo o dano. Por ‘todo o dano’ se hão de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor”.⁴³¹

De tal forma, como já aludido anteriormente,⁴³² a restauração integral daquilo que se perdeu é um dos principais motivos (senão o principal) do processo reparatório, propiciando à vítima a plena satisfação em razão da conduta lesiva.

Nada obstante o fim almejado no sentido de uma reparação integral, em se tratando de danos extrapatrimoniais, os critérios de aferição do prejuízo causado pelo dano são reconhecidamente diversos daqueles estabelecidos no âmbito dos danos patrimoniais.

Para a aferição dos prejuízos de ordem patrimonial “a medição da extensão do prejuízo se faz de forma técnica, ou seja, mediante a utilização de padrões de medida, peso, qualidade do produto, valor usual no comércio, dimensões e outros de natureza científica.”⁴³³

Assim, o princípio da equivalência entre o dano e a indenização, objetivando o atendimento ao princípio da restituição integral, é perfeitamente adaptável aos danos patrimoniais, em razão de uma avaliação objetiva que toma por base o patrimônio da vítima antes e depois da lesão.⁴³⁴

⁴³⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 331-332.

⁴³¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 3111.

⁴³² Nesse sentido consultar o capítulo 3 do presente estudo.

⁴³³ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, *op. cit.*, p. 188.

⁴³⁴ Os danos materiais como exposto em tópico anterior se dividem em danos emergentes e lucros cessantes.

Diferentemente, no âmbito dos danos extrapatrimoniais, estabelecer-se critérios seguros para a fixação da compensação devida de acordo com a extensão da dor sofrida pelo ofendido se mostra tarefa das mais difíceis.

Ilustre doutrina⁴³⁵ sustenta a inaplicabilidade da regra da equivalência para as hipóteses de danos extrapatrimoniais, afirmando que “a regra da simetria do art. 944, caput, do Código Civil, incide só em danos patrimoniais, pois não há como mensurar monetariamente a “extensão” do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é um ponderação axiológica, traduzida em valores monetários.”⁴³⁶

Ainda, como afirma Manuel Inácio CARVALHO DE MENDONÇA,

Existe uma verdadeira logomaquia nesse argumento. Que tal equivalência não existe não há duvidar. Concluir daí para a não-reparação é o que reputamos sem lógica. Realmente, a equivalência não se verifica, nem mesmo entre os meios morais. Nada, pois, equivale ao mal moral; nada pode indenizar os sofrimentos que ele inflige. Mas o dinheiro desempenha um papel de satisfação ao lado de sua função de equivalente. Nos casos de prejuízo material esta última prepondera; nos de prejuízo moral a função do dinheiro é meramente satisfatória e com ela reparam-se não completamente, mas tanto quanto possível, os danos de tal natureza.⁴³⁷

A compensação “não consiste em uma avaliação econômica absoluta dos danos imateriais, senão na atribuição de um valor econômico por estimativa, que não possui função de equivalência real, mas, a *contrario sensu*, de estabelecer um *quatum* indenizatório proporcional à magnitude do dano e que possa produzir no espírito da vítima a sensação de satisfação pela indenização recebida.”⁴³⁸

Sob esse aspecto, os danos extrapatrimoniais são objeto de uma compensação pecuniária, utilizando-se, de um modo geral, critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a partir de uma ponderação valorativa a ser realizada pelo magistrado. (vide item 3.4)

⁴³⁵ Nesse sentido, Judith MARTINS-COSTA, Yussef Said CAHALI, Caio Mário da Silva Pereira dentre outros. Em sentido contrário, posiciona-se Clayton REIS: “Na esfera dos danos extrapatrimoniais, a compensação dos danos imateriais vem, ao encontro do sentido de equivalência pretendido pelo legislador, situação presente nos danos patrimoniais”. *Os novos rumos da indenização do dano moral, op. cit.*, p. 185.

⁴³⁶ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva, op. cit.*, p. 22.

⁴³⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações*, p. 451.

⁴³⁸ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral, op. cit.*, p. 190.

Para Norberto BOBBIO a busca pela equivalência revela o problema da igualdade quando se pretende a devida correspondência entre mercadoria e preço:

"Os casos mais típicos de justiça retributiva, isto é, de igualdade entre o que se dá (ou se faz) e o que se recebe, são os quatro seguintes: relação entre mercadoria e preço, relação entre pagamento e trabalho, relação entre dano e indenização, relação entre crime e castigo". E, continua: "Também nesses casos, a linguagem comum reconhece o nexos entre os dois conceitos de justiça e de igualdade, falando respectivamente de preço justo, de salário justo, de indenização justa e de pena justa."⁴³⁹

A solução do problema relativo à equivalência está longe de ser alcançada por via de raciocínios simplistas, sobretudo quando se percebe que a questão envolve a análise de valores imateriais atinentes à pessoa. Desta forma, qualquer que seja o fundamento adotado no caso analisado (indenização de um dano patrimonial ou compensação de um dano extrapatrimonial), deve-se procurar atender a equivalência pretendida pelo legislador entre o dano e a reparação, objetivando uma "reparação justa", proporcionando à vítima a mais ampla satisfação possível.

4.3 A função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil

A função punitiva não se confunde com a função de reparação de danos, como por vezes equivocadamente se observa. Representa um meio sancionatório da violação de determinadas normas de conduta que protegem direitos especialmente tuteláveis em virtude de sua própria natureza e superioridade (v.g., direitos inerentes à personalidade, à vida privada, à honra, à dignidade) assumindo, assim, um perfil nitidamente instrumental no objetivo de viabilizar, mediante a aplicação de uma condenação pecuniária ao infrator, prevenção especial e geral relativamente à prática de certos comportamentos sociais.

Neste sentido resume Suzanne CARVAL:

La fonction punitive de la responsabilité civile est, on vient de le voir, largement mise en oeuvre pour assurer la protection des attributs de la personnalité. A peine dissimulée sous le masque de la réparation du dommage, elle vient sanctionner la violation des normes de conduite, faisant une fin de ce qui n'est en principe qu'un

⁴³⁹

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*, p. 17-18.

moyen. Prompte et parfois rigoureuse, la condamnation civile est, non seulement, devenue indispensable – peut-on raisonnablement imaginer de la remplacer par un recours massif à la sanction pénale? – mais s'affirme comme une sanction dont les qualités lui permettent de concurrencer ouvertement la sanction pénale.⁴⁴⁰

A função punitiva, comumente empregada em nosso ordenamento como “indenização punitiva”, “danos punitivos”, “sanção civil” ou, ainda “pena privada”, reporta-se por vezes à figura dos “*punitive damages*”, em razão de sua origem no direito anglo-saxão: “*punitive damages, sometimes called exemplary or vindictive damages, or “smart money”, consists of an additional sum, over and above the compensation of the plaintiff for the harm that he has suffered, which are awarded to him for the purpose of punishing the defendant, of admonishing him not to do again, and of deterring others from following his example.*”⁴⁴¹

Neste sentido, pode-se observar que a função punitivo-pedagógica tem como objetivo desempenhar um duplo papel: o de punir o agente causador do dano e, ainda, ser instrumento de dissuasão a comportamentos anti-sociais, possuindo um caráter de exemplaridade e, conseqüentemente, preventivo.⁴⁴²

Conforme propugnam Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER:

A indenização punitiva (...) consiste na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção pela exemplaridade da punição (deterrence) opondo-se - nesse aspecto funcional – aos

⁴⁴⁰ CARVAL Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 43. Tradução livre: “A função punitiva da responsabilidade civil é, como acabamos de ver, largamente posta em prática para assegurar a proteção dos atributos da personalidade. Mal dissimulada sob a máscara da reparação de um dano, ela vem sancionar a violação de normas de conduta, tornando um fim aquilo que não é, em princípio, mais do que um meio. Pronta e por vezes rigorosa, a condenação civil tornou-se não somente indispensável – poderíamos imaginar razoavelmente substituí-la por um recurso maciço à sanção penal? – porém se afirma como uma sanção cujas qualidades lhe permitem concorrer abertamente com a sanção penal”.

⁴⁴¹ W. PROSSER, J. Wade & V. SCHWARTZ, *Torts. Cases and Materials*, p. 560. Tradução livre: “Indenização punitiva, algumas vezes denominados de indenização exemplar ou vingativa, ou dinheiro do sofrimento, da dor, consiste em uma soma adicional, acima e sobre a compensação reclamada pelo dano que ele tenha sofrido, que recompense ele pelo propósito de punição do réu, advertindo que ele não faça novamente, e detendo outros que sigam seu exemplo”.

⁴⁴² MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva, op. cit.*, p. 16.

compesatory damages, que consistem no montante indenizatório compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.⁴⁴³

A função punitiva da responsabilidade civil ganha especial sentido na medida em que se buscam fundamentos para fortalecer a idéia de reparação dos danos, sobretudo, no âmbito dos direitos extrapatrimoniais, nas relações de consumo e no Direito Ambiental, isto é, naquelas hipóteses que envolvam um grande número de pessoas atingidas pela lesão.

Nas palavras de Carlos Alberto BITTAR, “Embora não constitua, precipuamente, mecanismo de reparação, mas sim de repressão, não deixa a pena, pois, de cumprir missão inibidora, realizando a defesa dos bens referidos, e, quando aplicada, a satisfação dos interesses lesados”.⁴⁴⁴

Apesar de assentar as diferenças entre punição e reparação, sobretudo sob um enfoque funcional, conclui Norberto BOBBIO, todavia, que invariavelmente ambas se sobrepõem:

D’altro canto, punizione e riparazione, per quanto astrattamente distinguibili se non altro dal punto di vista funzionale, in pratica spesso si sovrappongono. Un premio può assumere l’aspetto riparazione per lo sforzo e i costo di un comportamento osservante, e viceversa una riparazione per un danno arrecato può assumere anche l’aspetto di pena per il danneggiante. È spesso difficile stabilire in concreto dove finisce il premio e dove comincia l’indenizzo; dove finisce il risarcimento e dove comincia la punizione.⁴⁴⁵

Não obstante os âmbitos de aplicação das funções de reparação e punição serem por vezes confundidos, justamente pela ausência de limites rígidos, a função punitiva constitui mero núcleo de fortalecimento para a efetividade da função de

⁴⁴³ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza, *id.*

⁴⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais, op. cit.*, p. 112.

⁴⁴⁵ BOBBIO, Norberto. Sanzione. In: Azara, Antonio e Eula, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. v.XVI, p. 534. Tradução livre: “De outro lado, punição e reparação, muito embora abstratamente distinguíveis, sobretudo, do ponto de vista funcional, na prática freqüentemente se sobrepõe. Uma recompensa pode assumir o aspecto de reparação pelo esforço e custos de um comportamento observável, e vice versa uma reparação por um dano sofrido pode assumir também o aspecto de pena para o infrator. É muito difícil estabelecer em concreto onde termina a recompensa e onde começa a indenização; onde termina o ressarcimento e onde começa punição”.

reparação dos danos, sendo, portanto, inconfundíveis ambas as funções, como assentam Henri e Leon MAZEAUD e Andre TUNC:

Quoi qu'il en soit, le législateur permet à la victime, dans des situations exceptionnelles, d'obtenir autre chose que la réparation du dommage. C'est ce qu'on a très justement appelé les peines privées; peine, parce que le but n'est plus réparer, mais de causer un dommage à l'auteur de la faute, de le punir; peine privée, parce que le dommage souffert par le responsable se traduit par un avantage dont profite la victime.⁴⁴⁶

Apesar de comumente a função reparatória ser concebida como gênero das quais seria espécies as funções compensatória e punitivo-pedagógica, essa última (a função punitivo-pedagógica) não consiste propriamente em uma forma de reparação, eis que incidiria em outro plano. De fato, a função punitiva ultrapassa o campo da reparação, consistindo em meio sancionatório que, por meio da fixação de uma soma em dinheiro (um *plus* ao montante compensatório), serve para dissuadir condutas abusivas e que venham sendo praticadas reiteradamente.

A função punitiva, nesse sentido, traduz-se como “eficiente fator de desestímulo”, na medida em que se pauta na dissuasão de condutas ilícitas e anti-sociais por meio da punição do ofensor: “De fato, a exacerbação da sanção pecuniária é fórmula que atende às graves conseqüências que de atentados à moralidade individual ou social podem advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade.”⁴⁴⁷

4.3.1 A pena como espécie de sanção

⁴⁴⁶ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, p. 487. Tradução livre: “Seja o que for, o legislador permite á vítima, em situações excepcionais, obter coisa diversa da reparação do dano. É isso que chamamos muito apropriadamente de penas privadas; pena, porque o objetivo não é reparar, mas de causar um prejuízo ao autor do ilícito, de puni-lo; pena privada, porque o prejuízo sofrido pelo responsável se traduz numa vantagem da qual se aproveita a vítima”.

⁴⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, *op. cit.*, p. 221.

Buscando-se seguir uma abordagem conforme a teoria geral do direito, sanção e pena afeiçoam-se conceitos inconfundíveis que, todavia, relacionam-se, na medida em que o primeiro (sanção) possui um caráter mais amplo, podendo ser considerado gênero do qual o segundo (pena) seria uma espécie.

Pode-se conceituar sanção como “toda e qualquer medida estabelecida pelo ordenamento, para reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos da inobservância.”⁴⁴⁸ É exatamente nesse sentido que a expressão *sanção* é utilizada na teoria geral do direito e em algumas disciplinas jurídicas particulares, como afirma Norberto BOBBIO:

In un senso meno tecnico e più generale, e, come vedremo, molto fluente, non proprio del linguaggio giuridico perchè comune al linguaggio della morale e delle scienze sociali, el termine "sanzione" viene usato nella teoria generale del diritto e nelle discipline giuridiche particolari, per indicare alcune misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza .⁴⁴⁹

A referida noção de sanção não se coaduna com aquela perspectiva tradicional ligada à idéia de “realização compulsória de um mal”,⁴⁵⁰ normativamente previsto quando da violação de uma norma,⁴⁵¹ isto é, um ato coercitivo imposto normativamente em decorrência do exercício de uma conduta oposta àquela prescrita na norma.⁴⁵² Sob esse aspecto, afirma José de Oliveira ASCENSÃO: "A

⁴⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*, p.169.

⁴⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Sanzione*, *op.cit.*, p. 530. Tradução livre: "Em um senso menos técnico e mais geral, e, como veremos bastante discernido, não propriamente da linguagem jurídica porque comum à linguagem da moral e das ciências sociais, o termo "sanção" é usado na Teoria Geral do Direito e nas disciplinas jurídicas particulares, para indicar alguma medida predisposta pelo próprio ordenamento jurídico para reforçar a observância da própria norma e eventualmente para remediar os efeitos de sua inobservância".

⁴⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p.121.

⁴⁵¹ TALAMINI, Eduardo, *op. cit.*, p. 169.

⁴⁵² KELSEN, Hans, *op. cit.*, p.136. Afirma o autor: “Sanção é ato coercitivo que uma norma liga a uma determinada conduta cuja conduta oposta é, desse modo, juridicamente prescrita, constituindo conteúdo de um dever jurídico. Também pode exprimir-se isto dizendo: a sanção é o ato coercitivo que constitui o dever jurídico.”

sanção é sempre uma conseqüência desfavorável que atinge aquele que violou uma regra."⁴⁵³

A concepção de sanção ora adotada é ampla, como sintetiza Miguel REALE: “são múltiplas as sanções, ou seja, as medidas tendentes a assegurar a execução das regras de direito (...). Tais medidas, que podem ser preventivas, repressivas ou premiais, como o diz a Teoria Geral do Direito, podem contar ou não com a obediência e a execução espontânea dos obrigados”.⁴⁵⁴

Nesse sentido, ainda, explica Eduardo TALAMINI:

Pela concepção ora adotada, a sanção: i) não é necessariamente medida posterior à conduta do sujeito sancionado, podendo ser preventiva; ii) não consiste necessariamente na “realização compulsória de um mal”, eis que pode apresentar sob a forma de um prêmio (concessão de um bem) a quem observa voluntariamente determinada norma jurídica; e, como conseqüência dos traços anteriores, iii) não é necessariamente reação a um ato ilícito, embora tenha em mira sempre a observância de normas jurídicas.⁴⁵⁵

As sanções, também denominadas *comandos sancionatórios*,⁴⁵⁶ podem se distinguir pelo momento e pela função que desempenham, assumindo finalidades distintas: preventiva, simultânea ou sucessiva.⁴⁵⁷

As *sanções preventivas* se caracterizam por se realizarem antes que se desenvolva o comportamento do sujeito sancionado, não sendo a transgressão seu pressuposto de incidência. Ao contrário, “algumas prestam-se a evitar o ilícito;

⁴⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*, p. 49.

⁴⁵⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 673.

⁴⁵⁵ TALAMINI, Eduardo, *op. cit.*, p.169.

⁴⁵⁶ Para Eduardo TALAMINI: "Deve-se distinguir a sanção em sentido estrito (o comando sancionatório) dos mecanismos, também previstos pelo ordenamento, através dos quais os órgãos do Estado atuam a sanção (mecanismos sancionatórios). Há, assim, dois aspectos da norma sancionatória - um substancial, outro instrumental. À imposição de pena de prisão ao criminoso (aspecto substancial) correspondem as medidas de força destinadas a, mesmo contra sua vontade, suprimir-lhe a liberdade (aspecto instrumental). À imposição da restituição das coisas ao estado anterior à violação do direito (aspecto substancial) correspondem medidas voltadas a induzir o transgressor a proceder, ele mesmo, a tal recomposição, ou medidas que alcancem tal resultado independentemente da participação do sancionado (aspecto instrumental)". *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer (...)*, *op. cit.*, p. 175.

⁴⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*, *op. cit.*, p. 50.

outras, para incentivar o sujeito a que adote conduta “preferida” pelo ordenamento, entre duas ou mais juridicamente autorizadas.”⁴⁵⁸

Posicionando-se na fronteira entre as sanções preventivas e as sucessivas encontram-se as *sanções simultâneas*, que se efetivam por meio de “medidas subrogatórias em sentido estrito (a prática, por outrem, do ato devido e omitido pelo sancionado, no exato instante em que tal ato deveria ocorrer (...)) ou na forma de medidas repressivas diretas, mediante impedimento físico de que o sujeito faça aquilo que não pode fazer.”⁴⁵⁹

Dá-se o nome de *sanções sucessivas* àquelas que ocorrem depois de ocorrida a conduta, estando essa em conformidade ou não com a norma jurídica. Podem se classificar em reparatórias, com o objetivo de eliminar ou atenuar a transgressão e retributivas, que visam retribuir, seja por meio de um prêmio ou de um castigo, o comportamento de atender ou não o preceito contido na norma jurídica.⁴⁶⁰

Merecem destaque as subespécies de sanções sucessivas, em razão da direta correlação com o tema ora estudado. Inserida no grupo das sanções retributivas a *sanção premial* ou *positiva* consiste em um benefício para quem cumpre o comando contido em determinada norma, por meio da atribuição de um bem, privação de um mal ou isenção de um encargo. Isto é, a concessão de um prêmio tem o condão de aprovação daquela conduta.⁴⁶¹

Ressaltando a utilidade social da sanção retributiva premial ou positiva afirma Norberto BOBBIO:

Il passaggio dalla concezione negativa alla concezione positiva dello stato, dallo stato liberale allo stato-benessere, há come conseguenza l’aumento delle norme che richiendono um intervento attivo dal cittadino rispetto a quelle che si accontentano di um’astensione. In virtù della corrispondenza, su cui abbiamo coluto richiamare l’attenzione, tra norme positive e misure positive, l’aumento delle norme positive è destinato a favorire l’aumento de misure positive; in altre parole, l’organizzazione

⁴⁵⁸ "As sanções preventivas subdividem-se, em virtude dos mecanismos através dos quais atuam e dos seus objetivos específicos, em providências de i) controle, ii) enconrajamento, iii) intimidação e de iv)preclusão". TALAMINI, Eduardo, *op. cit.*, p. 175/76.

⁴⁵⁹ TALAMINI, Eduardo, *ibid.*, p. 178.

⁴⁶⁰ TALAMINI, Eduardo, *ibid.*, p. 179.

⁴⁶¹ TALAMINI, Eduardo, *id.*

dello stato assistenziale ha per effetto um impiego sempre più frequente della tecnica dell'incoraggiamento. Solo da pochi anni si è cominciato a prendere in considerazione le cosiddette leggi d'incentivazione. Per <incentivo> si intende una facilitazione o economica o fiscale o giuridica a favore di colui che compie certe operazioni corrispondenti a direttive di politica econômica di uno stato, appunto, che pone tra i suoi fini non soltanto l'ordine ma la giustizia sociale. Esso è una forma tipica con si realizza la tecnica dell'incoraggiamento, um meccanismo di controllo sociale con il quale si mira, anzichè a restringere le occasioni di azioni nocive alla società, ad allargare l'occasione di azione vantaggiose; anzichè a frenare i comportamenti dannosi, a sollecitare i comportamenti utili; anzichè a contenere e a reprimere gli impulsi dei consociati, a provarli e a orientarli verso una direzione piuttosto che verso um'altra. L'incentivo rappresenta molto bene una delle caratteristiche delle società del benessere, in cui al conformismo passivo e repressivo delle società tradizionali si è andato sostituendo un conformismo di tipo attivo e stimolato.⁴⁶²

A *sanção punitiva*, subespécie de *sanção retributiva*, também denominada de "pena", constitui a imposição de uma desvantagem para o agente violador da norma: "A pena consiste numa sanção imposta de maneira a representar simultaneamente um sofrimento e uma reprovação para o infrator. Já não interessa reconstituir a situação que existiria se o fato se não tivesse verificado, mas aplicar um castigo ao violador."⁴⁶³

Apesar de a expressão "pena" ser comumente utilizada na esfera criminal, como conseqüência da conduta tipificada como crime, a sanção punitiva também é

⁴⁶² BOBBIO, Norberto. *Sanzione*, *op. cit.*, p. 533-534. Tradução livre: "A passagem da concepção negativa a concepção positiva do Estado, do Estado Liberal para o Estado do bem-estar social, tem como conseqüência o aumento das normas que reclama uma intervenção ativa dos cidadãos em contraposição àquele que se contentava com uma abstenção. Em virtude da correspondência, sobre a qual quisemos chamar à atenção, entre normas positivas e medidas positivas; o aumento das normas positivas é destinado a favorecer o aumento das medidas positivas; em outras palavras, a organização do Estado assistencial tem por efeito um emprego sempre mais freqüente da técnica de encorajamento. Só a partir de poucos anos se começou a tomar em consideração as leis de incentivo. Por "incentivo" entende-se uma facilitação ou econômica ou fiscal ou jurídica em favor daquele que cumpre certas operações correspondentes à diretivas de política econômica de um Estado, precisamente que coloca entre os seus fins não somente a ordem mais a justiça social. Essa é uma forma típica com a qual se realiza a técnica do encorajamento, um mecanismo de controle social com o qual se visa, mais do que restringir as ocasiões de ações nocivas à sociedade, ampliar as ocasiões de ações vantajosas; mais do que frear os comportamentos danosos, suscitar os comportamento úteis; mais do que conter e reprimir os impulsos dos ofensores, provocar-lhes e orientar-lhes em uma direção melhor do que outra. O incentivo representa muito bem uma das características da sociedade do bem-estar, na qual o conformismo passivo e repressivo das sociedades tradicionais foi substituído por um conformismo ativo e estimulado".

⁴⁶³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*, *op. cit.*, p. 57.

aplicada em âmbito civil.⁴⁶⁴ Como afirma José de Oliveira ASCENSÃO, "Há verdadeiras penas civis, sanções previstas fora do direito criminal ou até independentemente da prática de qualquer ato criminoso."⁴⁶⁵

O critério unificador de todas as punições, seja da punição civil ou criminal, é seu caráter aflitivo: "pune-se como reprovação pelo ilícito, e não com o escopo primordial de obter situação equivalente a que existiria se não houvesse a violação."⁴⁶⁶

Ainda dentro do rol das sanções sucessivas pode-se aludir às *sanções reparatórias*, que possuem caráter restitutivo, dividindo-se em sanções *restitutórias lato sensu* e *ressarcitórias*.

A sanção restitutória *lato sensu* visa a devolução de algo ao seu estado anterior, como se a violação da norma não tivesse ocorrido ou, quando menos, procura chegar o mais próximo possível do estado original conforme se extrai do significado de *rectius*: "Assim, a restituição abrange: i) a obtenção tardia da conduta ativa devida ou ii) dos resultados que com ela se teria - quando isso ainda for possível e revestido de interesse para o titular do direito; iii) a cessação da conduta ativa indevida de caráter continuado (inclusive mediante medidas repressivas diretas) e (ou) iv) o desfazimento de conseqüências da conduta indevida (ex.: destruição de obra indevida)."⁴⁶⁷

A sanção ressarcitória aplica-se quando da impossibilidade da aplicação da sanção restitutória ou de sua aplicação parcial, possuindo um caráter indenizatório.

⁴⁶⁴ Pode-se ainda afirmar a existência de outras esferas onde se aplicam as sanções punitivas, como as punições administrativas e as penas fiscais, por exemplo. TALAMINI, Eduardo, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: introdução e teoria geral, *op. cit.*, p. 57/58. O autor dá o seguinte exemplo: "Suponhamos que Artur, com o fim de vir a beneficiar da sucessão de outrem, engana o autor da sucessão e mediante esse engano o leva a fazer, a revogar ou a modificar um testamento, ou lhe impede qualquer desses atos. Morto o autor da sucessão, aparentemente é ele quem deve ser chamado a suceder. Mas repugnaria que alguém pudesse beneficiar de uma conduta reprovável dessa ordem. A lei dispõe que aquele que praticou aqueles fatos é indigno e como tal será afastado daquela sucessão. Assim se castiga a infração, cometida independentemente da reconstituição de uma situação a fim da que existiria se a não tivesse havido. Trata-se efetivamente de uma pena civil visto que, ao contrário do que acontece com as restantes sanções civis, tem função repressiva."

⁴⁶⁶ TALAMINI, Eduardo, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁶⁷ TALAMINI, Eduardo, *id.*

Assim, o objetivo da sanção ressarcitória consiste em ressarcir pelo equivalente quando o bem seja aferível patrimonialmente. Não sendo aferível economicamente, estipula-se um montante compensatório pelos prejuízos sofridos. Comumente será através de uma importância em dinheiro que se dará o ressarcimento pelo equivalente ou por meio de uma compensação, também sendo possível o ressarcimento em forma específica.⁴⁶⁸

Diante da diversidade das espécies de sanções é naturalmente possível a cumulação entre elas, em razão de suas distintas finalidades, como afirma José de Oliveira ASCENSÃO: "(...) a existência de vários tipos de sanções não significa que elas se excluam na sua aplicação. Várias sanções podem cumular-se em reação a uma só violação."⁴⁶⁹

4.3.2 A separação entre sanção penal e sanção civil: o processo de despenalização e a retomada do caráter punitivo da responsabilidade civil

Em um primeiro momento de nossa civilização as responsabilidades civil e penal eram dois aspectos de um conceito unitário.⁴⁷⁰ Apenas quando o Estado invocou para si a função de castigar os culpados foi que a concepção de responsabilidade foi dividida: de um lado, a responsabilidade penal se ocuparia em

⁴⁶⁸ Sobre o ressarcimento em forma específica adverte Eduardo TALAMINI: "O ressarcimento em forma específica não se confunde com a restituição. A sanção restitutória busca estabelecer a própria situação que se teria se não houvesse a violação. Sob esse aspecto, ataca a própria transgressão. Já o ressarcimento em forma específica dirige-se contra os danos advindos da transgressão". *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, op. cit.*, p. 184.

⁴⁶⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral, op. cit.*, p. 50.

⁴⁷⁰ TUNC, André. *La Responsabilité Civile*, p. 47. Afirma o autor: "Par la suite, à un certain point de leur développement, la plupart des sociétés semblent être passées par un stade où la personne qui agit d'une manière contraire à la coutume est obligée de donner une compensation (normalement une amende, parfois une compensation en nature, par exemple le mariage). Cette exigence était à fois, dans notre terminologie, pénale et civile en as nature." Tradução livre: "Num certo ponto de seu desenvolvimento a maior parte da sociedades tem passado por um estágio onde a pessoas que agiam contrariamente aos bons costumes eram obrigadas a dar uma compensação (normalmente uma pena pecuniária, por vezes uma compensação in natura, por exemplo o casamento). Essa exigência era penal e civil em sua natureza".

castigar o ofensor, e de outro, a responsabilidade civil visaria o ressarcimento da vítima.⁴⁷¹

Ressalta-se, todavia, que referida distinção entre as responsabilidades civil e penal não era concebida com clareza, através de rigores técnicos, mesmo porque, durante um longo período, o mesmo tribunal que administrava a aplicação da punição também o fazia no que tange a indenização, muitas vezes no curso de uma mesma ação.⁴⁷²

No Direito Romano Clássico destacavam-se duas formas de sanção, as penas privadas e as penas públicas. As primeiras estavam atreladas aos delitos privados (*delicta privata*), que consistiam nos injustos contra a pessoa ou aos seus bens. Já as penas públicas derivavam da aplicação do Direito Penal público, em virtude do cometimento de um delito público que infringiu o "Estado e a paz do reino."⁴⁷³ Ambas as penas eram nitidamente permeadas por uma natureza punitiva.⁴⁷⁴

Na ocorrência de um delito privado era assegurado ao lesado o direito de propor uma ação contra o ofensor tendo como objetivo sua condenação ao pagamento de certa quantia, como forma de punir o agente através da diminuição de seu patrimônio, predominando o caráter punitivo e não ressarcitório da sanção.⁴⁷⁵

Percebe-se que quando se refere ao caráter punitivo, a quantia a ser paga pelo ofendido não se restringe apenas à compensação da vítima, devendo ser calculado um montante a maior como forma de punir, castigar o agente causador do dano, reprimindo condutas lesivas de interesses privados.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*, op. cit., p.54.

⁴⁷² TUNC, André. *La Responsabilité Civil*, op. cit., p. 47.

⁴⁷³ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)*, op. cit., p. 17.

⁴⁷⁴ PINTO MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 354.

⁴⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*, op. cit., p.17.

⁴⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza, *id.*

De um lado, pois, a pena privada era pautada numa sanção a um ato danoso privado com caráter marcadamente punitivo; de outro lado, outros instrumentos buscavam restaurar a lesão produzida através da tentativa de neutralização dos seus efeitos, tendo como base critérios patrimoniais visando tão somente o ressarcimento na exata medida do prejuízo causado.⁴⁷⁷

Em síntese, conjugavam-se duas formas de sanções incidentes nas relações jurídicas no âmbito da responsabilidade civil, uma com caráter punitivo e outra com caráter ressarcitório.⁴⁷⁸

Apesar da denominação “pena privada”, consagrada historicamente, impõe-se qualificá-la como instrumento que não se confunde com a hipótese de sanção penal, não possuindo nem objetivos, nem conseqüências similares àquelas derivadas da imposição da pena criminal.⁴⁷⁹

Neste sentido assenta Suzanne CARVAL:

La peine privée est certes infligée à raison d'une faute et n'a donc pas la neutralité d'une condamnation à dommages et intérêts purement compensatrice mais elle n'est pas, pour autant, assimilable à la sanction pénale, dont le caractère afflictif et infamant est fortement marqué. Cela tien, tout d'abord, à ce qu'elle ne peut jamais atteindre le fautif dans sa liberté d'aller e venir. Elle ne “suit” pas le condamné, enfin, comme le fait la peine inscrite au casier judiciaire.⁴⁸⁰

Como já ressaltado anteriormente, gradativamente foi ocorrendo um processo de despenalização da responsabilidade civil (abandono da pura vingança privada),

⁴⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza, *id.*

⁴⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza, *id.*

⁴⁷⁹ "A expressão "pena privada" nada tem a ver com "justiça privada" ou "vingança privada", ou pena aplicada "pelos privados". Designava, no Direito Romano clássico, a forma de punição atrelada ao delictum, conceito originalmente próprio ao *ius civile* (mais tarde estendido ao *ius honorarium*) e por isso distinto do crimen, ato contrário ao direito castigado pelo Direito Penal público". (...) O Direito Romano clássico não limitava o uso dos termos poena, punire e derivados à "pena em sentido técnico", entendendo-o a todas as figuras de sanção". MARTINS-COSTA, Judith, PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁸⁰ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, p. 259. Tradução livre: “A pena privada é de fato infligida em virtude de uma ofensa e não tem, logo, a neutralidade de uma condenação em perdas e danos puramente compensatória, mas ela não é, todavia, assimilável à sanção penal, cujo caráter aflagante e infamante é fortemente marcante. Aquela, ao contrário, jamais pode atingir o ofensor em sua liberdade de ir e vir. Ela não “marca” o condenado, enfim, tal como a pena proferida na praxe forense”.

uniformizando-se a aplicabilidade de suas regras na direção de imprimir-se-lhe um caráter eminentemente ressarcitório (compensatório).⁴⁸¹

Conforme Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER, “Esse processo não somente conduziu ao cancelamento da originária função penal da responsabilidade civil, mas, igualmente, à eliminação, no âmbito da responsabilidade civil, de várias diferenças que antes existiam quanto aos diversos tipos de ilícitos, segundo a sua gravidade e segundo o seu elemento subjetivo do autor da lesão.”⁴⁸²

No Código Civil francês, *v.g.*, restou consagrada a distinção entre as sanções penais e civis, não mais interessando ao direito privado a função de castigar o delinqüente, mas sim o dever de ressarcir a vítima, quando da ocorrência de um ato danoso.⁴⁸³

Assim, uma das maiores inovações do referido Código Civil francês foi a separação rigorosa entre a matéria civil e os tipos penais, reflexo da divisão entre Direito Público e Direito Privado que se demonstrava imprescindível para assegurar à burguesia o exercício de sua plena autonomia,⁴⁸⁴ conforme esclarece Maria Celina Bodin de MORAES:

O Code era o instrumento jurídico que iria garantir a perpetuação dessa nova ordem, resultante do movimento revolucionário que pôs fim ao antigo regime (...). A separação entre pena e indenização foi, assim, uma consequência dessa mentalidade (...), era, então, imprescindível retirar da indenização qualquer conotação punitiva; a pena dirá respeito ao Estado e a reparação, mediante indenização, exclusivamente ao cidadão.⁴⁸⁵

A absoluta distinção entre responsabilidade civil e penal teve seu ápice no século XVIII, em especial durante o Iluminismo, momento de construção do Estado Moderno, quando foi fixada para responsabilidade civil sua essencial função de

⁴⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁸² MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza, *ibid.*, p. 18.

⁴⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, *op. cit.*, p. 201/202.

⁴⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de, *id.*

reparação dos danos causados, remanescendo à responsabilidade penal a aplicação da pena imposta pelo Estado.⁴⁸⁶

Estabelecida a separação entre responsabilidade civil e penal, caberia a esta última preocupar-se com a "figura do delinqüente, investigando o seu dolo ou culpa na produção do evento lesivo, a fim de responsabilizá-lo pessoalmente pelo ato anti-social."⁴⁸⁷ Já à responsabilidade civil caberia a indenização a ser exigida pelo ofendido ao agente causador do dano.

Sob esse panorama, não obstante o princípio da independência entre as esferas penal e civil,⁴⁸⁸ não se pode ignorar a relação existente entre ambas: "na realidade, seria efetivamente absurdo considerar que institutos com posições diferentes, mas agasalhados sob o manto protetor da Lei Maior, não tivessem pontos de contato de forma a propiciar decisões judiciais antagônicas e até mesmo contraditórias."⁴⁸⁹

Nas palavras de Clayton REIS,

Nesse particular, não podemos esquecer que a determinação judicial para que o lesionador indenize o dano culposamente perpetrado à vítima, configura uma subtração de parte do seu patrimônio pessoal. Este fato exerce uma poderosa e substancial intervenção na intimidade do ofensor, *em razão da configuração de uma punição econômica. Não se pode excluir a significativa função da pena nesse contexto do processo indenizatório*, mas não se deve, por outro lado, estabelecer a pena como sendo o *punctum saliens* da teoria da responsabilidade civil.⁴⁹⁰

Neste contexto, a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil seria uma figura análoga, ultrapassando a fronteira da cisão entre o direito civil e o direito penal, na medida em que atribui uma função retributiva ao autor do dano, servindo-lhe de exemplo com um nítido caráter dissuasivo. Como afirma Paula Meira LOURENÇO: "(...) tem de se admitir que os danos punitivos esbatem as fronteiras

⁴⁸⁶ NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 529/530.

⁴⁸⁷ REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁸⁸ O ordenamento jurídico brasileiro acolhe o princípio da independência entre as esferas penal e civil. REIS, Clayton, *ibid.*, p. 207/208.

⁴⁸⁹ REIS, Clayton, *id.*

⁴⁹⁰ REIS, Clayton, *ibid.*, p. 209.

entre o Direito Penal e Direito Civil, mas tal acontece porque não se consegue estabelecer uma nítida diferença entre Direito Público e Privado."⁴⁹¹

No entanto, a atribuição de uma função punitivo-pedagógica à teoria da responsabilidade civil vem sendo alvo de muitas críticas, na medida em que a idéia de punição atrelada ao âmbito civil estaria superada (despenalização da responsabilidade civil).⁴⁹²

Por outro lado, a volta do caráter punitivo-exemplar da responsabilidade civil encontraria justificativa no "desejo de oferecer, uma nova sistematização à responsabilidade civil",⁴⁹³ apesar do descrédito a que foi submetida durante um período considerável.⁴⁹⁴ Neste sentido, como sustenta A. Menezes CORDEIRO, "a responsabilidade civil deve assumir uma postura mais avançada, retribuindo o mal e prevenindo outras ofensas".⁴⁹⁵

Em síntese afirmam Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER: "As razões para a volta do caráter exemplar da responsabilidade civil não são difíceis de explicar, resultando, na maior parte dos casos, da própria insuficiência das repostas oferecidas pela responsabilidade civil como mecanismo meramente ressarcitório".⁴⁹⁶

A redescoberta da função punitivo-pedagógica como forma de proporcionar à teoria da responsabilidade civil uma nova sistematização deve-se, sobretudo, à

⁴⁹¹ LOURENÇO, Paula Maira, *Os danos punitivos*, p. 1087-1088.

⁴⁹² A respeito das críticas ao caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil consultar o capítulo 5 desta pesquisa.

⁴⁹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*, p. 50.

⁴⁹⁴ Afirma-se que a teoria da pena privada foi retomada por Boris Starck em meados do século XX. MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁹⁵ CORDEIRO, A. Menezes. *Responsabilidade civil*, p. 481-482. O autor ainda afirma que "tradicionalmente a responsabilidade civil assumiria um fim de ressarcimento, assim se contrapondo à responsabilidade penal, preventiva e retributiva. Aquele fim, porém, não pode, hoje, ser tomado de modo tão linear. Logo no início, ficou claro que a indenização por danos morais – aliás, meramente compensatória – surgia, quase, como uma pena acessória, no campo criminal. Hoje, tal aspecto é pacífico: a indenização tem, ainda, o escopo de pena (...). O papel retributivo, das indenizações, é sublinhado, bem como o seu escopo preventivo."

⁴⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza *Usos e abusos da função punitiva*, *op. cit.*, p. 21.

necessidade de adequação do instituto aos fenômenos sociais próprios da sociedade contemporânea, conforme adverte Antonio PINTO MONTEIRO:

Apesar de tudo, a 'redescoberta' da pena privada ficará a dever-se se, porventura, a razões de ordem 'emocional', constituindo como que 'uma espécie de compensação psicológica', perante a constatação de uma relativa ineficácia dos meios de tutela estadual (...) e, sobretudo, da indemnização, limitada que está pelo valor do dano a reparar, o que não constitui, frequentemente, qualquer real desincentivo à prática de actos ilícitos, havendo que completá-la, por isso, através de medidas em que a finalidade preventivo-sancionatória ocupe a primeira linha de preocupações. Daí que TUNC proponha que será de reconhecer existir uma pena privada 'sempre que se depare com a vontade (do legislador, do juiz ou mesmo de um contraente) de punir, reprimir, sem recorrer aos meios de direito penal clássico, e pela simples atribuição de uma soma de dinheiro (ou excepcionalmente de um bem) à vítima de um comportamento ilícito', declarando-se o autor 'bastante favorável' à figura, pelo que concerne a certos domínios (como o da *astreinte* e o dos atentados à honra, à vida privada e a interesses morais *colectivos*), e *concluindo constituir ela 'um elemento de moralização e de disciplina da vida social, que (lhe) parece não deva ser descurado.*⁴⁹⁷

Para se delimitar o âmbito de atuação da função punitiva "será necessário partir do princípio de que o dano socialmente relevante tem uma dimensão individual e comunitária, ou seja, de que os danos punitivos, ao tentar defender a dignidade do indivíduo, acabam igualmente por proteger as normas de conduta da sociedade, influenciando o comportamento dos agentes."⁴⁹⁸

Dessa forma, demonstra-se que não obstante a função punitivo-pedagógica embasar-se em fundamentos coincidentes com os do Direito Penal e finalidades correlatas (retributiva e preventiva), a pena privada não se confunde com a pena criminal, constituindo, sim, um forte instrumento apto a emprestar efetividade à responsabilidade civil, em hipóteses específicas em que se torna imprescindível ir além da reparação propriamente dita.

4.3.3 Âmbito de incidência da função punitiva

4.3.3.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

⁴⁹⁷ Pinto Monteiro, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, op. cit., p. 663-666, nota 1537.

⁴⁹⁸ LOURENÇO, Paula Meira, op. cit., p. 1088.

A função punitiva comumente é aplicada para as hipóteses de responsabilidade subjetiva, levando-se em conta a conduta e o grau de culpa do agente, na medida em que se pauta na finalidade de dissuadir condutas ilícitas e anti-sociais por meio do castigo do ofensor.

Já nas hipóteses de incidência do regime de responsabilidade civil objetiva, não importando a análise da conduta culposa ou dolosa do agente, a imposição de um caráter punitivo aparentemente se demonstraria sem sentido. Como afirma Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER, "Não há de se pensar em punir com a indenização casos de responsabilidade objetiva, que obedecem a diversa racionalidade, sendo irrelevante, para esse regime, a apreciação da subjetividade, já que a conduta culposa não é elemento do suporte fático de incidência da regra de atribuição de responsabilidade."⁴⁹⁹

Entretanto, apesar do escopo da função punitiva em retribuir e prevenir a conduta do ofensor que agiu com culpa, o sistema norte-americano passou a admitir a aplicação dos *punitive damages* também para alguns casos de responsabilidade objetiva, alargando o seu âmbito de atuação antes circunscrito às hipóteses de responsabilidade subjetiva.⁵⁰⁰

⁴⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁰⁰ "(...) A partir da década de sessenta, a jurisprudência norte-americana começou a admitir a imposição de *punitive damages* aos empregadores, naquelas situações em que o trabalhador agira com dolo, e um superior hierárquico havia participado ou ratificado a adoção daquele comportamento (theory of respondeat superior), critério que mais tarde veio a ser apelidado de complicity rule. Esta regra foi a fonte do RESATATEMENTE (SECOND) OS AGENCY, 8 217 C (1958) e do REATATEMENTE (SECOND) OF TORTS 909 (1979), estabelecendo-se neste último que os *punitive damages* só podem ser imputados ao comitente, em virtude de um acto praticado pelo comissário se ocorrer alguma das seguintes situações: a) o comitente autorizou a prática do facto; b) o comissário era incompetente e o comitente foi negligente na sua contratação; c) o comissário estava a agir no âmbito das suas funções; ou d) o comitente ratificou ou aprovou o acto. A afirmação do princípio da responsabilidade objectiva (vicarious liability), tornou-se necessário atentar-se na posição do infractor detinha na pessoa colectiva, passando a ser suficiente provar que a conduta, praticada por qualquer trabalhador, havia sido adoptada durante o exercício da actividade, regra esta que por seu turno ficou a ser conhecida por better rule, por oposição à precedente. A consagração da better rule levanta o problema que no início se colocou e que consiste em imputar *punitive damages* a um comitente, independentemente de culpa, nomeadamente se este é uma sociedade comercial, não se podendo assim afirmar que se queira puni-la, nem prevenir a repetição da conduta. Para ultrapassar este óbice, os defensores da aplicação dos *punitive damages* a estas situações têm entendido que a função punitiva está presente no incentivo que é dado às sociedades para melhorar os seus níveis de selecção de pessoal, pois é este conjunto que actua pela própria sociedade, e deste modo evitar que as sociedades actuem impune e independentemente da responsabilidade que lhes assiste em virtude dos comportamentos

A condenação ao pagamento dos chamados *punitive damages* passou a ser aceita nos casos de responsabilidade civil do produtor por produtos defeituosos ou perigosos quando, apesar do regime da responsabilização objetiva, a vítima comprovasse que o agente agiu com "negligência grosseira ou indiferença flagrante pelos seus direitos".

Assim, apesar das críticas à incidência do caráter punitivo em casos de responsabilidade sem culpa,⁵⁰¹ "a jurisprudência mantém a sua posição porque as particulares circunstâncias que rodeavam os casos concretos revelam que a colocação no mercado de produtos perigosos ou defeituosos tinha sido feita por produtores (em regra, empresários em nome individual e sociedades comerciais) que conheciam tais vícios, ou não faziam os testes de segurança, demonstrando assim uma *flagrante indiferença pela segurança, saúde ou bem estar dos consumidores*."⁵⁰²

De tal forma, a realização de um controle preventivo⁵⁰³ por parte dos fabricantes torna-se imprescindível, na medida em que sua indiferença quanto à segurança e à saúde do público consumidor poderá acarretar-lhes a condenação ao pagamento dos *punitive damages*.

dos seus trabalhadores". LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos, op. cit.*, p. 1037-1038.

⁵⁰¹ "Uma pertinente crítica à imposição de danos punitivos em casos de responsabilidade objectiva, é a de que a aplicação daquela figura não tem qualquer função punitiva, por não ser o verdadeiro culpado a sofrer as conseqüências, pelo que não teria efeito dissuasor". LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos, op. cit.*, p. 1038.

⁵⁰² Foi através da publicação do artigo "Punitive damages in products liability litigation" defendendo a aplicação dos *punitive damages* para os casos de responsabilidade civil do produtor escrito por David G. Owen que os tribunais norte-americanos passaram a admitir a aplicação naquela área. Ressalta-se que referido estudo ficou conhecido por ter sido citado o maior número de vezes pelas decisões jurisprudenciais norte-americanas. LOURENÇO, Paula Meira, *ibid.*, p. 1040.

⁵⁰³ "A eficácia preventiva da figura nesta matéria fica ameaçada com a admissibilidade de contratos de seguro que prevejam a cobertura dos punitives damages ao nível da responsabilidade civil do produtor. A jurisprudência norte-americana ainda não se pronunciou a propósito deste tipo de casos, até porque a maioria das companhias de seguros não tem admitido a cobertura dos *punitive damages* em casos de responsabilidade civil do produtor. No entanto, a admissão da validade de contratos de seguros nesta matéria, compromete a eficácia das funções assumidas até agora pelos *punitive damages*". Paula Meira, *ibid* , p. 1046.

Considerando a possibilidade de aplicação da função punitiva às hipóteses de responsabilidade objetiva, visando a adoção de condutas preventivas como forma de evitar o dano, propugna Fernando NORONHA:

Quando se fala na *função sancionatória* da responsabilidade civil, pretende-se realçar que ela, impondo sempre um sacrifício, maior ou menor, ao lesante, acaba também punindo este. Todavia, em rigor, na responsabilidade civil uma finalidade punitiva não é facilmente justificável. Quando a responsabilidade civil tem por fundamento uma conduta dolosa ou culposa (responsabilidade subjetiva), ainda se pode compreender que se fale na possibilidade de, através dela, se punir o responsável; todavia, quando se entra no domínio da responsabilidade objetiva, por definição independente de culpa, somente será possível falar de uma função sancionatória nos casos em que for possível incentivar as pessoas à adotar medidas de segurança preventivas, para evitar a ocorrência de danos.⁵⁰⁴

No mesmo sentido afirma Paula Meira LOURENÇO:

A imposição de danos punitivos em casos de responsabilidade objetiva, nos quais o agente responde independentemente de culpa, tem sido defendida fazendo apelo à função preventiva, advogando-se que por um lado, só dessa forma se consegue dissuadir os infractores de adoptarem decisões com base numa racionalidade económica, em detrimento do interesse público, e responder à ineficácia do Direito Penal nesta matéria, onde os agentes são na sua maioria colectivas, e as multas são insuficientes para evitar a prática de condutas danosas.⁵⁰⁵

Em síntese, seria possível a incidência de uma função punitiva na área de responsabilidade civil sem culpa quando se revela um comportamento reprovável por parte do produtor, que demonstra total descaso pelos mais altos valores defendidos pelo Direito, como a vida, e a integridade física e a dignidade da pessoa humana.⁵⁰⁶

Em que pesem tais conclusões, a doutrina e a jurisprudência brasileira mantêm o tom conservador seja em relação à aplicabilidade de uma função punitiva, seja, antes disso, em relação à possibilidade de uma análise judicial do caso concreto para a fixação mais equitativa da indenização devida pelo ofensor. Apesar de o novo Código Civil brasileiro prever em seu art. 944 a possibilidade de o magistrado aferir a culpabilidade do comportamento do ofensor para fins de

⁵⁰⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 439.

⁵⁰⁵ LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*, op. cit., p. 1090.

⁵⁰⁶ LOURENÇO, Paula Meira, *ibid.*, p. 1044.

comparação com o dano produzido, tal aferição só seria possível, aparentemente, quando o infrator esteja submetido ao regime de responsabilidade civil subjetiva.

Neste exato sentido concluiu-se nas “Jornadas de Direito Civil”, realizadas em Brasília, no Superior Tribunal de Justiça, quando a questão foi abordada e assim definida: "A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio reparação integral do dano, *não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.*"⁵⁰⁷ (grifos nossos).

4.3.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

Em linhas gerais, nos países de *civil law*, a função punitiva, quando aplicada, restringe-se aos casos de responsabilidade civil extracontratual, conforme Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER:

(...) não é possível a condenação em punitive damages por violação de um contrato, independentemente dos motivos que levaram o réu a fazê-lo, sendo seu domínio tão-somente o que, em nossa tradição, denomina-se "responsabilidade extracontratual" (law of torts). Em outras palavras, os punitive damages só podem ser concedidos na relação extracontratual quando provocadas circunstâncias subjetivas que se assemelham à categoria continental do dolo, quais sejam: malice, wantonnes, willfulness, oppression, fraud, entre outras. A mera negligência, na ausência das circunstâncias agravantes, não é razão suficiente para a condenação de punitive damages, porém, a gross negligence (negligência grave), em alguns estados, os enseja.⁵⁰⁸

Todavia, no sistema norte-americano, onde a doutrina dos *punitive damages* foi profundamente elaborada, gradativamente a possibilidade da aplicação da função punitiva em âmbito contratual foi sendo aprimorada. Atualmente, conforme prevê o *Restatement of Contracts*, § 355 (1981): "punitive damages are not recoverable for a

⁵⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*, p. 1228.

⁵⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza *Usos e abusos da função punitiva*, op. cit., p. 19.

breach os contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable."⁵⁰⁹

No campo do direito obrigacional, pois, viabilizou-se nos EUA a aplicação da função punitiva da responsabilidade civil, nas hipóteses denominadas *contractual bypass* (curto-circuito contratual),⁵¹⁰ expressão utilizada para apontar comportamentos que visam a não realização de negócios jurídicos mediante a apropriação indevida dos bens da vítima, assim como nos casos de condutas contratuais fraudulentas (má-fé contratual)⁵¹¹ e nas hipóteses de concorrência desleal, sujeitando-se às regras gerais da responsabilidade civil.⁵¹²

Assim sendo, apesar da possibilidade da imposição dos *punitive damages* em matéria contratual nos Estados Unidos, tal imposição não decorre em virtude da pura e simples violação a um contrato, sendo necessário, imprescindivelmente, a prova de um elemento subjetivo, ou seja, "é necessária a prova de um comportamento culposo por parte do inadimplente, que revele malícia ou opressão."⁵¹³

Ainda, incidem os *punitive damages* nas hipóteses em que o inadimplemento contratual é perpetrado através de uma conduta fraudulenta.

⁵⁰⁹ Tradução livre: "Punitive damages não são cobertos por uma quebra dos contratos ao menos que a conduta que constitui a quebra seja também um ilícito pelo qual os punitive damages são cobertos".

⁵¹⁰ Em sentido contrário, afirmam MARTINS-COSTA e PARGENDLER. *Usos e abusos da função punitiva*, *op. cit.*, p. 19, que "também como regra geral, não é possível a condenação em *punitive damages* por violação de um contrato, independentemente dos motivos que levaram o réu a fazê-lo, sendo seu domínio tão-somente o que, em nossa tradição, denominamos "responsabilidade extracontratual" (law of torts). Em outras palavras, os punitive damages só podem ser concedidos na relação extracontratual quando provadas circunstâncias subjetivas que se assemelham à categoria continental do dolo, quais sejam: malice, wantonness, willfulness, oppression, fraud, entre outras."

⁵¹¹ "No caso *Welborn v. Dixon*, datado de 1904, as partes celebraram um contrato de mútuo do qual constava uma cláusula de reversibilidade do bem que garantia a dívida para o patrimônio do devedor, no final do prazo marcado para o seu integral pagamento. O mutuante violou esta cláusula, e antes do final deste prazo vendeu o bem a um terceiro de boa fé, facto que levou o tribunal a impor o pagamento de danos punitivos ao infractor por considerar que a violação contratual tinha sido acompanhada de um acto fradudulento", LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*, *op. cit.*, p. 1051.

⁵¹² LOURENÇO, Paula Meira, *ibid.*, p. 1034-1052.

⁵¹³ LOURENÇO, Paula Meira, *ibid.*, p. 1050.

4.3.3.3 Responsabilidade patrimonial e extrapatrimonial

Originariamente, tanto no sistema inglês como no norte-americano, o âmbito de aplicação da função punitiva manteve-se circunscrito aos danos extrapatrimoniais sofridos pela vítima,⁵¹⁴ misturando-se as funções compensatória e punitiva.

Tal restrição se manifestava plenamente justificável, dentre várias razões, pela "necessidade de buscar fundamentos com maior poder de adesão para fortalecer a idéia da reparação do dano moral."⁵¹⁵ Ainda, sob outro aspecto, a "reparação do dano moral tem também um caráter de pena: é uma justa punição que deve reverter em favor da vítima."⁵¹⁶

Diante das dificuldades encontradas para se fundamentar a resposta estatal pecuniária aos danos produzidos a valores de ordem extrapatrimonial, pois, a função punitiva, embasada na idéia de retribuição e prevenção, passou a permitir que a solução indenizatória também fosse aplicada aos danos extrapatrimoniais.

Atualmente, porém, a função punitiva vem sendo estendida, em certos casos, também ao campo da responsabilidade patrimonial, notadamente no direito norte-americano.⁵¹⁷

De fato, bem assimiladas as razões do emprego da função punitiva (caráter retributivo e dissuasivo), não haveria mesmo razão lógica, sob a perspectiva funcional ao menos, para se restringi-la às hipóteses de danos extrapatrimoniais. Entretanto, percebe-se, a utilização da função punitiva no âmbito da responsabilidade patrimonial só pode ser compreendida desde que devidamente distinguida referida função das funções indenizatória e compensatória, sob pena de,

⁵¹⁴ Tal qual ocorre atualmente na jurisprudência brasileira que se utiliza do caráter punitivo para a fixação do montante indenizatório nos danos extrapatrimoniais.

⁵¹⁵ Em sentido contrário, a crítica que se faz a esse argumento: "Os danos punitivos não podem consubstanciar meros expedientes para ultrapassar as diminutas indenizações que a nossa jurisprudência atribui ao lesado que sofreu danos morais, (...) propugnamos o aumento de tais compensações, independentemente da consagração de danos punitivos, os quais serviriam para reforçar a tutela dos direitos de personalidade". LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos, *op. cit.*, p. 1105.

⁵¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, *op. cit.*, p., 221.

⁵¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva, *op. cit.*, p. 18.

confundidas todas sob um mesmo enfoque, incidirem as usuais críticas relativas ao *bis in idem* e ao *enriquecimento sem causa*, adiante analisadas.

4.3.4 Os *punitive damages*

A idéia de se imprimir uma função também sancionatória às hipóteses de responsabilização civil, ao lado da tradicional função reparatória, longe de revelar novidade de tempos mais recentes, na verdade remonta há milênios antes de Cristo.

De fato, conforme recorda Paula Meira LOURENÇO,

a atribuição de uma indemnização que excede o dano sofrido pelo lesado, com um escopo sancionatório e preventivo, era já prevista no Código de Hamurabi (2000 a.C.), nas Leis Hititas (1400 a.C.), no Código de Manu concebido pelo hindus (200 a.C.), no Antigo Testamento, e no Direito Romano, segundo o qual, em sede de relações privadas (*delicta privata*), a pessoa que houvesse ofendido os direitos de outrém ficava obrigado a pagar-lhe uma pena pecuniária com finalidade repressiva (*obligatio ex delicto*). Tal sistema veio substituir a *vindicta arcaica*.⁵¹⁸

Muito embora a noção de pena privada tenha sido disseminada ao longo do tempo e em diversas sociedades, importa-nos analisar de que forma acabou sendo consolidada e sistematizada, servindo como parâmetro inspirador para outros ordenamentos jurídicos contemporâneos.

4.3.4.1 Os *punitive damages* na experiência anglo-saxônica

A primeira notícia da aplicação da pena privada com as características supra referidas vem do direito inglês, historicamente reconhecido pela proteção dos direitos e liberdades individuais.

A raiz da tradição inglesa referente a inserção de uma função punitiva na responsabilidade civil, segundo Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER, residiria no *Statute of Councester*, datado de 1278, pelo qual se previu ação civil com a finalidade de castigar o infrator “pela imposição de reparação equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima.”⁵¹⁹

⁵¹⁸ LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*, op. cit., p. 1026.

⁵¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)*, op. cit., p. 18.

Todavia, foi somente no século XVIII, conforme relata Suzanne CARVAL, que as violações contra a liberdade fundamental de ir e vir, para além de serem tuteladas através do *writ* do *habeas corpus*, passaram a ser sancionadas através de ações reparatórias movidas contra o emprego abusivo e ilegal de prisões por parte de autoridades públicas, dando origem à teoria das *exemplary damages*, empregadas em hipóteses de danos extrapatrimoniais.⁵²⁰

Os casos paradigmáticos foram representados pelos processos *Huckle v. Money* e *Wilkes v. Wood*, datados de 1763, cujas decisões, pela primeira vez no sistema judiciário inglês, aplicaram uma espécie de pena privada (trezentas libras a título de *exemplaire condemnation*), fundamentada não em quaisquer danos sofridos pela vítima, mas sim na ilegalidade e abusividade representados por arrombamentos e buscas procedidas pela guarda real na casa de John Wilkes (um conhecido opositor ao regime de George III), sem a expedição de mandados de busca judiciais, motivados por interesses políticos.⁵²¹

Gradativamente, os *punitive damages* começaram a ser aplicados não só contra abusos de autoridades públicas, mas também contra particulares, como ocorrido no caso *Forde v. Skinner* (quando um empregador cortou abusivamente os cabelos de uma empregada), estabelecendo-se como importante instrumento de proteção da liberdade individual e da vida privada.

Nada obstante tal uso precursor dos *punitive damages* no direito inglês, a função punitiva da responsabilidade civil foi drasticamente restringida na Inglaterra a partir da decisão proferida pela Câmara dos Lordes no caso *Rookes v. Barnard*, em 1964, segundo a qual somente seria admissível a *condenação exemplar* quando expressamente prevista em lei; nas hipóteses em que o agente calculou que os lucros que viria a obter com a sua conduta, excediam o valor da indenização que teria de pagar pelos danos causados; e ainda, quando a critério do juiz, estivesse em julgamento uma conduta opressiva, arbitrária ou inconstitucional de um funcionário do governo (abusos de poder de autoridade).⁵²² Todavia, conforme

⁵²⁰ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, p.

⁵²¹ Nesse sentido ver Maria Celina Bodin de MORAES, *op. cit.*, p. 56.

⁵²² Nesse sentido afirma Paolo GALLO: "More recently the house of lords has limited the applicability of exemplary damages in three situations: 1) When the public administration

Suzanne CARVAL, gradativamente os magistrados ingleses vêm decidindo com razoável liberdade de interpretação, superando os mencionados limites.⁵²³

4.3.4.2 Os *punitive damages* na experiência norte-americana

Em função da colonização dos Estados Unidos da América pela Inglaterra, o instituto dos *punitive damages* foi também aos poucos incorporado pelo direito norte-americano, tendo sido consagrado por decisões da Suprema Corte já em 1851, sendo disseminado por quase todos os Estados americanos, sempre com o objetivo de punir e prevenir condutas que se revelassem especialmente maliciosas, opressivas ou cruéis, cabendo ao ofendido o ônus da prova da intenção dolosa do agente.⁵²⁴

deprive a citizen of his fundamental rights; 2) whenever someone aims at obtaining an enrichment as a consequence of his wrongful conduct; 3) when punitive damages are especially provided by statute". *Punitive damages in Italy?*, p. 2.

523

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., p. 48. Afirma-se que foi nesse famoso caso que se estabeleceu a diferença entre os *punitive damages* e os *aggravated damages*, os primeiros teriam a função de prevenir condutas graves e punir o agente não se relacionando propriamente com o prejuízo sofrido pelo lesado e o segundo consistiria no impacto da conduta do ofensor na dignidade da vítima, a título propriamente de compensação. "O caso Cassel & Co v. Broome, a propósito da publicação de um livro, no qual era descrito um desastre ocorrido num navio que se dirigia para a Rússia, sob o comando de um antigo Comandante da Marinha, atribuindo-lhe, ainda que de modo implícito, a responsabilidade do acidente (aliás, antes da publicação do referido livro, o lesado indicara ao autor e à editora que tal descrição ofendia o seu bom nome, mas o livro foi todavia publicado, com uma pequena alteração nas passagens consideradas ofensivas). O tribunal sustentou a existência de *punitive damages*, reconduzindo-os à segunda categoria de casos indicada no caso *Rookes*, porquanto a editora do livro publicara-o intencionalmente, na esperança de alcançar lucro, e sabia, ou não se importava, com o facto do conteúdo da publicação ofender os direitos do lesado. O antigo Comandante da Marinha recebeu 25.000 libras, a título de *punitive damages*, não obstante o livro não ter tido o sucesso de vendas que a editora esperava, tendo por isso mesmo sido realçado no arresto que, eram impostos danos punitivos, não porque o cálculo do lucro tivesse afinal correspondido à realidade, mas antes porque a editora actuara com base nessa expectativa, em detrimento dos direitos do lesado". LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*, op. cit., p. 1034.

524

O primeiro caso de indenização punitiva no Estados Unidos data de 1784: *Genay v. Norris*, resultando na condenação de um médico que colocou uma droga na taça de uma pessoa causando-lhe enormes dores, sendo condenado a uma punição exemplar. E, ainda "o famoso caso *Coryell v. Colbaugh*, no qual o agente quebrou a promessa de casamento e engravidou a nubente, considerando-se um insulto, uma ofensa grave à honra da vítima, estigmatizando a sua posição na sociedade, e bem assim a de seu filho, que seria considerado ilegítimo". LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*, op. cit., p.1030-1031.

Foi nos Estados Unidos que a cultura da aplicação da pena privada pela jurisprudência desenvolveu-se notavelmente, alcançando uma diversidade de hipóteses inigualável.

Conforme anota Suzanne CARVAL acerca de tal desenvolvimento,

Souvent accusée – à tort ou à raison – il est difficile de le dire – d'être une cause majeure de ce que l'on a appelé la "crise de la responsabilité civile aux Etats-Units", la peine privée se distingue, à l'heure actuelle, par deux aspects. D'une part, elle a réussi, et ceci est indéniable, à s'enraciner profondément dans le droit des produits dangereux, au point que nul ne semble plus penser, aux Etats-Units, qu'il soit encore possible de l'en bannir totalement. D'autre part, elle a connu, ces dernières années, des débordements si spectaculaires que, bien qu'ils aient sans doute été moins nombreux que ce qu'on a généralement prétendu, il apparaît aujourd'hui indispensable, tant à la doctrine qu'aux magistrats, de remettre un peu d'ordre dans sa pratique. Ceci explique que de nombreuses propositions soient aujourd'hui formulées, qui visent à apporter à son régime juridique de notables perfectionnements.⁵²⁵

Apesar de os Estados Unidos terem adotado os *punitive damages* por meio da colonização britânica, não seguiram as mesmas diretrizes firmadas no caso *Rooks v. Barnard*, no sentido de se restringir a aplicação do instituto para as três hipóteses mencionadas. Ao contrário assistiu-se a uma verdadeira ampliação de seu campo de atuação.⁵²⁶

A jurisprudência dos tribunais americanos, já a partir do século XIX, passou a aplicar os *punitive damages* não só para os casos de condutas especialmente

⁵²⁵ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., p. 107. Tradução livre: "Frequentemente acusada – injusta ou justamente, é difícil de afirmar – de ser uma causa maior daquilo que se chamou de "a crise da responsabilidade civil nos Estados Unidos", a pena privada se distingue, atualmente, por dois aspectos. De um lado, ela teve êxito, irrefutavelmente, em se enraizar profundamente no âmbito do direito dos produtos perigosos, ao ponto que ninguém parece mais pensar, nos Estados Unidos, que seja ainda possível de bani-la totalmente. De outro lado, ela conheceu, nestes últimos anos, desdobramentos tão espetaculares que, muito embora tenham sido sem dúvida menos numerosos que os geralmente pretendidos, parece atualmente indispensável, tanto à doutrina quanto aos magistrados, colocar um pouco de ordem na sua prática. Isto explica que numerosas propostas sejam atualmente formuladas, visando dotar seu regime jurídico de notáveis aperfeiçoamentos". No mesmo sentido afirma Anderson SCHREIBER, Arbitramento do dano moral no novo Código Civil, *op. cit.*, p. 17, "De uma aplicação restrita a casos mais pitorescos no século XVIII, os *punitive damages* passaram a ter, nos séculos XIX e XX, ampla utilização, sobretudo com o desenvolvimento das relações de massa e do setor empresarial norte-americano. Somente na início da década de 1990 atingiu-se o ápice dos *punitive damages*, empregados sobretudo como forma de desestímulo às práticas abusivas de grandes corporações em face dos consumidores".

⁵²⁶ LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*, op. cit., p. 1076.

dolosas dos agentes infratores, mas também a casos nos quais se demonstrava a ocorrência da chamada “negligência grosseira”, quando então competia ao lesado comprovar tão somente o dano suportado e não a intenção do agente.

Importante ressaltar que em ambos os sistemas (inglês e norte-americano), as condenações a título de *punitive damages* foram concebidas originariamente com o escopo de compensar danos morais sofridos pelas vítimas⁵²⁷, misturando-se as funções de compensação e punição:

Em 1760, algumas cortes inglesas 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 era referida como exemplary pelas cortes que justificavam a condenação, afirmando-se que as indenizações elevadas tinham por objetivo não só compensar o lesado pelo prejuízo intangível sofrido, mas também punir o ofensor pela conduta ilícita. Na verdade as funções compensatória e punitiva foram confundidas pelas Cortes inglesas e norte-americanas até meados do século XIX.⁵²⁸

Como já anotado anteriormente (item 4.3.3.1), para além dos casos de negligência grosseira (acidentes de trabalho, acidentes de viação e negligência médica), também os *punitive damages* foram estendidos nos EUA para casos de responsabilidade civil objetiva, tais como os da responsabilidade do produtor por produtos defeituosos ou perigosos. Em tais hipóteses, aferida a flagrante indiferença do responsável para com a segurança, saúde ou bem estar do público, justifica-se a imposição de pagamento de *punitive damages*.⁵²⁹

⁵²⁷ LOURENÇO, Paula Meira, *id.* "Conquanto hoje em dia os *punitive damages* - notadamente na práxis norte-americana - tenham sido estendidos à responsabilidade patrimonial, revestindo-se de uma função de exemplaridade social, a origem vem marcada pela função punitiva e pela circunscrição ao dano extrapatrimonial". MARTINS-COSTA, Judith e PAGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*, *op. cit.*, p. 18.

⁵²⁸ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza, *id.*

⁵²⁹ Paula Meira LOURENÇO adverte: "uma pertinente crítica à imposição de danos punitivos em casos de responsabilidade objectiva, é a de que a aplicação daquela figura não tem qualquer função punitiva, por não ser o verdadeiro culpado a sofrer as conseqüências, pelo que não teria efeito dissuasor. Pelo contrário, os *punitive damages* teriam efeitos perversos, como sejam o refreamento da iniciativa económica e a repercussão das quantias impostas nos preços dos produtos vendidos aos consumidores. Entendemos que a aplicação dos danos punitivos às situações de responsabilidade objetiva levanta alguns problemas, até porque se trata da actuação da figura num âmbito que não lhe era tradicionalmente atribuído, e isso causa desde logo alguma apreensão. No fundo, assiste-se ao nascimento de um novo conceito de *punitive damages*, através do alargamento do seu âmbito de aplicação, que foi visto pelos opositores da figura como uma "crise de identidade", originada por uma expansão que eles nunca tinham atingindo. Parece-nos, porém, que é mais importante compreender quais as razões que motivaram tal alargamento de actuação dos *punitive damages*, pois

Ainda, estendeu-se o regime de incidência dos *punitive damages* para o campo do direito contratual, observadas determinadas condições já tratadas retro (vide item 4.3.3.2).

É importante destacar que se originariamente no sistema norte-americano as funções punitiva e compensatória se misturavam, atualmente revelam-se como categorias diferentes. Assim, quando das decisões das cortes os valores fixados a título dos *compensatory damages* não se misturam com os valores fixados a título dos *punitive damages*. Nesse sentido podemos aludir que "os *compensatory damages* têm por escopo reparar tudo o que o lesado sofreu, como indivíduo, enquanto que os *punitive damages* pretendem a punição da conduta do agente, na sua dupla vertente retributiva e preventiva."⁵³⁰

No sistema norte-americano os Estados que integram a federação⁵³¹ possuem flexibilidade para determinar ou não a aplicação dos *punitive damages*, assim como as hipóteses de sua aceitação e a fixação de seus limites. A análise do cabimento e da determinação do *quantum* dos *punitive damages* caberá a um júri popular,⁵³² composto por cidadãos que devem levar em conta a determinação estadual em punir o ofensor.⁵³³

talvez possam justificar o aparente paradoxo de aplicação de uma pena privada a pessoas colectivas, que respondem independentemente de culpa pelos actos praticados pelos seus trabalhadores. Cremos que o escopo da aplicação da figura coincide com as finalidades da responsabilidade objectiva do comitente, ou seja, é uma responsabilidade pelo risco, pois quem retira as vantagens de uma actividade deve igualmente suportar os seus custos - *ubi commoda ibi incommoda* -, evitando-se assim que as sociedades comerciais se eximam à responsabilidade civil por factos praticados pelos elementos de que são compostas e através dos quais actuam, (...), e assegurando-se que o lesado receba a sua indemnização (o que podia não acontecer se estivesse dependente do património de um trabalhador). Simultaneamente, as sociedades teriam maior cuidado na selecção do seu pessoal, e sempre que fossem tidas por responsáveis independentemente de culpa, pelos actos praticados pelos seus trabalhadores, terias direito de regresso sobre o agente culposo". *Os danos punitivos, op. cit.*, p. 1035-1036.

⁵³⁰ "No caso *Cole v. Tucker*, o tribunal texano estabeleceu a diferença entre os danos compensatórios (*compensatory damages*), que assumiam uma função compensatória, e os danos punitivos (*punitive damages*), cumulando-se estes àqueles sempre que o lesado tivesse sido alvo de uma conduta particularmente censurável, visando a punição do agente e reprimindo a repetição da conduta pelo infractor ou terceiros." LOURENÇO, Paula Meira, *ibid.*, p. 1031 e 1080.

⁵³¹ Quarenta e seis Estados norte-americanos admitem a aplicação dos *punitive damages*, as exceções são Massachusetts, Louisiana, Nebraska e New Hampshire. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana, op. cit.*, p. 232.

⁵³² "Tradicionalmente, o sistema jurídico norte-americano deposita grande importância no papel do júri para decidir questões relevantes, confiando neste como um *guarantor of fairness*, a

A Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu certos parâmetros para se fixar a quantia relativa aos *punitive damages*, visando preservar a *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*,⁵³⁴ sobretudo para aquelas hipóteses em que a indenização fixada pelo corpo de jurados é considerada abusiva. Desse modo, segundo critérios fixados pela Suprema Corte norte-americana, devem-se considerar três diretivas: "I. o grau de reprovabilidade da conduta do réu; II. a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; III. a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes."⁵³⁵

Destaca-se que apesar de a tese da inconstitucionalidade da fixação dos *punitive damages* já ter sido objeto de diversos questionamentos junto à Suprema Corte dos Estados Unidos, foi no específico caso *BMW of North America, Inc v. Gore* que se reconheceu o abuso na fixação dos valores a título de *punitive damages*, ocasião em que se foram fixadas as diretrizes supra mencionadas:

O autor, Ira Gore Jr., comprara um novo BMW sedan de um comerciante do Alabama. Posteriormente, soube que o vendedor, BMW of North America, havia repintado parte do veículo por conta de um pequeno dano ao automóvel antes de

bulwark against tyranny, and a source os civic values. Isso, apesar de terem sido (e serem) tantos e tamanhos os abusos, tão gritantes a "comercialização" e a ideologização dos casos judiciais no âmbito dos *punitive damages*, que uma suspeição generalizada erodiu a histórica confiança no papel do júri para tal mister". MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva, *op. cit.*, p. 19.

⁵³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*, *op. cit.*, p. 57. No mesmo sentido Anderson SCHREIBER. *Arbitramento do dano moral no novo Código Civil*, *op. cit.*, p. 18.

⁵³⁴ "Amendment XIV (ratified July 9, 1868), Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the united States anda of the State whrein they reside. No State shall make os enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". Tradução livre: "14ª Emenda [ratificada em 9 de julho de 1868] 1ª Seção. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e, portanto, sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos estados Unidos e dos Estados nos quais residem. Nenhum Estado deverá legislar ou impor qualquer lei que possa diminuir privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá qualquer Estado privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição a igual proteção das leis".

⁵³⁵ Cass SUNSTEIN, Daniel KAHNEMAN e David SCHKADE. Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law). *Yale Law Journal*, May, 1998, Disponível em Nothernlight Special library em [www. northernlight.com](http://www.northernlight.com). Acessado em 15.10.2005.

sua chegada aos Estados Unidos, embora a BMW não tivesse 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. Recorrendo ainda o vendedor, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso, considerou esse montante como *grossly excessive* (manifestamente excessivo), e, portanto, inconstitucional. A Suprema Corte do Alabama, em reconsideração, os reduziu para \$50.000.⁵³⁶

Sob esse aspecto, o papel desenvolvido pelo júri popular vem sofrendo profundas críticas, sobretudo, no que tange à sua competência para fixar os valores das condenações a título de *punitive damages*, em razão da imprevisibilidade das suas decisões e da falta de formação técnica do corpo de jurados. Nesse sentido sustentam Cass SUNSTEIN, Daniel KAHNEMAN e David SCHKADE:

Our basic suggestion is that the legal system should enable juries to engage in tasks that they are capable of performing, and should not require juries to carry out tasks that they cannot perform well. Juries are likely to produce erratic judgments about dollar amounts; their judgments are likely to be much less erratic when they are asked to rank cases or to assess the degree to which a defendant should be punished on a bounded rating scale. Thus there is reason to ask whether the civil justice system ought not to be brought more closely in line with the criminal justice system, where juries of course decide questions of liability, and judges decide questions about punishment, subject to guidelines and constraints. If juries cannot consistently or sensibly "map" their judgments onto an unbounded dollar scale, might it follow that judges, rather than juries, should be making decisions about punitive award?⁵³⁷

⁵³⁶ Pode-se ainda citar os casos: *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al.*, dentre outros. MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva, *op. cit.*, p. 19 e 28.

⁵³⁷ SUNSTEIN, KAHNEMAN e SCHKADE. Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law), p. 08-09. Tradução livre: "Nossa sugestão básica é que o sistema legal deveria habilitar jurados para assumir tarefas que eles são capazes de realizar, e não deveriam requisitar jurados para conduzir tarefas que eles não podem desenvolver bem. Jurados são aptos a produzir julgamentos incertos sobre as quantias indenizatórias; seus julgamentos são capazes de ser muito menos incertos quando eles são chamados a analisar casos ou decidir o grau em que o réu deveria ser punido numa limitada escala classificatória. Nesse sentido, há razão para se perguntar de qualquer forma se o sistema de justiça civil se não deveria se aproximar do sistema de justiça criminal, onde os jurados da ocasião decidem questões sobre a responsabilidade, e juízes decidem questões sobre punição, sujeição às normas de conduta e ordens. Se os jurados não podem consistentemente ou sensivelmente mapear seus julgamentos na direção de uma ilimitada escala pecuniária, poderiam os juízes melhor que os jurados, decidir sobre a quantia punitiva?"

Para os críticos da autonomia do corpo de jurados o problema seria minimizado se a competência para se apurar o montante a ser pago a título de *punitive damages* passasse a um juiz togado e não mais aos jurados.

Além da crítica sobre a falta de consistência das condenações formuladas no âmbito do júri, SUNSTEIN, KAHNEMAN e SCHKADE sustentam que os jurados não discernem as funções retributiva e preventiva, misturando os dois fundamentos para fixar o montante indenizatório: "If, por example, it is believed that existing social norms are not the appropriate basis for punishment, or if deterrence rather than retribution is the appropriate goal of punitive damages, an expert body might decide on appropriate awards, or it could offer general guidance to trial court judges."⁵³⁸

4.3.4.3 Os *punitive damages* na experiência alemã

Na Alemanha, o art. 847 do BGB expressamente preconiza uma indenização eqüitativa para certos danos extrapatrimoniais. Segundo o referido dispositivo, "no caso de lesão do corpo ou da saúde, assim como no caso de privação de liberdade, pode o lesado, também por causa do dano não patrimonial, exigir uma eqüitativa satisfação em dinheiro. A pretensão não é transmissível e não passa para os herdeiros, salvo se tiver sido reconhecida por contrato ou tornado-se litispendente".

Analisando precisamente o referido art. 847, a Ementa do Supremo Tribunal Federal (BGH), BGHZ 18, 149, demonstra que na Alemanha já se encontra consolidada jurisprudencial e doutrinariamente a idéia de que "não se trata de pretensão comum de indenização por perdas e danos, mas de uma 'pretensão de natureza peculiar, com dupla função: propiciar ao lesado uma compensação adequada' à injustiça que sofreu e 'ao mesmo tempo levar em conta que o autor do dano deve ao ofendido uma satisfação pelo que lhe fez"⁵³⁹.

⁵³⁸ SUNSTEIN, KAHNEMAN e SCHKADE. *Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law)*, *op. cit.*, p. 10. Tradução livre: "Se, por exemplo, se acredita que existam normas sociais que não são apropriadas a princípio para punição, se a prevenção, e não a retribuição é o objetivo adequado dos danos punitivos, um corpo de especialistas poderia decidir sobre um sistema adequado de recompensa ou poderia sugerir critérios gerais para os juizes togados".

⁵³⁹ *Apud* Bernd-Rüdiger, KERN. A função de satisfação na indenização do dano pessoal. Um elemento penal na satisfação do dano? *Revista de direito do consumidor*, n. 33. jan./mar. 2000, p. 9-10. Explica o autor que o BGB importou do direito suíço a idéia de "satisfação", conceito este empregado como sinônimo de "Busze" (multa, em sentido de pena). Assim, o

É na defesa dos direitos da personalidade, mormente dos relativos à imagem de figuras públicas,⁵⁴⁰ que a jurisprudência alemã vem se posicionando no sentido de que as condenações por dano pessoais deverem servir tanto à compensação do dano como à satisfação da vítima."⁵⁴¹

Nesse sentido, conforme Bernd-Rüdiger KERN, a finalidade da função de satisfação, desvinculada da indenização, possuiria três finalidades: "de um lado, deve trazer ao lesado um sentimento de satisfação, apaziguar seu senso de justiça ferido; de outro, deve impor um sensível sacrifício patrimonial; e, por último, com isto deve atuar preventivamente no futuro."⁵⁴² Para a função de compensação "exige-se que se leve em conta a importância, a medida e a duração do dano".

Assim, no que tange aos danos extrapatrimoniais o BGB estabelece:

(...) na compensação dos danos imateriais o BGB conscientemente desconsidera o princípio básico vigente no direito alemão em matéria de danos patrimoniais e expressado no "tudo ou nada", de acordo com o qual o mais ínfimo grau de culpa tem por resultado a mesma pretensão indenizatória do dolo. Mas também outros aspectos podem ter relevância: as circunstâncias do fato, as relações econômicas entre o ofensor e o ofendido, as circunstâncias paralelas à evolução e - muito discutido - a pena criminal imposta. Não é possível estabelecer uma ordem de prioridades nestas situações. Nem são sempre todas consideradas. Conforme o caso, devem ser postas de lado.⁵⁴³

art. 847 na verdade determina que a função de satisfação seja composta tendo em vista não somente o lesado, mas também as circunstâncias concernentes ao ofensor.

⁵⁴⁰ "(...) urge salientar dois recentes acórdãos alemães, nos quais se relaciona a utilização não autorizada da imagem de uma figura pública com finalidade punitiva e preventiva da responsabilidade civil, e com a necessidade de reforçar as compensações por dano moral. No primeiro caso (*Ent. BGH 05.12.1995 em NJW 1996, p. 984-985*), um jornal publicou a seguinte notícia: "Carolina - ela luta, corajosamente, contra o cancro no seio", na primeira página. A intenção era ser interpretado como se fosse a própria Princesa a padecer de cancro, quando no interior do mesmo jornal, a notícia revelava afinal que a Princesa estava a apoiar uma associação de combate a cancro. Este expediente perturbou o sossego da princesa, pelo o que o BGB condenou o jornal em indemnização condigna, enunciando o papel de prevenção da responsabilidade civil. No segundo caso (*Ent. BGH 12.12.1995 em NJW 1996, P. 985-987*), um jornal publicou fotografias do filho mais velho da Princesa, sem qualquer autorização, não obstante ter sido anteriormente obtida uma injunção judicial proibindo a publicação de fotografias da criança. O BGB condenou o jornal a pagar uma indemnização, explicando que de outro modo o procedimento ficaria sem sanção". Paula Meira LOURENÇO, *Os danos punitivos, op. cit.*, p. 1055/1056.

⁵⁴¹ Bernd-Rüdiger, KERN. *A função de satisfação na indenização do dano pessoal. Um elemento penal na satisfação do dano?* p. 10.

⁵⁴² Bernd-Rüdiger, KERN, *ibid.*, p. 10/11.

⁵⁴³ Bernd-Rüdiger, KERN, *ibid.*, p. 12.

Em que pese a ausência de expressa previsão legal acerca da sua aplicabilidade, a função punitiva da responsabilidade civil vem sendo empregada de forma subliminar pelos tribunais, conforme o entendimento do BGH, a mais alta corte de justiça da Alemanha, que indicou a dupla finalidade da função de satisfação, quais sejam, a sanção e implicitamente a prevenção.⁵⁴⁴

Conforme informa Bernd-Rüdiger KERN,

A pesquisa revela o entendimento da jurisprudência de que satisfação é pena privada. É discutível o motivo pelo qual ela nem sempre expressa isto claramente, embora a sua formulação esteja tão próxima quanto possível da pena, sem, no entanto empregar a palavra mesma. "Pois, que compensação de dano e satisfação ideal (...) assentam em distintos pensamentos jurídicos elementares, é coisa que afinal bem que deveria ser (outra vez) abertamente confessada". Se esse fundamento dogmático da satisfação for externado publicamente, poderia ser ganho um espaço que permitiria pôr em evidência, claramente, o princípio da pena privada, bem como, ao mesmo tempo, delimitá-la em sua aplicação. Evitar-se-iam assim falhas supérfluas de fundamentação.⁵⁴⁵

4.3.4.4 Os *punitive damages* na experiência francesa

Na França, "a liberdade de avaliação do dano moral é aproveitada pelos tribunais para elevarem a compensação, não tanto para compensar o lesado, mas antes com o escopo de punir a conduta do agente e prevenir a sua repetição quer pelo infractor, quer por terceiros".⁵⁴⁶

Conforme afirma Suzanne CARVAL:

⁵⁴⁴ "A tríplice finalidade da satisfação (...) recebeu assim o reconhecimento da mais alta corte de justiça, o mais tardar em 1961. E não ficou restrita aos casos de violação do direito de personalidade, que se caracterizava justamente pelo fato de a função da satisfação do dinheiro da dor (*Schmerzensgel*) situar-se totalmente em primeiro plano perante a função de indenização". A jurisprudência do BGH (*Bundesgerichtshof* - Supremo Tribunal Federal), à qual os tribunais de instância (*Instanzengerichte*) aderiram praticamente sem exceção, encontrou em seguida oposição na literatura jurídica, cuja crítica perdura ainda hoje. Essencialmente, duas são as objeções levantadas contra a dupla função da indenização pessoal. A crítica mais antiga pretende que a indenização seja restrita à função de compensação. Contra a função de satisfação foi especialmente objetado que ela se movimenta perigosamente muito perto da pena privada. Diz-se, de outra parte, que ela corre solta, não tem significação, é uma equiparação meramente formal". Bernd-Rüdiger, KERN, *ibid.*, p. 12-14.

⁵⁴⁵ Bernd-Rüdiger, KERN, *ibid.*, p. 32

⁵⁴⁶ Paula Meira LOURENÇO. *Os danos punitivos*, *op. cit.*, p. 1056-1057.

Reste, cependant, que si la théorie de la peine privée ne constitue pas le fondement des sommes accordées au titre des dommages extra-patrimoniaux, elle exerce en la matière une influence qui est loin d'être négligable. Ainsi, on constate que les juges ont souvent tendance, en présence d'atteintes inqualifiables aux prérogatives essentielles de la personne, à gonfler le chiffre des réparations dans le but évident de punir les auteurs de ces comportements. En de telles hypothèses, il faut bien reconnaître qu'à défaut de justifier l'existence même de la condamnation, la volonté de sanctionner les fautes commises contribue par contre largement à expliquer l'importance de son montant.⁵⁴⁷

Destacam-se os casos de concorrência desleal, quando a jurisprudência francesa posiciona-se no sentido de que as ações judiciais movidas a tal título possuem o escopo não tanto de reparar um prejuízo causado a um terceiro, mas, sobretudo, sancionar a deslealdade dos atos cometidos.⁵⁴⁸

Assim, "a falta de consagração legal dos danos punitivos é superada pela elevação do montante de indemnização, levando em linha três factores: os benefícios que o autor obtém com o acto de concorrência desleal (os quais têm de ser superiores ao prejuízo causado), as economias que o mesmo faz à custa do lesado, e a apropriação de uma tecnologia, quando o titular de uma patente não explora a sua invenção, ou concede o seu direito de exploração a terceiros."⁵⁴⁹

No ordenamento francês há alguns dispositivos legais que constituem autorizações para a aplicação da função punitiva. Assim, v.g., a Lei nº 79-44, de janeiro de 1979, que determina a condenação do empregador que procedeu a uma dispensa sem causa real e séria a reembolsar o centro de emprego do valor recebido pelo trabalhador desempregado, desde a data do despedimento até à data

⁵⁴⁷ CARVAL, SUZANNE. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., p. 24. Tradução livre: "Ocorre, todavia, que se a teoria da pena privada não constitui um fundamento de condenações fixadas a título de danos extrapatrimoniais, ela exerce sobre a matéria uma influência que está longe de ser negligenciada. Desta forma, constata-se que os juízes têm frequentemente a tendência, na presença de atentados inqualificáveis às prerrogativas essenciais da pessoa, a aumentar o montante das reparações no evidente intuito de punir os autores desses comportamentos. Nestas hipóteses, é necessário reconhecer que na ausência de justificativa da própria existência da condenação, o desejo de sancionar as faltas cometidas contribuem, por outro lado, amplamente para explicar a importância de seu montante".

⁵⁴⁸ Paula Meira LOURENÇO. *Os danos punitivos*, op. cit., p. 1057. "O acórdão de Douai, de 21 de Dezembro de 1989, consubstancia um importante marco na jurisprudência francesa por ter enunciado que as acções judiciais matéria de concorrência desleal tinham por finalidade, não tanto reparar um prejuízo causado a outrem, mas sim sancionar a deslealdade dos actos cometidos".

⁵⁴⁹ LOURENÇO, Paula Meira, *id.*

da sentença, tendo por finalidade punir as entidades empregadoras.⁵⁵⁰ Ainda, o art. 16 da Lei nº 85-677, que determina em matéria de indenização às vítimas de acidentes de viação a aplicação de juros dobrados em relação à taxa legal após o oitavo mês a contar do acidente caso a empresa seguradora não apresente ao lesado proposta de acordo.⁵⁵¹

Nada obstante a ausência de expressa previsão legal de uma figura na França que se assemelhe aos *punitive damages*, as supra referidas quantias impostas no âmbito das pretensões mencionadas não deixam de revelar a presença de um caráter punitivo, na medida em que as condenações excedem os prejuízos sofridos pelo lesado e têm por objetivo punir o agente pela sua conduta dolosa.

4.3.4.5 Os *punitive damages* na experiência italiana

Na Itália, assim como em outros países da Europa, o desenvolvimento da função punitiva não se compara com o ocorrido no sistema norte-americano mas, apesar disso, o ordenamento italiano passou a adotar o caráter punitivo-pedagógico sobretudo para aquelas hipóteses que envolvem a proteção de valores inerentes à pessoa. Conforme afirma Paolo GALLO,

"In Italy, and more generally in Europe, there are no applications of private sanctions comparable to the american ones especially in the field of products liability. In spite of this, starting from the eighties, italian case law show a growing tendency to rediscovers exemplary damages as a consequence of the expansion of tort law in the field of the protection of the person, his reputation, honour, privacy, and so on".⁵⁵²

Há alguns dispositivos que se aproximam da figura dos *punitive damages*, em razão de seu nítido caráter punitivo como o art. 129 bis do Código Civil, que determina que "o cônjuge ou terceiro que seja responsável pela nulidade do matrimônio, tem a obrigação de indenizar o cônjuge de boa-fé, mesmo que não

⁵⁵⁰ LOURENÇO, Paula Meira, *ibid.*, p. 1059.

⁵⁵¹ LOURENÇO, Paula Meira, *id.*

⁵⁵² GALLO, Paolo. *Punitive damages in Italy, op. cit.*, p. 2. Tradução livre: "Na Itália, e mais geralmente na Europa, não existe aplicação da sanção privada comparando com o americano, especialmente no campo dos produtos de consumo".

exista prova do dano sofrido, sendo a indenização fixada numa quantia correspondente à prestação de alimentos por três anos".

Ainda, o art. 12 da Lei de Imprensa (L. 8-II-1948), segundo o qual a vítima de uma difamação pela imprensa pode obter a reparação total do dano sofrido e ainda uma quantia proporcional à gravidade da ofensa e à difusão do escrito, podendo consistir na totalidade do ganho ilícito do infrator.

Por fim, conforme o art. 18, §6º da Lei nº 349/1986, quando não for possível quantificar o dano de forma precisa, o juiz pode recorrer à equidade e atender "à gravità della colpa individuale, costo necessario per il ripristino e profitto conseguito dal trasgressore."⁵⁵³

Destaca-se o entendimento exposto por DE CUPIS, segundo quem "o ordenamento italiano apelida de "reparação" do dano ambiental, uma verdadeira pena privada, a cargo do lesante, pois para aferir do montante da indenização a lei mandar atender à "gravidade da culpa" e ao "lucro obtido" pelo agente, contrariando a índole da obrigação de indenização, que se centra na vítima e nos seus danos."⁵⁵⁴

Em profunda análise da aplicação dos *punitive damages* na Itália, Paolo GALLO conclui: "Tort law can represent an effective substitute of penal law, especially in the field of the protection of the person and his private life, honour, privacy, and so on. It seems also incontrovertible that in these applications the main functions of tort law become deterrence and punishment, rather than compensation."⁵⁵⁵

4.3.4.6 Os *punitive damages* na experiência portuguesa

Em Portugal, refere Paula Meira LOURENÇO vários dispositivos do Código Civil que encerrariam hipóteses de pena privada.

⁵⁵³ LOURENÇO, Paula Meira, *op. cit.*, p. 1060.

⁵⁵⁴ La riparazione del danno all ambiente: risarcimento, o pena? *Apud* Paula Meira LOURENÇO, *Os danos punitivos*, *op. cit.*, p. 1060.

⁵⁵⁵ GALLO, Paolo. *Punitive Damages in Italy?*, *op. cit.*, p. 9. Tradução livre: "Responsabilidade extracontratual pode representar um efetivo substituto da lei penal, especialmente no campo de proteção da pessoa e sua vida privada, honra, privacidade e outros. Parece também incontroverso que nessas aplicações a principal função da responsabilidade contratual tornou-se prevenção e punição, mais que a compensação."

Assim, v.g., ocorreria com o regime do sinal (arts. 442 e 830); com a sanção pecuniária compulsória (art. 829-A); com a revogação das doações por ingratidão do donatário (art. 970); com a sanção pecuniária prevista no art. 1099, nº 2; com a fixação de penas pecuniárias pela assembleia de condôminos (art. 1434, nº 1); com a perda de benefícios pelo cônjuge declarado único e principal culpado em ação de divórcio (art. 1791); com a inibição e demais limitações ao exercício do poder paternal (art. 1913); com a incapacidade sucessória por indignidade (art. 2034); com a deserção (art. 2166); com a determinação da fixação equitativa da indenização, em montante inferior aos danos causados “desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e as demais circunstâncias do caso o justifiquem” (art. 494); com o direito de regresso entre os responsáveis civis “na medida das respectivas culpas e das conseqüências que delas derivem, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis” (art. 497, nº 2) e, por fim, com a exclusão ou redução da indenização nas hipóteses de o próprio lesado ter contribuído com sua conduta para a produção ou o agravamento do dano (art. 570).

Ainda, no âmbito de ramos específicos, refere a jurista portuguesa a presença de danos punitivos no Direito do Trabalho, especialmente nas sanções disciplinares impostas pelo empregador ao trabalhador (arts. 26 a 35 do DL nº 49 408, de novembro de 1969), na indenização a que a entidade empregadora tem direito (DL nº 64-A/89, de 27 de fevereiro) e na punição da dispensa sem justa causa do trabalhador, quando o valor da indenização pode ser agravada até o dobro (art. 31, nº 2 do DL nº 235/92, de 24 de outubro). Também ressalta casos de *punitive damages* na tutela dos direitos de personalidade e dos danos morais (arts. 24 e 25 da Constituição da República Portuguesa e art. 70 do Código Civil), na tutela dos direitos autorais (art. 9 do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos Português), no sancionamento dos danos ambientais e ecológicos (art. 66 da Constituição Portuguesa e arts. 3º e 41 da Lei de Bases do Ambiente).⁵⁵⁶

Como demonstrado, pois, apesar das inúmeras críticas endereçadas ao instituto da pena privada (adiante examinadas), fato é que seu emprego, expresso ou subliminar, não pára de crescer inclusive nos países de *civil law*, em decorrência de diversos fatores dentre os quais, certamente, o sentimento de insatisfação com

⁵⁵⁶

Ibidem, p. 1061-1074.

os resultados pouco profícuos apresentados pelo sistema tradicional de responsabilidade civil, circunscrito a viabilizar a mera reparação pelos danos suportados pela vítima (reparação essa nem sempre integral e freqüentemente absorvida pelo ofensor que, muitas vezes, prevê e calcula o custo-benefício das implicações de sua conduta lesiva).

5. A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

5.1 Função punitivo-pedagógica no Brasil?

A insuficiência da função reparatória da responsabilidade civil, sobretudo no que diz respeito à fixação de um montante indenizatório na hipótese de danos extrapatrimoniais, tem levado a função punitiva da responsabilidade civil a ganhar cada vez mais adeptos, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial.⁵⁵⁷

As razões do resgate do caráter exemplar⁵⁵⁸ da responsabilidade civil se explicam, talvez, pela inefetividade da clássica função ressarcitória da responsabilidade civil diante dos fenômenos sociais próprios da sociedade contemporânea, como concluem Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER:

As razões para volta do caráter exemplar da responsabilidade civil não são difíceis de explicar, resultando, na maior parte dos casos, da própria insuficiência das respostas oferecidas pela responsabilidade civil como mecanismo meramente ressarcitório, com o montante da indenização limitado ao *quantum* efetivamente sofrido, segundo os cálculos da Teoria da Diferença pela qual o dano resulta da diminuição do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida. Essa fórmula de cálculo (na verdade, condicionante do conceito jurídico de dano), conquanto apropriada para o comum dos casos, no dano

⁵⁵⁷ Adeptos aos *danos punitivos*, na doutrina estrangeira, destacam-se os seguintes juristas (todos citados nas referências bibliográficas deste trabalho): Georges RIPERT, René SAVATIER, Jean CARBONIER, André TUNC, Suzanne CARVAL, Massimo FRANZONI, Antonio Menezes CORDEIRO e Bernd-Rüdiger KERN. Na doutrina nacional, citem-se: Carlos Alberto BITTAR, Caio Mário da Silva PEREIRA, José Carlos Moreira ALVES, Antonio Junqueira de AZEVEDO, Sérgio CAVALIERI e Araken de ASSIS, dentre outros.

⁵⁵⁸ Não obstante a expressão *exemplary damages* ser empregada como sinônima de *punitive damages*, importa referir que ela (*exemplary damages*) possui uma conotação social e preventiva dos danos punitivos. "Como expressivamente considerou o Supremo Tribunal do Texas, no caso *Hofer v. Lavender*, datado de 1984, acolhendo a definição proposta pelo júri, EXEMPLARY DAMAGES means an amount which you may award in your discretion and as an example for the good of the public, in the interest of society at large in deterring the commission of similar wrongs". (Tradução livre: "indenização exemplar significa uma soma que você pode conceder em sua discricão e como um exemplo para o bem do público, e no interesse da sociedade numa ampla atemorização ao cometimento de erros similares". Com efeito, seria mais adequado conceber a *exemplary damages* como uma subcategoria dos *punitive damages*, utilizada quando em rigor se pretende evidenciar a função preventiva dos *punitive damages*. LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*, *op. cit.*, p. 1080.

patrimonial, é inadequada - e mesmo inservível - para o dano extrapatrimonial, terreno que continua pantanoso, pois parece impossível o encontro de critério unitários, gerais e abstratos, aplicáveis á generalidade das situações. (...) Agregue-se a isso a tendência de retratação do Direito Penal, que, segundo os estudiosos, deve ser limitado às ofensas mais graves à ordem social, abrindo, então, espaço para a retomada do caráter sancionador da responsabilidade civil.⁵⁵⁹

Com efeito, diante de um novo contexto social que envolve sociedades hiper-industrializadas, a preocupação com a justiça distributiva, sobretudo, em áreas de alta densidade social (v.g., nas relações de consumo e no Direito Ambiental), o duplo papel desenvolvido pela função punitiva, de punir o autor do dano e dissuadir a prática de certos comportamentos anti-sociais, assume uma importância fundamental.⁵⁶⁰

O desenvolvimento de mecanismos aptos a coibir certos danos e a desestimular condutas anti-sociais de dimensão transindividual que afetam os interesses da coletividade passou a ser uma das atribuições mais relevantes da responsabilidade civil por meio de sua função punitivo-pedagógica.⁵⁶¹

Sob essa perspectiva, afirma Elton VENTURI:

A adoção de uma sistemática geral de reparação dos danos provocados aos direitos difusos e coletivos, baseada em uma responsabilidade de pleno direito, mais do que aspiração doutrinária, corresponde à necessidade premente da sociedade de nossos dias, ávida pela efetividade da tutela jurisdicional. Mais do que isto, a própria evolução operada em nosso ordenamento jurídico em nível da proteção dos direitos transindividuais, com a incrementação de exuberante sistema de ações coletivas (...), requer uma respectiva evolução sob o ponto de vista do direito material, de modo a definir inequivocadamente os parâmetros nos quais devem pautar-se os julgadores quando da análise "dano/agente/nexo causal."⁵⁶²

⁵⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith e Mariana Souza PARGENDLER *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)*, op. cit., p. 21

⁵⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith e Mariana Souza PARGENDLER, *ibid.*, p. 16.

⁵⁶¹ "Daí a razão pela qual as características funcionais dos *punitive damages* (a punição e a exemplaridade) têm atraído os estudiosos, insatisfeitos com a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual, sabendo-se que muitas empresas cujos produtos são danosos (...) Muitas empresas em escala massiva amparam a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de raciocínio por custo/benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga ao indivíduos que ingressam em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos". MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*, op. cit., p. 16.

⁵⁶² Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. In: *Revista do Direito do Consumidor*, v.15, p. 93/94.

Outro fundamento citado para se justificar a aplicação do caráter punitivo em nosso ordenamento é o de que a *punição* representaria um motivo a mais para se fixar o montante compensatório na reparação dos danos extrapatrimoniais, isto é, fortaleceria a idéia de reparação, visto que até pouco tempo atrás não era sequer possível a reparação das dores da alma, sendo o tempo o único remédio cabível para amenizar o sofrimento da vítima.

Desse modo, objetivando que o valor das compensações fixadas a título de danos extrapatrimoniais não fossem meramente simbólicas, os operadores do direito encontraram nos "danos punitivos" uma forma capaz de fortalecer a idéia de reparação dos referidos danos, majorando o montante das indenizações. Como afirma Maria Celina Bodin de MORAES,

A razão de ser da expansão da tese punitiva em nosso ordenamento, em sua origem, talvez possa ser conjecturada no fato de que, anos atrás, o pagamento pela dor sofrida era, com freqüência, considerado imoral (o chamado "dinheiro da dor"), de modo que foi preciso encontrar outra motivação para evitar que as condenações pela lesão a direitos extrapatrimoniais continuassem a ter caráter meramente simbólico. Nesta ordem de idéias, considerou-se que a estrutura de pena privada seria fundamento bastante aceitável diante de certas categorias de danos extrapatrimoniais.⁵⁶³

Sob esse aspecto, não sendo possível aferir objetivamente os danos extrapatrimoniais, isto é, avaliar a extensão do dano, o pagamento de uma certa quantia à vítima pelo agente causador do dano representaria, precipuamente, uma sanção.⁵⁶⁴

Pode-se ainda afirmar que a justificação para a aplicação do caráter punitivo aos danos extrapatrimoniais ganha sentido naquelas hipóteses em que a mera compensação através de um montante em dinheiro serve de fundamento apenas

⁵⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de, *ibid.*, p. 50. Nesse sentido, ainda, "A condenação do causador de um dano, a indenizar por meio de múltiplos financeiros do dano (...), isto é, o autor do dano era castigado pela imposição de reparação equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima que tinha, ao seu dispor, a previsão de ação civil justamente com tal finalidade. Aí está a raiz de uma tradição que veio a ser especialmente desenvolvida no século XVIII, quando se criou a doutrina dos exemplary damages como um meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais. MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva, *op. cit.*, p. 18.

para os lesados em situação menos favorecida, não constituindo um instrumento eficaz para aquelas vítimas que possuem uma boa situação econômico-financeira. Assim, "se, no entanto, fosse esse o único fundamento da reparação, afirmou-se, a vítima rica, uma pessoa de posses, jamais seria indenizada. Daí resultou o entendimento de que a reparação do dano extrapatrimonial tem também caráter de pena: é uma justa punição que deve reverter em favor da vítima."⁵⁶⁵

Antonio PINTO MONTEIRO revela os motivos pelos quais a figura da função punitiva a cada dia vem ganhando mais adeptos:

Efectivamente, uma das razões (senão a principal) porque a pena privada e, bem assim, os meios de coerção ao cumprimento vêm despertando um interesse crescente (...) é o da relativa ineficácia, sob o ponto de vista preventivo-sancionatório, da tutela operada por via da indemnização. Sendo esta um mecanismo destinado à reparação de danos, cuja determinante é, pois, o ressarcimento do lesado, a pena privada surgiria, em contraste, como medida cuja *ratio* é a imposição ao lesante de uma quantia superior ao prejuízo por si causado, em que as finalidades preventiva e de repressão ocupam o lugar central e decisivo. O que, por vezes, se mostra especialmente útil ou necessário, pois a pena privada revelar-se-á 'o único instrumento verdadeiramente eficaz quando o potencial autor do dano não encontre na obrigação de indemnizar uma razão bastante para se abster do seu comportamento, uma vez que a medida da indemnização, estando balizada pelo limite do dano, é inferior ao proveito (que ele retira) da sua própria iniciativa' (ENRICO MOSCATI, *Pena [Diritto Privato]*, *cit.*, p. 781). Recorde-se, aliás, que o problema da *faute lucrative, reclusus*, do enriquecimento do lesante (a que a obrigação de indemnizar não dá resposta (...)), constitui uma das situações em que tanto a jurisprudência inglesa como a sua congênere norte-americana se mostram particularmente sensíveis à concessão de punitive damages (...). Trata-se, pois, numa palavra, com o apelo á pena privada, de permitir ao lesado obter uma quantia superior à que arrecadaria através da indemnização, a qual se destina, mais do que a repará-lo, a actuar sobre o lesante, em ordem a prevenir actuações ilícitas futuras.⁵⁶⁶

É ampla a repercussão da função punitiva da responsabilidade civil nas hipóteses de danos extrapatrimoniais em nosso ordenamento, demonstrando-se assimilada tanto pela jurisprudência como pela doutrina. Nada obstante essa atração exercida pelo tema, torna-se imprescindível uma abordagem sistemática do assunto,

⁵⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza, *ibid.*, p. 50-51.

⁵⁶⁶ PINTO MONTEIRO, Antonio, *op. cit.*, p. 659-663.

analisando-se cuidadosamente os "critérios e condições que justificam, axiológica e teleologicamente esse instituto."⁵⁶⁷

5.2 A Jurisprudência nacional e a chamada “dupla função” da indenização por danos extrapatrimoniais

Como tentativa de responder às tímidas condenações proferidas pelos tribunais nacionais em matéria de danos extrapatrimoniais, decorrentes do ranço cultural de uma época em que se defendia a “imoralidade” de se compensar economicamente os danos extrapatrimoniais, parte da doutrina⁵⁶⁸ e da jurisprudência começou a defender a inserção de um novo ingrediente quando da aferição da indenização por danos extrapatrimoniais, qual seja, a análise da culpabilidade do agente (o grau de culpa do ofensor), juntamente com os critérios da gravidade do dano, capacidade econômica da vítima e a capacidade econômica do ofensor.

Desta forma, disseminou-se a tese segundo a qual teria a responsabilidade civil uma dupla função: reparar os danos em toda a sua extensão e ainda punir o ofensor, no intuito de impor-lhe uma censura especial com o pedagógico objetivo de prevenir a reincidência da conduta ilícita.⁵⁶⁹

Como afirma Maria Celina Bodin de MORAES: “Não são poucos os que afirmam que a satisfação do dano extrapatrimonial visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir o comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo.”⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva, op. cit.*, p. 16.

⁵⁶⁸ Entre os adeptos à tese do caráter punitivo, em maior ou menor grau, podemos citar Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues, Carlos Alberto Bittar, Sérgio Cavalieri, José Carlos Moreira Alves, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho dentre outros.

⁵⁶⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*, v. 18, p. 51. A autora aduz sobre a denominada teoria do desestímulo “segundo a qual no âmbito da indenização deve vir inserida quantia significativa o bastante de modo a conscientizar o ofensor de que não deve persistir no comportamento lesivo”.

⁵⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin, *ibid.*, p. 47.

Todo o debate sobre o caráter de exemplaridade da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico pátrio volta-se para os casos de danos extrapatrimoniais inspirado na doutrina dos *punitive damages* do direito norte-americano. Nesse sentido, Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER destacam o paradoxo existente na adoção de uma figura semelhante ao do sistema norte-americano no Direito Brasileiro: "O paradoxo está em que, presente o efetivo modelo brasileiro de reparação do dano extrapatrimonial, vigente desde de 1988, não há como explicar a fortuna crítica da doutrina dos *punitive damages* senão por certos traços culturais, que fazem da imitação do "estrangeiro" (antes, o francês; agora, o alemão e o norte-americano) um critério de virtude intelectual, quiçá mesmo cívica".⁵⁷¹

Dessa forma, tal teoria encontra, atualmente, considerável ressonância no foro brasileiro, sendo adotada com frequência, no mais das vezes, para o fim de majorar o quantum indenizatório referente aos danos extrapatrimoniais.

Neste sentido, destacam-se no âmbito do STJ reiterados julgamentos, nos quais se ressalta que "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."⁵⁷²

A função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais também tem sido reconhecida pelo TJ/PR, sendo ressaltado o caráter sócio-educativo da condenação, inclusive, no intuito de assegurar a eficiência dos princípios da probidade e da boa-fé no campo das relações comerciais, como se ilustra:

"Não podemos deixar de afirmar que o dano moral ao ser quantificado nos casos, como o que aqui se apresenta, quando estão em causa valores imateriais, qual seja a honra e o bom nome da empresa, maculados pela emissão do título sem causa,

⁵⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Marianana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*, op. cit., p. 22.

⁵⁷² STJ, 2ª Turma, RESP 474786/RS, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07.06.2004 p. 185. Em similar sentido, ainda, relatados pela mesma Ministra: RESP 696.850/RO, DJ 19.12.2005, p. 349; RESP 575023/RS, DJ de 21.06.2004, p. 204 e RESP 487749/RS, DJ de 12.05.2003, p. 298. Relatados pelo Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, citam-se os seguintes julgados da 4ª Turma do STJ: RESP 183508/RJ, DJ de 10.06.2002, p. 212; RESP 389879/MG, DJ 02.09.2002 p. 196 e RESP 173366 / SP, DJ 03.05.1999, p. 152.

devem servir para prevenir essas situações, a fim de as atividades econômicas sejam pautadas na probidade e na a boa-fé dos contratantes. Sabido que são notórios os reflexos nas relações sociais e comerciais, o constrangimento que o apontamento de título indevido causa, deve ter como resposta a fixação de quantia a fim de reparar os danos morais sofridos, independentemente da prova dos prejuízos, os quais, in casu, presumem-se. A reparação assume um papel sócio-educativo, objetivando que as relações comerciais sejam pautadas nos princípios da probidade e da boa-fé, norteadores de todo o sistema jurídico.”⁵⁷³

O próprio Supremo Tribunal Federal, por intermédio de despacho do Ministro Celso de MELLO, recentemente reconheceu a função punitiva da responsabilidade civil, acolhendo a linha doutrinária e jurisprudencial acima destacada no sentido da dupla função da indenização por dano extrapatrimonial:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

(...) Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar ("punitive damages"), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro. Definitiva, sob tal aspecto, a lição - sempre autorizada - de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ("Responsabilidade

573

APELAÇÃO CÍVEL Nº 302.479-9, Acórdão nº 1999, 17ª Câmara Cível, rel. Des. Rosana Amara Girardi FACHIN, j. 09/11/2005. Destacando, ainda, a função punitiva dos danos morais segundo o TJ/PR, vide o Acórdão nº 3530 (6ª Câmara Cível, rel. Des. Newton Luz, j. 22/04/1999), Acórdão nº 8501 (6ª Câmara Cível, rel. Des. Ramos Braga, j. 06/03/2002), Acórdão nº 11470 (6ª Câmara Cível, rel. Des. Antonio Lopes de Noronha, j. 15/10/2003); Acórdão nº 13170 (2ª Câmara Cível, rel. Des. Ronald Accioly, Julgamento em 09/04/1997), Acórdão nº 1333 (16ª Câmara Cível, rel. Des. Eugênio Achille GRANDINETTI, j. 10/08/2005) e Acórdão nº 4953 (8ª Câmara Cível, rel. Des. Rafael Augusto Cassetari, j. 18/05/2005)

Civil", p. 55 e 60, itens ns. 45 e 49, 8ª ed., 1996, Forense), cujo magistério, a propósito da questão ora em análise, assim discorre sobre o tema: "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. O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. (...). Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguiar Dias). A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório." (grifei) Essa orientação - também acompanhada pelo magistério doutrinário, que exige, no que se refere à função de desestímulo ou de sanção representada pela indenização civil por dano moral, que os magistrados e Tribunais observem, no arbitramento de seu valor, critérios de razoabilidade e de proporcionalidade (CARLOS ALBERTO BITTAR, "Reparação Civil por Danos Morais", p. 115 e 239, itens ns. 20 e 40, 2ª ed., 1994, RT; PABLO STOLZE GAGLIANO/RODOLFO PAMPLONA FILHO, "Novo Curso de Direito Civil", vol. II/319, item n. 2, 2ª ed., 2003, Saraiva; CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO/SÉRGIO CAVALIERI FILHO, "Comentários ao Novo Código Civil", vol. XIII/348-351, item n. 4.5, 2004, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, "Dano Moral", p. 175-179, item n. 4.10-D, 2ª ed., 1998, RT; SÍLVIO DE SALVO VENOSA, "Direito Civil: Responsabilidade Civil", vol. 4/189-190, item n. 10.2, 2ª ed., 2002, Atlas; MARIA HELENA DINIZ, "Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil", vol. 7/105-106, 18ª ed., 2004, Saraiva, v.g.) - é igualmente perfilhada pelos Tribunais, especialmente pelo E. Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência, na matéria em questão, firmou essa mesma diretriz (REsp 295.175/RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - REsp 318.379/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI - REsp 355.392/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. CASTRO FILHO, v.g.): "I - A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza." (RSTJ 151/269-270, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO - grifei) "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 atos dessa natureza. A fixação do seu valor envolve o exame da matéria fática, que não pode ser reapreciada por esta Corte (Súmula nº 7)(...)." (REsp 337.739/SP, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO - grifei) Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, eis que se revela inviável o recurso extraordinário a que ele se refere. Publique-se. Brasília, 11 de outubro de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator.⁵⁷⁴

Outras vezes, contudo, a função punitiva da responsabilidade civil acaba sendo reconhecida pela jurisprudência com a finalidade de reduzir condenações exacerbadas, evitando-se que o réu seja excessivamente punido e, em contrapartida, que autor enriqueça injustificadamente:

Submete-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça a indenização por dano moral, quando o valor arbitrado se mostrar manifestamente exorbitante, de um lado, ou visivelmente irrisório, de outro. – O anormal constrangimento passível de indenização por dano moral não pode ensejar a excessiva punição à parte que indeniza, nem o enriquecimento ao litigante lesado. – Redução do importe reparatório. Recurso especial conhecido e provido.⁵⁷⁵

Como se demonstra, pois, pode-se afirmar estar disseminada a idéia da função punitiva da responsabilidade civil nos tribunais nacionais, ainda que concretizada apenas no momento da fixação da compensação dos danos extrapatrimoniais, o que, segundo a avaliação de Paula Meira LOURENÇO, não deixa de revelar uma subversão (ao menos sob a perspectiva científica) do sentido da compensação dos danos extrapatrimoniais, para o qual, teoricamente, não poderiam ser tomados em conta critérios outros que não o da extensão dos prejuízos:

Ora, o aumento dessas indenizações poderia ser conseguido, desde logo, através da tomada de consciência por parte do intérprete-aplicador de que os valores morais merecem ter um correspondente pecuniário muito mais elevado do que aquele que tem sido concedido pela nossa jurisprudência, a qual, em regra, se escuda na dificuldade de exprimir em termos monetários uma realidade imaterial, e na forte componente subjectiva que acompanha o pedido formulado pelo lesado, para atribuir diminutas quantias (quase “imorais”) a título de compensação pelos danos morais. Mas parece-nos que por vezes as indenizações sobem o seu valor, não tanto porque se atende aos prejuízos dos lesados, em termos físicos e psicológicos, mas porque o comportamento do agente, nomeadamente a sua culpa, é ponderada pelo julgador, o qual inclui o desvalor da acção nos montantes indemnizatórios atribuídos ao lesado. Se assim acontece, melhor será reafirmar a autonomia dos danos punitivos, e a sua função preventivo-punitiva, em vez destes serem impostos a coberto da compensação dos danos morais sofridos pelo lesado, padecendo assim das limitações supra referidas.

⁵⁷⁵

STJ, 4ª Turma, RESP 719354/RS, j. 24.05.2005, DJ 29.08.2005, p. 363, rel. Min. Barros Monteiro. No mesmo sentido: “A indenização por dano moral deve ter conteúdo didático, de modo a coibir a reincidência do causador do dano, sem, contudo, proporcionar enriquecimento sem causa à vítima”, STJ, 1ª Turma, REsp 739102/RJ, j. 04/10/2005, DJ 07.11.2005, p. 131, rel. Min. Denise Arruda.

(...) Reitera-se que o montante dessa pena privada deveria atender tão só ao desvalor da acção, pois o seu escopo primordial seria punir o agente e prevenir a repetição de condutas semelhantes, acrescendo à indemnização e compensação atribuídas ao lesado. Os danos punitivos não podem consubstanciar meros expedientes para ultrapassar as diminutas indemnizações que a nossa jurisprudência atribuiu ao lesado que sofreu danos morais, porque como já referimos, e reiteramos, propugnamos o aumento de tais compensações, independentemente da consagração de danos punitivos, os quais serviriam para reforçar a tutela dos direitos de personalidade.⁵⁷⁶

Rigorosamente, pois, a função punitiva especialmente concretizada através da aplicação de sanções tais como os *punitive damages* norte-americanas não poderia ser confundida com uma “super-avaliação” dos danos extrapatrimoniais por intermédio da aferição do grau de culpabilidade do ofensor, como bem destacam também Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER:

É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha carácter compensatório à vítima, levando-se em consideração - para a fixação do montante - a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente - e exclusivamente - a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.⁵⁷⁷

5.3 Análise constitucional

Muito embora não exista uma genérica e expressa norma que se refira à aplicação da pena privada na responsabilidade civil, nem por isso se pode afirmar que é avessa à Constituição Federal de 1988, ao ordenamento infraconstitucional (especialmente o Código de defesa do consumidor e o novo Código Civil) ou mesmo estranha à realidade forense brasileira.

As diversas críticas voltadas à função punitiva, se bem analisadas, não são suficientes para desacreditar seja sua legalidade, seja sua legitimidade.

⁵⁷⁶ Paula Meira LOURENÇO, *Os danos punitivos*, *op. cit.*, p. 1104-1105.

⁵⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*, *op. cit.*, p. 23.

5.3.1 Críticas de ordem constitucional contra a aplicação da função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil

Em âmbito constitucional, inicialmente, importa verificar-se a eventual existência de vedações expressas ou implícitas em relação à adoção da função punitiva da responsabilidade civil.

As mais severas críticas de ordem constitucional contra o emprego dos *punitive damages*, recorrentes tanto nos países de *civil law* como nos de *common law* fundamentalmente, são a seguir sintetizadas.

Inicialmente, argumenta-se que a aplicação de uma pena privada sem prévia e expressa previsão legislativa violaria a garantia da anterioridade e da reserva legal na definição de sanções (*nulla poena sine praevia lege*). Sobre tal violação, salienta Maria Celina Bodin de MORAES: “No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege (...)*”.⁵⁷⁸

Em segundo lugar, a sua imposição exporia o réu ao risco de um *bis in idem*, ou seja, de ser punido duplamente pelo mesmo ato, o que contrariaria um princípio geral de justiça, previsto, *v.g.*, nos EUA, expressamente por via da vedação determinada pela 5ª Emenda segundo a qual “*No person shall be subject, for the same offence, to be twice put in jeopardy of life or limb*”. Neste sentido, sustenta Maria Celina Bodin de MORAES:

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-

⁵⁷⁸

Maria Celina Bodin de MORAES, *Danos à pessoa humana*, *op. cit.*, p. 260. Em sentido similar sustentam Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER: “Além do mais, o abuso (o uso indiscriminado, fora dos parâmetros gerais e razoavelmente seguros) da doutrina importaria em inconstitucionalidade flagrante. Basta pensar no princípio da *nulla poena sine lege*, base das garantias democráticas”, *Usos e abusos da função punitiva*, *op. cit.*, p. 24.

se, ainda, de relevo o fato de que as sanções pecuniárias civis têm potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal.⁵⁷⁹

Ainda, a fixação de perdas e danos punitivos, se em elevado montante, seria contrária ao princípio da vedação de multas excessivas (violação à 8ª Emenda, “the excessive fine clause”), o que, entre nós, poderia ser correlacionado aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, a decretação judicial da pena privada violaria o devido processo legal uma vez que o réu, ao responder um processo civil, não teria as mesmas garantias viabilizadas pelo processo penal, motivo pelo qual a condenação civil a uma sanção de natureza punitiva violaria a *due process clause*.⁵⁸⁰

Enfrentando tais críticas, Suzanne CARVAL afirma não ter encontrado, nem na Constituição Francesa, nem na Convenção Européia dos Direitos do Homem, qualquer vedação ao recurso da pena privada, concluindo que as condições para o seu emprego relacionam-se tão somente com a legalidade, a proporcionalidade e o respeito às garantias processuais.⁵⁸¹

Com base na análise da jurisprudência das Cortes americanas, cuja experiência com os *punitive damages* serve como parâmetro a todos os demais sistemas jurídicos, Suzanne CARVAL ressalta que a Suprema Corte dos EUA nunca declarou, em abstrato, a sua inconstitucionalidade. Ao contrário, já se pronunciou, por exemplo, no sentido de que a garantia da vedação de multas excessivas

⁵⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, *op. cit.*, p. 260-261. Nesta mesma linha, Clayton REIS, após ressaltar a independência entre a responsabilidade civil e penal, expressamente consignada no caput do art. 1525 do CC, assevera: “Em verdade, o direito penal não possui função ressarcitória, ao mesmo tempo em que o lesionado não tem interesse em moralizar a conduta do agente ofensor, senão o de receber a indenização a que faz jus. Ademais, há muito se encontra superado o antigo e primitivo princípio romano pelo qual o devedor respondia pessoalmente pelo pagamento de suas dívidas, em face da sua eliminação pela *Lex Poetilia Papiria*. Por outro lado, há que se considerar que a dupla punição (punição e reparação-compensação), implicaria um verdadeiro bis in idem, incompatível com o princípio da equivalência entre o prejuízo e o dano”, *Os novos rumos da indenização do dano moral*, *op. cit.*, p. 195.

⁵⁸⁰ Também neste sentido, Maria Celina Bodin de MORAES, *op. cit.*, p. 260 aduz: “além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal.”

⁵⁸¹ Conforme Suzanne CARVAL, *op. cit.*, p. 223, “Légalité, proportionnalité et respect de garanties procédurales, telles sont donc les conditions auxquelles paraît être soumise la régularité d’une recours à la peine privée.”

(contida na 8ª Emenda) diz respeito tão somente às sanções de natureza criminal ou, no caso dos *punitive damages*, nas hipóteses em que são aplicados em favor do Estado.⁵⁸²

Quanto à obediência ao devido processo legal, segundo ainda informa CARVAL, a Suprema Corte já manteve a condenação em *punitive damages* aplicadas por Júri do Estado do Alabama, avaliando que o réu teve assegurado, no caso concreto, de maneira razoável o seu direito de defesa que, segundo o modelo da *common law*, basicamente cinge-se a adequada instrução dos jurados pelo juiz (a fim de garantir a liberdade de suas decisões) e a existência de vias recursais impugnativas da decisão do Júri.⁵⁸³

Em relação ao argumento de violação da garantia da vedação do *bis in idem*, que está intimamente ligada ao princípio da reserva legal e do próprio devido processo legal, uma vez devidamente separadas as esferas penal, civil e administrativa, não parece haver espaço para que tal tese se desenvolva validamente. Neste exato sentido já decidiu a Corte constitucional da Alemanha, conforme informa Bernd-Rüdiger KERN:

Conforme já referido, houve reiteradas dúvidas quanto a ser a função de satisfação compatível com o art. 103, II, da Constituição (*Nulla poena sine lege*) por motivo de falta de fundamento legal. Afora isto, foi afirmada a proibição da duplicidade de pena (Ne bis in idem, art. 103, III, da Constituição) e a garantia do devido processo legal (*des gesetzlichen Richters*). Estas considerações demonstraram-se enganosas. De um lado ignoram que o art. 847 (do BGB) contém função de pena, por isso não lhe falta fundamento legal. De outra parte, elas repousam numa interpretação por demais ampla do art. 103, II, da Constituição, que na verdade vale tanto para as penas criminais como também, em princípio, para as penas disciplinares, mas não para as penas privadas. Com razão, decidiu o BVerfG (Tribunal Federal Constitucional) que o dinheiro da dor – “embora ‘elementos penais’ não lhe sejam de todo estranhos” – não é nenhuma pena no sentido deste preceito constitucional (art. 103, II, da Constituição). Faltam-lhe todos os característicos estigmatizantes da pena criminal. Não é prevista pena de privação de liberdade, como também a correspondente pena substitutiva (*Ersatzfreiheitsstrafe*) e não há inscrição no registro penal. Com isto caem, igualmente, as críticas a respeito da dupla punição.”⁵⁸⁴

⁵⁸² CARVAL, Suzanne. *ibid.*, p. 108.

⁵⁸³ CARVAL, Suzanne *ibid.*, p. 109-110.

⁵⁸⁴ Bernd-Rüdiger KERN. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano?, *op. cit.*, p. 23-24.

As referências a um pretense *bis in idem* derivam, em verdade, da incompreensão do significado que atualmente possuem as funções civil e penal.

Assim, apesar de ser a pena civil qualificada como uma "figura ambígua", situada nas fronteiras do Direito Penal e Civil,⁵⁸⁵ ou ainda, fruto da cisão entre o público e o privado,⁵⁸⁶ certo é que o seu emprego no direito atual revela-se imprescindível para a efetividade do sistema de responsabilidade civil.

É importante destacar, todavia, que as funções penal e civil, longe de se confrontarem, em verdade complementam-se, como afirma Suzane CARVAL:

Car s'il est vrai que l'essentiel de la répression est le fait du droit pénal et celui de l'indemnisation, le fait de la responsabilité civile, il reste qu'à une échelle qui, pour être moindre, n'en est pas moins significative, se produit une interpénétration des fonctions réparatrice et punitive au sein de ces deux disciplines, l'une ne dédaignant pas d'accomplir la tâche traditionnellement dévolue à l'autre"⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ "Merece destaque o estudo de Angela P. HARRIS, no qual se tenta ultrapassar a idéia liberal, típica do século XIX (the age of liberal legalism), de que a tort law pertence ao Direito Privado, preocupando-se com a compensação do lesado, e a criminal law pertence ao Direito Público, com um escopo punitivo, e de que existe uma fronteira entre esses dois campos, sendo as penas privadas vingativas e as penas públicas civilizadas. Esta autora adota uma perspectiva social dos danos punitivos (communitarian perspective), na qual "in defending an individual's dignity, punitive damages also defend community norms os what behavior is not (...) A compensatory award focuses on the harm to the individual as na individual; the law of punitive damage is not concerned with the plaintiff's idiosyncratic injuries, but with harm to the individual as a social being". Apud Paula Meira LOURENÇO. *Os danos punitivos, op. cit.*, p. 1088.

⁵⁸⁶ Como afirma Jane Reis Gonçalves PEREIRA: "Já não é novidade afirmar que a força normativa da Constituição projetase sobre todo o ordenamento jurídico. Um dos traços fundamentais do constitucionalismo contemporâneo é a transformação de uma miríade de assuntos que eram tratados pelo direito civil em matéria constitucional, *tornando tênues as fronteiras entre o público e privado*. Se no século XIX o Código Civil desempenhara, em caráter exclusivo, a função de normatizar as relações jurídicas entre os indivíduos - ocupando, assim, posição central no sistema de fontes -, a partir do pós-guerra a Constituição passa a ser o elemento que confere unidade ao ordenamento jurídico, continente de valores e princípios que condicionam todos os ramos do Direito". Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre particulares. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 120. Sob esse aspecto, afirma Konrad HESSE: "(...) a Constituição não é mais apenas a ordem jurídico-fundamental do Estado, tendo se tornado a ordem jurídico-fundamental da comunidade, pois suas normas abarcam também - de forma especialmente clara garantias tais como o matrimônio, a família, a propriedade, a educação ou a liberdade da arte e da ciência - as bases de organização da vida não estatal". *Concepto y cualidad de la Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*, p. 16.

⁵⁸⁷ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, op. cit.*, p. 21. Tradução livre: "Se é verdade que o essencial da repressão é feito pelo direito penal e o da indenização é feito pela responsabilidade civil, em certa escala, menor, mas nem por isso menos significativa, se produz uma interpenetração das funções reparatória e punitiva no seio dessas duas disciplinas, uma não deixando de acompanhar a tarefa tradicionalmente atribuída à outra".

Como bem conclui Paula Meira LOURENÇO, não há que se aludir a qualquer *bis in idem* quando da possível aplicação concomitante de uma pena criminal e de uma pena civil, “porquanto existirão condutas que não consubstanciam ilícitos penais, e que todavia merecem punição, o que é conseguido através da imposição de danos punitivos.”⁵⁸⁸

No mesmo sentido afirma Suzanne CARVAL: “Nous persistons donc à penser que la véritable utilité d’un recours à la peine privée réside dans la possibilité, offerte par cette sanction, de réprimer des agissements qui ne font pas l’objet d’une qualification pénale.”⁵⁸⁹ Conclui, pois, que o recurso à pena privada pode-se se mostrar útil para remediar a insuficiência de certas sanções penais.”⁵⁹⁰

Desse modo, para se compreender o verdadeiro escopo do caráter punitivo,

(...) será necessário partir do princípio de que o dano socialmente relevante tem uma dimensão individual e comunitária, ou seja, de que os danos punitivos, ao tentar defender a dignidade do indivíduo, acabam igualmente por proteger as normas de conduta da sociedade influenciando o comportamento dos agentes. Razão pela qual são apelidados de *exemplary damages*, precisamente por darem o exemplo, ou seja, exprimirem a reação da sociedade em virtude da natureza social da conduta do agente.⁵⁹¹

Por outro lado, ainda, é possível afirmar-se que “a defesa das alternativas civilistas de tutela, mormente a pena privada, coaduna-se com o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, numa época em que vão aumentando as práticas de ilícitos por pessoas coletivas, e surgindo formas mistas de ilícito”, como sustenta Antonio PINTO MONTEIRO:

A pena privada constituirá, assim, na lógica de seus defensores, uma alternativa civil à tutela penal, e que supera a via indemnizatória. O que obtém a concordância de princípio da própria doutrina penalista, preocupada que está em delinear uma

⁵⁸⁸ LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*, *op. cit.*, p. 1090.

⁵⁸⁹ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, p. 204. Tradução livre: “Nós continuamos pensando que a verdadeira utilidade do recurso à pena privada reside na possibilidade, oferecida por esta sanção, de reprimir comportamentos que não são objeto de tipificação penal”.

⁵⁹⁰ CARVAL, Suzanne, *ibid.*, p. 203. “Nous ne prétendons pas, pour autant, que le recours à la peine privée soit, dans ces cas, forcément inutile. Il peut, par exemple, permettre de remédier à l’insuffisance de certaines sanctions pénales”. Tradução livre: “Não pretendemos, por outro lado, que o recurso à pena privada seja, nestes casos, necessariamente inútil. Ele pode, por exemplo, permitir remediar a insuficiência de certas sanções penais”.

⁵⁹¹ LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*, *op. cit.*, p. 1089.

estratégia diferenciada contra o crime, na qual a pena privada (enquanto redescoberta desse outro pólo da tutela civilista, mais eficaz do que a normal obrigação de indemnização) contribui para acentuar o papel de extrema ratio do direito penal, em harmonia com o princípio de que a actuação deste é subsidiária (...). Assim, se o primeiro passo, no caminho da despenalização, se traduziu no recuo do ilícito penal, em favor do ilícito de natureza administrativa (...), não faltam, entretanto, projectos de despenalização em favor do ilícito civil.⁵⁹²

No mesmo sentido, da aplicação Direito Penal de forma subsidiária afirma Rodrigo Sánchez RIOS:

Não obstante a legitimidade da tutela de um bem jurídico, requer-se ainda a verificação da necessidade de que este valor coletivo seja merecedor da protecção penal. E esta só pode ser assumida sob o prisma do princípio da intervenção mínima. O carácter subsidiário do Direito Penal como ultima ratio da política social implica a utilização mínima do Direito Penal somente quando outros meios menos lesivos encontrem-se insuficientes para enfrentar condutas socialmente reprováveis.⁵⁹³

Tais conclusões acerca da constitucionalidade das penas privadas também são comungadas, em grande parte, pela doutrina italiana, segundo Paolo GALLO, inclusive por parte dos próprios penalistas, que admitem que os *punitive damages* não violariam a Constituição italiana:⁵⁹⁴

The progressive reduction of the sphere of application of penal law has opened the way to the search of alternative forms of deterrence and punishment. In Italy this process has opened the way to the substitution of a good deal of penal sanctions with administrative sanctions. In this condition not only administrative sanctions, but also civil sanctions could offer an effective alternative to penal sanctions. In effect , especially in the field of the protection of the honour of the persons, italian case law show a clear tendency to substitute penal law with tortuous liability ; the same holds true in case of seduction of innocent maidens with a promise of marriage . Tort law can represent an effective substitute of penal law , especially in the field of the

⁵⁹² PINTO MOTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, op. cit., p. 667, nota 1537.

⁵⁹³ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Tutela penal da seguridade social: evolução legislativa e novo diploma legal – Lei 9983, de 14 de julho de 2000*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 15.

⁵⁹⁴ Segundo Paolo GALLO, "The italian Constitution states that no one should be punished without a previous statutory provision (art. 25 II : *nulla poena sine lege*); and that penal responsibility is strictly personal (art. 27 I). Also in Italy specialists of penal law agree that these provisions operate only in the field of sanctions that limit the personal liberty." Tradução livre: "A Constituição italiana estatui que ninguém deve ser punido sem prévia previsão estatal; e que a responsabilidade penal é estritamente pessoal. Também na Itália os criminalistas concordam que essas previsões incidem apenas no campo das sanções que limitam a liberdade pessoal." *Punitive damages in Italy?*, op., cit., p. 09.

protection of the person and his private life , honour , privacy , and so on . It seems also incontrovertible that in these applications the main functions of tort law become deterrence and punishment, rather than compensation.⁵⁹⁵

Trazendo-se tal discussão acerca da constitucionalidade dos *punitive damages* para o ordenamento brasileiro, aparentemente nada conduz à sua inconstitucionalidade frente à Carta Magna brasileira, ao menos sob o ponto de vista abstrato.

De fato, adequadamente assimilados o sentido e o alcance dos princípios da legalidade, da vedação do *bis in idem*, da razoabilidade e da proporcionalidade, a teoria da função punitiva da responsabilidade civil, antes de violar a Constituição Federal parece, antes, viabilizá-la em diversos sentidos.

Com efeito, a função punitiva da responsabilidade civil, para além de não violar as garantias constitucionais da reserva legal (art. 5º, II), da anterioridade da lei penal (art. 5º, XXXIX), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), pelos argumentos já aduzidos antes, ainda revela-se instrumento imprescindível para a afirmação de outras importantes prescrições da Constituição Federal de 1988.

5.3.2 A função punitivo-pedagógica como instrumento viabilizador de princípios e garantias constitucionais

Não basta afirmar-se, porém, que a aplicação de uma sanção civil assemelhada aos *punitive damages* norte-americanos não destoaria do espírito constitucional brasileiro. É preciso ir além, no intuito de se demonstrar que por

⁵⁹⁵

GALLO, Paolo, *ibid.*, 08. Tradução livre: “A progressiva redução da esfera de aplicação da lei penal tem aberto o caminho para a busca de formas alternativas de punição. Na Itália este processo tem aberto caminho para a substituição de boa parte de sanções penais por sanções administrativas. Nesta condição não somente sanções administrativas, mas também sanções novas poderiam oferecer uma efetiva alternativa às sanções penais. Com efeito, especialmente no campo da proteção da honra das pessoas, a lei italiana mostra uma clara tendência para substituir a lei penal pela responsabilidade civil; o mesmo ocorre no caso de sedução mediante promessa de casamento. A lei de responsabilidade civil pode representar uma efetiva substituição para a lei penal, especialmente no campo da proteção das pessoas e de suas vidas privadas, honra, privacidade e muitos outros. Parece também incontroverso que nessas aplicações a principal função da lei de responsabilidade civil torna-se a punição tanto como a compensação”.

intermédio dela torna-se possível a concretização de diversos direitos e garantias previstas pela Carta Constitucional.

Inicialmente, recorde-se, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, previstos no art. 1º da CF, estão a *cidadania* (inciso II) e a *dignidade da pessoa humana* (inciso III). Ainda, como expressa o art. 3º, inciso I da CF, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Precisamente no intuito de alcançar tais ideais, por vezes reconhecidamente distantes da realidade social, implementou-se constitucionalmente a garantia da efetividade da prestação da jurisdição, contemplada no art. 5º, XXXV da CF, segundo a qual “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Conforme a mais autorizada doutrina constitucional e processual, tal garantia corresponde ao ideal de justiciabilidade das decisões judiciais, vale dizer, implica na imposição de um dever a todo magistrado⁵⁹⁶ no sentido de prestar de forma adequada a função jurisdicional, tanto preventiva como repressivamente, sobretudo na proteção de direitos indisponíveis dos quais depende a própria dignidade da pessoa humana, valor último a ser tutelado por todos os povos.⁵⁹⁷

Assim, sob as luzes da garantia da inafastabilidade e da efetividade da prestação jurisdicional, nada mais adequado do que se emprestar às condenações civis, dentro de certos limites e observadas certas condições, uma função também punitiva que seja forte o suficiente para estabelecer a devida prevenção em relação ao ofensor.

Ainda, tomando-se em conta a reconhecida insatisfatoriedade da função tradicional desempenhada pela responsabilidade civil (a reparatória), seja para prevenir, seja para reprimir os danos (sobretudo os de natureza extrapatrimonial, impassíveis de serem recompostos monetariamente), avulta a necessidade de se lançar mão do expediente da função punitiva quando se pretende tutelar direitos

⁵⁹⁶ Segundo Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. *Acesso à justiça*, p. 12.

⁵⁹⁷ Aliás, a garantia da inafastabilidade corresponde a uma derivação do artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

absolutos tais como os referentes à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, expressamente qualificados pela Constituição Federal de 1988 como direitos individuais fundamentais (art. 5º, X).

Neste passo, percebe-se, constitui terrível equívoco concluir-se que, uma vez afirmando o referido dispositivo constitucional estar “assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, não estaria autorizada, igualmente, a adoção de punições civis suficientemente necessárias para evitar quaisquer danos. Ora, se o que se pretende proteger, em primeiro lugar, é a *inviolabilidade* dos mencionados direitos, logicamente que está autorizado o magistrado, em sede de qualquer processo cujo objetivo seja precisamente este, empregar inclusive penas privadas, desde que se revelem no caso concreto razoáveis e proporcionais em relação à conduta do ofensor e, sobretudo, em relação ao objetivo pretendido mediante sua imposição.

De fato, se os *punitive damage* for a único ou a melhor forma de se viabilizar uma prevenção especial contra a prática de atos que desrespeitem a intimidade, vida privada, honra e imagem dos cidadãos, ou seja, constitua o instrumento apropriado para tornar efetiva a garantia da *inviolabilidade* constitucionalmente assegurada (art. 5º, X), certamente deve ser autorizada pois estará, então, mais do que permitida, imposta também pela garantia constitucional da efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

5.4 Análise Infraconstitucional: a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa da vítima

5.4.1 A pena privada constitui justa causa para o enriquecimento da vítima

Uma das críticas mais freqüentes e contundentes voltada contra a função punitiva da responsabilidade civil relaciona-se com o possível enriquecimento injustificado proporcionado ao patrimônio da vítima,⁵⁹⁸ favorecida pela pena pecuniária aplicada contra o ofensor.

⁵⁹⁸ Trata-se da referência ao conhecido princípio segundo o qual "*nemo potest lucupletari, jactura aliena*" (ninguém pode enriquecer sem causa).

Costuma-se alegar que a punição da conduta do ofensor por intermédio de uma pena privada não poderia ensejar um repentino e desarrazoado afortunamento da vítima, até porque, em assim sendo, incentivar-se-ia uma verdadeira “loteria forense” na busca de indenizações milionárias, afetando-se indevidamente todo o sistema de responsabilidade civil.

Nesse sentido, afirmam os MAZEAUD & TUNC:

Em règle générale, elles paraissent indéfensables en droit comme en équité. Le responsable se voit obligé de réparer non seulement un préjudice qu’il n’a pas cause, mais même un préjudice qui n’existe pas. Sans doute peut-il paraître en certains cas nécessaire de lui infliger une peine; il suffit d’ériger sa faute en infraction; mais pourquoi faire profiter de cette peine la victime? Celle-ci tire un bénéfice du dommage qu’elle a subi. Or, il nous semble en équité aussi détestable de faire profiter du dommage la victime, que d’en laisser bénéficier le responsable. On a trop souvent tendance à vouloir tirer profit du préjudice que l’on éprouve, à réclamer, que ce soit au responsable ou à l’assureur, plus qu’on ne perd. Il ne faut pourtant pas transformer en une chance la malchance. La justice proteste là contre. Le principe doit demeurer que, si la victime a droit à la réparation de tout dommage, elle ne saurait obtenir plus.⁵⁹⁹

No intuito de se analisar tal argumento, indispensável uma breve remissão a respeito da regulamentação do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro, procurando-se verificar se uma eventual destinação de uma pena privada à vítima (tal como no sistema dos *punitive damages*) incidiria na vedação referida.

O novo Código Civil brasileiro 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”. Trata-se de cláusula bastante aberta que viabilizaria, teoricamente, que “sempre que se verificasse a reunião de todos esses

⁵⁹⁹ MAZEAUD & TUNC, *Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, op. cit., p. 491. Tradução livre: “Em regra geral, elas (as penas privadas) parecem indefensáveis tanto no direito como na equidade. O responsável se vê obrigado a reparar não somente um prejuízo que ele não causou, mas também um prejuízo inexistente. Sem dúvida pode parecer em certos casos necessário aplicar-lhe uma pena; é suficiente qualificar sua ação em infração; mas por que fazer aproveitar-se desta pena a vítima? Esta se beneficia do dano que sofreu. Todavia, nos parece também equitativamente tanto detestável fazer beneficiar-se do dano a vítima como beneficiar-se o responsável. Sempre temos a tendência de desejar tirar proveito do prejuízo que sofremos, de reclamar um proveito do responsável ou da seguradora, mais do que perdemos. Não se pode, porém, transformar em sorte o azar. A justiça é contrária a isso. O princípio deve continuar a ser que, se a vítima tem direito à reparação de todos os danos, ela não poderia obter mais do que isso”.

pressupostos, seria possível interpor uma ação a exigir a restituição do enriquecimento sem causa. O problema, no entanto, é serem tais pressupostos tão amplos e genéricos que possibilitaria uma aplicação indiscriminada dessa cláusula geral, colocando em causa a aplicação de uma série de outras regras de Direito positivo”.⁶⁰⁰

De toda forma, a maior perplexidade da regulação do enriquecimento sem causa reside na objetivação do que venha a constituir, com precisão, a ausência de “causa”, uma vez que dela depende a incidência do dever de restituição do montante pecuniário indevidamente obtido.

Neste sentido, conforme sintetiza Maria Cândida do Amaral KROETZ,

A causa da atribuição patrimonial é entendida como o motivo jurídico, a justificação do aporte de um bem a um determinado patrimônio. Esta justificação pode ser um negócio jurídico (e.g., o contrato válido, a sucessão, a doação), um dispositivo legal (e.g., a prescrição, o usucapião), um costume ou uma decisão judicial. Assim, a causa é, em última análise, um fato que, à luz dos princípios aceitos no sistema, legitima o enriquecimento”.⁶⁰¹

Devidamente desvendada a noção de “causa”, pois, torna-se plenamente possível concluir que as penas privadas, assim como toda e qualquer sanção judicialmente aplicada (como, v.g., as multas processuais do art. 461 do CPC), longe de se revelarem fontes de enriquecimento ilícito, na verdade apenas retratam hipóteses nas quais o incremento patrimonial experimentado deriva de uma causa legislativamente prevista (multa processual), ou determinada por intermédio de um devido processo judicial (pena privada), no âmbito do qual se tenha oportunizado ampla defesa, contraditório, instrução suficiente, decisão imparcial e devidamente fundamentada sujeita a impugnações recursais.

Ora, como se percebe, parece contrário à lógica e à razão afirmar-se que mesmo diante de tamanhas garantias, decisões judiciais impositivas de penas privadas teoricamente pudessem ensejar qualquer espécie de enriquecimento ilícito.

⁶⁰⁰ Conforme crítica de Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro*, artigo extraído do sítio <http://www.cjf.gov.br/revista/numero25/artigo04.pdf>, acessado em 11.03.2006.

⁶⁰¹ KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutoramento apresentada na Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 82-83.

Tal conclusão serve, também, para as indenizações compensatórias dos danos extrapatrimoniais que, como já verificado, têm sido lastradas numa expressa intenção de se punir o comportamento do ofensor. Ou seja, tratando-se de compensar danos extrapatrimoniais, independentemente dos valores quantificados, não seria sequer válida a alusão a “enriquecimento sem causa” por parte da vítima, eis que a causa do seu incremento patrimonial residiria justamente em decisão proferida pelo Poder Judiciário dentro de um devido processo legal, decorrente da responsabilidade civil do ofensor.⁶⁰²

Curiosamente, todavia, a jurisprudência brasileira, extremamente preocupada em não violar o dogma do enriquecimento ilícito (mesmo sem se perguntar, muitas vezes, o que isso realmente significa), esforça-se para analisar também a “condição econômica da vítima”, como forma de não lhe direcionar um montante aparentemente desproporcional aos seus rendimentos habituais e, assim, enriquecer-lhe ilegitimamente.⁶⁰³

Criticando severamente esse comportamento da jurisprudência, Maria Celina Bodin de MORAES sustenta que a avaliação das condições econômicas da vítima, utilizado como critério judicial para a quantificação dos danos morais, constitui grave distorção:

⁶⁰² Conforme anotou-se em julgamento lavrado pela 2ª Turma do STJ no RESP 351779/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 19.11.2002, DJ 09.02.2004, p. 151, “Não há, desde que guardada a proporcionalidade e razoabilidade da indenização, possibilidade de enriquecimento ilícito da vítima em detrimento do autor do dano, quer pela própria dificuldade de mensuração do prejuízo quer pela evidente necessidade de impedir que a indenização arbitrada seja tão leve que incentive o réu a continuar causando danos morais contra outras vítimas, ou que a sociedade comece a ver com naturalidade tais comportamentos e passe a agir da mesma forma”.

⁶⁰³ Neste sentido, os tribunais nacionais têm freqüentemente diminuído os valores estimados por condenações judiciais a título de danos morais, apontando a necessidade de se conjugar a “justa compensação” com a vedação do enriquecimento sem causa. A título ilustrativo, cite-se: “O anormal constrangimento passível de indenização por dano moral não pode ensejar a excessiva punição à parte que indeniza, nem o enriquecimento ao litigante lesado. – Redução do importe reparatório” (STJ, 4ª Turma, REsp 719354/RS, j. 24.05.2005, DJ 29.08.2005, p. 363, rel. Min. Barros Monteiro); “O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade” (STJ, 1ª Turma, REsp 693172/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 23.08.2005, DJ 12.09.2005 p. 233); “Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, curando, quando o caso não exigir sanção pecuniária predominantemente punitiva, para que não enriqueça a vítima à custa do injusto, (TJ/SP, 9ª Câmara Cív. El 2004.005.00279, rel. Des. MALDONADO DE CARVALHO, j. 08.03.2005).

Se a vítima vive em más condições econômicas, isto não significa que ela estará fadada a apresentar sempre tais condições. Pior, o argumento mais utilizado para justificar a adoção do critério da condição econômica da vítima – o que diz tratar-se de evitar enriquecimento sem causa – parece configurar um mero pretexto. Ora, a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado. O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: ele é devido.⁶⁰⁴

Acrescente-se, ainda, que a vinculação do *quantum* reparatório às condições econômicas das vítimas parece violar frontalmente o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput da CF), pois antes de imprimir tratamento desigual aos desiguais, discrimina indevida e injustificadamente as vítimas, tomando como fator de *discrimen* suas diferentes condições econômicas, acarretando, ao final, indenizações altas aos mais abastados economicamente e por vezes ínfimas aos menos favorecidos, atentando contra a própria dignidade da pessoa humana.

5.4.2 A vítima deve ser favorecida para o sucesso instrumental da função punitivo-pedagógica

Por outro lado, a atribuição de um montante pecuniário às próprias vítimas do ilícito (tal como ocorre com o regime dos *punitive damages*), para além de não constituir causa de qualquer enriquecimento ilícitos, ainda se revela medida imprescindível para o próprio sucesso do instrumento das penas privadas.

Com efeito, mesmo reconhecendo que a grande maioria dos juristas são contrários à destinação da pena privada às vítimas, o que, segundo eles, consistiria um retorno aos tempos bárbaros, fomentando indevidamente a satisfação do sentimento de vingança, Suzanne CARVAL aponta ao menos dois argumentos favoráveis a um tal regime de repressão civil.

Segundo a jurista francesa, primeiramente a destinação da condenação punitiva à vítima representaria um estímulo ao acesso à justiça, visto que, sabidamente, a maioria das vítimas hesita em fazer valer seus direitos e acaba renunciando freqüentemente a qualquer ação judicial porque a condenação em

⁶⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, op. cit., p. 301-302.

perdas e danos que poderia esperar a seu favor não seria suficiente, aos seus olhos, para justificar todo o envolvimento em um processo judicial.⁶⁰⁵

Ainda, sustenta Suzanne CARVAL que a pena privada pode, por mais paradoxal que pareça, representar um importante elo de ligação entre vítimas e ofensores, estabelecendo um diálogo cuja função educativa e pacificadora supera consideravelmente aquela representada pela aplicação de uma sanção pública, sempre abstrata e impessoal.⁶⁰⁶

Na doutrina italiana, Paolo GALLO também defende que as próprias vítimas do ilícito se beneficiem com as penas privadas:

Likewise in Italy art. 18 l. 349/86 has stated that in case of pollution the penalty should be awarded to the state. This solution seems very interesting , especially when the loss is very diffused ; otherwise single victims would obtain clear windfalls from their litigation. Very different is the question when the loss is not diffused , but endangers single victims. Whenever someone infringes the rights of another , he should be compelled to pay damages , or at least a penalty , directly to the victim of his behaviour . This is especially true in the field of the protection of the person , his private life , honour , privacy , and so on . In these cases , if the amount of the penalty is correctly determined by reference to the gravity of the behaviour , the subjective element of the wrongdoer, and the enrichment obtained as a consequence of the violation, only the injured party should be entitled to the awarded sum.⁶⁰⁷

O direcionamento do proveito das penas privadas às próprias vítimas pode ser defendido, ainda, sob outras perspectivas instrumentais.

Analisando o instituto da multa coercitiva prevista no art. 461 do CPC brasileiro, cuja aplicação aproveita o autor da ação voltada a exigir o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, Eduardo TALAMINI aponta ao menos dois motivos justificadores dessa destinação:

⁶⁰⁵ Suzanne CARVAL. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., p. 265.

⁶⁰⁶ Suzanne CARVAL, *id.*

⁶⁰⁷ GALLO, Paolo. *Punitive damages in Italy*, op. cit., p. 14-15. Tradução livre: "Do mesmo modo, na Itália o art. 18 l. 349/86 estabeleceu que em caso de poluição a pena deveria ser recolhida para o Estado. Esta solução parece muito interessante, especialmente quando o prejuízo é muito difuso; por outro lado, vítimas individuais poderiam obter frutos dos seus litígios. Muito diferente é a questão quando o prejuízo não é difuso, mas ameaça vítimas singulares. Sempre que alguém infringe os direitos de outra, ele deveria ser compelido a pagar os danos, ou ao menos uma pena, diretamente à vítima do seu comportamento. Isto é especialmente verdadeiro no campo da proteção da pessoa, sua vida privada, honra, privacidade e outros. Nestes casos, se a soma da pena é corretamente determinada com referência à gravidade da conduta, o elemento subjetivo do ofensor e o enriquecimento obtido como consequência da violação, somente a parte prejudicada poderia ser qualificada para adquirir a soma".

A circunstância de a parte – e não o Estado ou um fundo público – ser a beneficiária da multa contribui, sob certo aspecto, para a eficiência da função coercitiva do mecanismo. Isso se deve a dois motivos. Primeiro, a aptidão de a multa pressionar psicologicamente o réu será tanto maior quanto maior for a perspectiva de que o crédito dela derivado venha a ser rápida e rigorosamente executado. E não há melhor modo de assegurar a severidade da execução do que atribuindo o concreto interesse na sua instauração e desenvolvimento ao autor – mediante a destinação do resultado obtido. (...) Em segundo lugar, sendo o crédito da multa titularizado pelo autor, este pode utilizá-lo em eventual composição com o adversário. O demandante pode abrir mão, total ou parcialmente, de receber o montante decorrente da multa, em transação cuja contrapartida seja o cumprimento pelo réu do dever de fazer ou de não fazer (pressupondo-se, evidentemente, ainda haver possibilidade do resultado específico). Já se o beneficiário fosse o Estado ou um fundo público, a disponibilidade de tal crédito pelo autor, para fins de transação, seria, no mínimo, objeto de intensa discussão”.⁶⁰⁸

Esses argumentos nos parecem válidos, igualmente, para justificar a destinação das penas privadas às vítimas, eis que, como já ressaltado, a função punitiva da responsabilidade civil (tal como as multas processuais coercitivas) assume um perfil nitidamente instrumental, sendo voltada para impor, além da repressão, uma inibição para eventuais reiterações da conduta ilícita.

5.4.3 O valor fixado para a função punitivo-pedagógica deve ser elevado para o sucesso do instrumento

Prosseguindo no exame da imposição da pena privada, resta ainda anotar que o montante a ser fixado, para além de se destinar às próprias vítimas, deve ainda, em decorrência do caráter instrumental da função punitiva da responsabilidade civil, ser elevado o bastante para que potencialmente exerça sobre o agente responsável pelo ilícito algum tipo de reflexão sobre seu comportamento passado e futuro.

Como bem ressalta Eduardo TALAMINI, analisando a fixação da multa do art. 461 do CPC, que possui também natureza instrumental:

Haverá de estabelecer-se montante tal que concretamente influa no comportamento do demandado – o que, diante das circunstâncias do caso (a situação econômica do réu, sua capacidade de resistência, vantagens por ele carreadas com o

⁶⁰⁸

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, op. cit., p. 264-265.

descumprimento, outros valores não patrimoniais eventualmente envolvidos etc.), pode resultar em *quantum* que supere aquele que se atribui ao bem jurídico visado. (...). Aliás, sob esse aspecto, a multa não poderia mesmo ser limitada ao valor do dever ou funcionar como ressarcimento pela violação desse, sob pena de se tornar inócua como medida coercitiva. O destinatário da ordem judicial, de antemão, saberia a que montante máximo a multa chegaria – podendo “optar” por insistir na transgressão, ciente de que arcaria com o mero ressarcimento das perdas e danos (pois a multa incidente, então, não teria outra natureza senão essa).⁶⁰⁹

De fato, a se seguir a tímida tendência jurisprudencial no que diz respeito à fixação de irrisórias indenizações a título de compensação por danos extrapatrimoniais, nenhum instrumento, seja ele o da multa processual coercitiva, seja o da pena privada, teria êxito no desempenho do papel que lhes é comum.

Neste passo, o problema detectado é muito mais cultural do que científico, como assinala Suzanne CARVAL: “L’avantage parfois considérable retiré par la victime de la mise en oeuvre de la peine privée n’est pas envisagé, dans notre système juridique fortement marqué par la théorie de l’enrichissement sans cause, avec la sérénité et le pragmatisme dont savent faire preuve les juristes anglo-saxons”.⁶¹⁰

5.4.4 A destinação da pena civil a fundos reparatórios públicos

Apesar dos argumentos a favor da destinação da pena privada às próprias vítimas, é inegável que subsiste na cultura jurídica uma severa resistência a essa solução, sendo necessário, pois, encontrar-se caminhos alternativos.

A fim de “apaziguar esses inevitáveis escrúpulos”, Suzanne CARVAL sugere que os Tribunais determinem uma espécie de doação (*donné acte*) da condenação a título de pena privada a instituições beneficentes, atitude essa que enalteceria o

⁶⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, op. cit., p. 248 e 265.

⁶¹⁰ CARVAL, Suzanne, *La responsabilité civile*, op. cit., p. 37. Tradução livre: “A vantagem por vezes considerável obtida pela vítima através da aplicação da pena privada não é observada, dentro do nosso sistema jurídico fortemente marcado pela teoria do enriquecimento sem causa, com a serenidade e o pragmatismo de que sabem se utilizar os juristas anglo-saxões”.

comportamento liberal da vítima e sua intenção de não tirar proveito da sanção infligida.⁶¹¹

Tal solução, aliás, poderia perfeitamente ser adotada no ordenamento jurídico brasileiro que, por sinal, já prevê hipótese de destinação a estabelecimentos de beneficência de pagamentos indevidos realizados com finalidades ilícitas, imorais ou proibidas por lei.⁶¹²

Outra saída igualmente sugerida no intuito de se superar a crítica do enriquecimento ilícito diz respeito ao direcionamento das quantias fixadas a título de pena privada a fundos públicos, cujos gestores se responsabilizariam pela adequada utilização dos recursos obtidos para fins de alguma espécie de compensação difusa.

Neste sentido, após demonstrar o profundo comprometimento da jurisprudência dos países de civil law com o princípio da vedação do enriquecimento ilícito e, portanto, a aversão à idéia da destinação privada do dinheiro resultante de altas condenações punitivas, Suzanne CARVAL sustenta, de *lege ferenda*, a intervenção do legislador francês no sentido de estabelecer a destinação a entidades de utilidade pública ou a fundos:

La seule solution consisterait, alors, à prévoir qu'une partie seulement de la condamnation soit attribuée au groupement demandeur, lê reste étant affecté à un organisme d'utilité publique. Il pourrait s'agir, par exemple, d'un fonds, tel que celui dont le Projet de code de la consommation avait recommandé l'adoption. A cette condition, la peine privée pourrait trouver grâce aux yeux des juges mais l'on voit bien que ceci ne peut se concevoir, là encore, sans intervention législative.⁶¹³

⁶¹¹ CARVAL, Suzanne, *ibid.*, p 38. Tradução livre: “Le prononcé d'un donné acte par le tribunal saisi donnerait à l'intention libérale de la victime et à son refus de tirer personnellement profit de la sanction infligée, la publicité qu'ils nous semblent mériter”. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, p. 38.

⁶¹² Conforme determina o art. 883 do Código Civil: “Não terá direito á repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido em lei. Par. único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.”

⁶¹³ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, p. 206. Tradução livre: “A única solução consistiria, então, em se prever que somente uma parcela da condenação seja atribuída ao grupo autor, o restante estando afetado a um órgão de utilidade pública. Poderia se tratar, por exemplo, de fundos, tais como aquele cuja adoção havia sido recomendada pelo Projeto de Código do consumidor. Nesta condição, a pena provada poderia encontrar simpatia aos olhos dos juizes mas, observe-se bem que isto não seria concebível sem intervenção legislativa.”

A idéia da destinação da pena privada a fundos públicos parece ser, na realidade, a solução mais simpática aos olhos mesmo da doutrina mais crítica em relação à função punitiva da responsabilidade civil.

De fato, várias vezes se erguem para sustentar a viabilidade de uma espécie de condenação exemplar, ainda que restrita a casos bastante específicos a serem legislativamente estabelecidos. Neste sentido, propugna Maria Celina Bodin de MORAES:

É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. Requer-se a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de juízo de punição. É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido. Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização, a ser pago “punitivamente”, não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema, e em obediência às previsões da Lei nº 7.347/85, servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos já especificados. Assim é que a mencionada lei, ao regular as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens que especifica, prevê em seu artigo 13: Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho federal ou por Conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.⁶¹⁴

Em sentido similar, sustentam Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER:

Há exemplo, no ordenamento, de um saudável meio termo entre o intento de tornar exemplar a indenização e a necessidade de serem observados parâmetros mínimos de segurança jurídica, bem se diferenciando entre a “justiça do caso” e a “justiça do Khadi”: trata-se da multa prevista na Lei nº 7.347/85 para o caso de danos cuja dimensão é transindividual, como os danos ambientais e ao consumidor. Essa multa deve recolhida a um fundo público, servindo para efetivar o princípio da prevenção, que hoje polariza o Direito Ambiental e é, também, diretriz a ser seguida nas relações de consumo. Nesses casos, o valor, a ser pago punitivamente, não vai para

⁶¹⁴

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana, op. cit.*, p. 263-264.

o autor da ação, antes beneficiando o universo de lesados e, fundamentalmente, o bem jurídico coletivo que foi prejudicado pela ação do autor do dano. Porém, há similitudes com o que a doutrina anglo-saxã tem de positivo, sancionando pecuniariamente aqueles danos provocados por um apego tão excessivo à pecúnia que faz esquecer os interesses da sociedade. Um fundo, criado por lei, - a gestão pública do fundo e a destinação de seus recursos a uma finalidade coletiva, isto é, transindividual (e não individual, servindo a “indenização” para beneficiar exclusivamente vítima do dano), parece ser o mais adequado caminho – se utilizado de forma complementar às demais vias sancionatórias do ilícito civil – para regradar os danos típicos da sociedade industrial sem que recaiamos – por vezes, por ingenuidade – nas armadilhas da desumanizante “lógica do mercado.”⁶¹⁵

Resta ponderar, acerca da utilização do Fundo previsto pela Lei nº 7.347/85 (a chamada “Lei da ação civil pública”), se não admitiria, desde já, um amplo exercitamento da chamada função punitiva da responsabilidade civil não só para as hipóteses de danos produzidos ao meio ambiente e a consumidores, mas também a outros casos de prejuízos a interesses considerados metaindividuais.⁶¹⁶

De fato, o inciso IV estabelece uma espécie de “cláusula de abertura” do sistema de tutela coletiva, expressamente englobando como possível objeto de proteção por via da ação civil pública “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, aos quais foram acrescentados, por força da Lei nº 8.078/90, os chamados “direitos ou interesses individuais homogêneos”.⁶¹⁷

Assim sendo, basta que a pretensão deduzida em uma ação coletiva seja relacionada com a proteção de qualquer dessas espécies de direitos para que, seja por força do art. 13 da Lei nº 7.347/85 (hipótese da tutela de direitos difusos e coletivos), seja por força do art. 100, parágrafo único da Lei nº 8.078/90 (hipótese de direitos individuais homogêneos), eventual condenação pecuniária seja direcionada a integralizar fundos públicos já legislativamente previstos no Brasil há mais de 20 anos.

⁶¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva da responsabilidade civil*, op. cit., p. 24-25.

⁶¹⁶ De fato, segundo prevê o art. 1º do referido diploma legal, “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade civil por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística.”

⁶¹⁷ Conforme dispõe o art. 81 do CDC, a defesa processual coletiva pode ser exercida quando se tratar, indistintamente, de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, todos expressamente conceituados, respectivamente, no parágrafo único, incisos I, II e III.

Note-se, assim, que ao menos no âmbito de danos produzidos a quaisquer interesses ou direitos de natureza transindividual, é possível sustentar a concreta viabilidade, de *lege lata*, da imposição de uma espécie de pena privada.

Exemplificativamente, quando da lesão ao meio ambiente (hipótese em que são facilmente qualificáveis interesses de natureza difusa), por intermédio da ação civil pública tem sido comuns pedidos de condenação dos poluidores ao pagamento de altas somas em prol do fundo referido pelo art. 13 da LACP, não só no intuito de reparação do dano como também a título de imposição de punição preventivo-pedagógica.⁶¹⁸

Por outro lado, quando da verificação dos chamados danos morais coletivos (típica hipótese de direitos coletivos), igualmente seria cabível pedido de condenação pecuniária destinada ao fundo público mencionado, utilizando-se idênticos critérios, como bem ressalta Carlos Alberto BITTAR FILHO:

Dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. (...) Em havendo condenação em dinheiro, deve aplicar-se, indubitavelmente, a técnica do valor de desestímulo, a fim de que se evitem novas violações aos valores coletivos, a exemplo do que se dá em tema de dano moral individual; e outras palavras, o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor; para tanto, há que se obedecer, na fixação do quantum debeat, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como, v.g., a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato.⁶¹⁹

Por fim, nas ações coletivas de tutela de direitos individuais homogêneos, o não comparecimento de vítimas ou sucessoras em número compatível com a gravidade ou com a repercussão do dano para fins de liquidação e execução de indenizações individualizadas, viabiliza, conforme o art. 100, parágrafo único do CDC, que o juiz arbitre uma indenização a ser destinada ao mesmo fundo do art. 13

⁶¹⁸ Neste sentido illustre-se o julgamento da 3ª Turma do TRF da 3ª Região, AC 432487/SP, DJ de 29/01/2003, p. 173, rel. Des. Cecília Marcondes: “A prévia degradação do local atingido não afasta a responsabilidade, sob pena de se subtrair por completo a eficácia da norma constitucional de tutela do meio ambiente. Tampouco a pequena proporção da lesão tem esse condão, já que a única diferença relevante que há entre as grandes e as pequenas agressões ao meio ambiente está na quantificação da punição a ser imposta ao causador. A indenização a ser arbitrada deve obedecer ao princípio da razoabilidade, sempre com vistas a desestimular a transgressão das normas ambientais”.

⁶¹⁹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Direito do consumidor, v. 12, p. 55 e 59.

da LACP, indenização essa que possui um nítido caráter punitivo-pedagógico contra o ofensor.

Desta forma, em que pese a disseminada antipatia e todas as críticas voltadas pela doutrina e jurisprudência contra a função punitiva da responsabilidade civil (mais especificamente, contra a adoção de qualquer espécie de pena privada), é preciso ao menos discutir-se em que medida o sistema brasileiro de ações coletivas (LACP e CDC) não estaria já autorizando aos juízes, quando do julgamento de procedência de pretensões de indenização a direitos e interesses transindividuais, lançassem mão justamente de critérios punitivos e, até mesmo, fixassem apartadamente quantias a título de compensação pelos danos causados (princípios da extensão e equivalência) e também a título de desincentivo à reiteração de condutas consideradas altamente reprováveis e lesivas a toda sociedade.

5.5 Análise de algumas previsões legais da pena civil no Brasil

Tendo como base os critérios anteriormente destacados para a caracterização da função punitiva da responsabilidade civil, é possível identificar ao menos três hipóteses de manifestação da pena civil no ordenamento jurídico brasileiro,⁶²⁰ quais sejam, a sanção pela cobrança de dívidas já pagas ou indevidas (arts. 939 a 941 do CC e art. 42, parágrafo único do CDC), a condenação fluída nas ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos (art. 100 e parágrafo único do CDC) e a autorização para a estimação eqüitativa da indenização tendo em vista a gravidade da culpa do ofensor (art. 944, parágrafo único do CC).

5.5.1 A pena civil sancionatória da cobrança de dívidas já pagas ou indevidas

⁶²⁰ Pode-se aludir a outras formas de manifestação da sanção civil, v.g., como a prisão civil, nitidamente com caráter punitivo (mas não penal) pelo inadimplemento da prestação alimentar. Sobre o tema consultar Rosana Amara Girardi FACHIN que aborda o assunto sob uma nova perspectiva, propondo a superação da prisão civil, por meio de mecanismos alternativos, possuindo o Estado um papel fundamental na medida em que deve assegurar direitos fundamentais, tais como a alimentação, mas sem desresponsabilizar as pessoas que legalmente estão obrigadas a fazê-lo, devendo haver um equilíbrio entre a responsabilidade do Estado e os deveres parentais. Nesse sentido, afirma a autora: “Advogase, pois, problematizar a prisão civil como válvula de irresponsabilidade do próprio Estado, uma vez que o campo das prestações alimentares familiares não está mais circunscrito à seara privada da família. A prisão é relevante para chancelar o inadimplemento culposo e contumaz, mas não deve eliminar a responsabilidade do Poder Público”. *Dever alimentar para um novo Direito de família*, p. 113 e 176.

O Direito brasileiro há muito tempo já prevê hipóteses de sanções civis (penas pecuniárias) aplicáveis independentemente da comprovação de qualquer prejuízo por parte da vítima.

O exemplo mais conhecido talvez seja o referente à imposição de penas contra o credor que procede a cobranças indevidas ou abusivas de dívidas.

Já o Código Civil brasileiro de 1916 previa, em seus artigos 1530, 1531 e 1532, expressamente, a aplicabilidade de *pena civil* em tal hipótese.⁶²¹

Tais prescrições repetiram-se no âmbito do novo CC,⁶²² reiterando expressamente o art. 941 que a sanção nele prevista se trata de verdadeira “pena” aplicável ao credor de dívida já paga ou indevida, no intuito de puni-lo pelo seu comportamento censurável, como já detectou a doutrina brasileira.⁶²³

Também o Código de defesa do consumidor (Lei nº 8078/90), no artigo 42, parágrafo único, determina que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

Ambas as previsões, em que pese o dissenso existente quanto à interpretação da necessidade ou não da prova da má-fé do credor, conduzem sem dúvida à aplicação de autêntica pena privada, eis que o montante estipulado não se referencia com qualquer dano concreto ou comprovadamente suportado por aquele que foi indevidamente cobrado, tendo por exclusiva finalidade impor uma sanção contra a conduta especialmente censurável do agente.

⁶²¹ CC de 1916, art. 1530: “O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.” Art. 1531: “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias já recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação”. Art. 1532: “Não se aplicarão as penas dos artigos 1530 e 1531, quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide.”

⁶²² Conforme os arts. 939 e 940 do novo CC.

⁶²³ Neste sentido, Carlos Alberto Menezes DIREITO e Sérgio CAVALIERI FILHO, *Comentários ao novo código civil, op. cit.*, 295/296: “Trata-se de pena civil imposta ao credor que exerce o seu direito de forma abusiva. Essa pena consiste na perda dos juros, ainda que estipulados, entre o pedido intempestivo e o vencimento da obrigação e no pagamento das custas em dobro”.

No sentido de caracterizar a previsão do art. 42, parágrafo único do CDC como hipótese de consagração legal de uma espécie de *punitive damage* no Brasil, sustenta Luiz Cláudio Carvalho de ALMEIDA:

Ante tudo o que foi exposto, permite-se concluir que a repetição do indébito em dobro prevista pelo art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor consubstancia verdadeira sanção civil imposta ao fornecedor que efetua cobrança indevida e recebe tais valores ilícitamente. A justificativa admitida pela lei para eximir o fornecedor de tal sanção deve referir-se a fato que exclua o nexo de causalidade entre sua conduta e o dano suportado pelo consumidor, sendo irrelevante a análise da presença de boa-fé subjetiva por parte do fornecedor, sem embargo da presença de investigação a esse respeito na maioria dos acórdãos proferidos na jurisprudência pátria. A irrelevância da presença de dolo ou culpa para se concluir pelo dever de indenizar prende-se à constatação de que o sistema de proteção do consumidor é todo baseado em critérios objetivos de aferição de atendimento à chamada teoria da qualidade. Assim sendo, a sanção em dela tem função pedagógica e inibidora de condutas lesivas ao consumidor, tendo em vista em maior grau o interesse social no controle das imperfeições do mercado do que propriamente o interesse particular do consumidor individualmente considerado. Permite-se, assim, vislumbrar no dispositivo legal em comento hipótese de aplicação dos chamados *punitive damages* (indenizações com finalidade punitiva) no Brasil.⁶²⁴

5.5.2 O art. 100 do Código de Defesa do Consumidor: a fluid recovery

O Código de defesa do consumidor brasileiro (Lei nº 8078/90), ao complementar o sistema de tutela jurisdicional coletiva já criado por obra da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85), implantou entre nós a defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, conceituados como sendo aqueles “decorrentes de origem comum” (art. 81, parágrafo único, III do CDC).

No âmbito desta espécie de ação coletiva foi prevista pelo legislador a possibilidade de o juiz, sob certas condições, em vista do não comparecimento dos indivíduos em juízo para o fim de se habilitar para receber eventual indenização a que teriam direito, estimar um valor especificamente destinado a Fundos de direitos difusos (criados pela LACP, art. 13), tendo como finalidade justamente a punição do ofensor já condenado na ação coletiva, evitando que retire vantagem indevida do ilícito pelo qual foi responsabilizado.

⁶²⁴ ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. *A Repetição do Indébito em Dobro no Caso de Cobrança Indevida de Dívida Oriunda de Relação de Consumo como Hipótese de Aplicação dos Punitive Damages no Direito Brasileiro*. Artigo acessado no sítio <http://www.brasilcon.org.br>, em 27.02.2006.

Segundo determina o art. 100 do CDC, “decorrido o prazo de um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida”, sendo que então “O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei nº 7.347/85, de 24 de julho de 19865” (parágrafo único).

Analisando precisamente a existência de uma função punitiva no dispositivo comentado, sustenta Elton VENTURI:

Percebe-se aqui, nitidamente, que buscou o legislador inserir, dentro do instrumental coletivo disponibilizado às vítimas de eventos danosos produzidos a seus direitos individuais homogeneizados, uma maneira de, mesmo diante de sua omissão em buscar as reparações individuadas a que fariam jus, não deixar impune o responsável pela prática lesiva. Assim, determinou o legislador do CDC que, em tal hipótese, reverta o montante liquidado e executado pelo ente exponencial ao Fundo criado pela LACP. Está-se, pois, diante do instituto da “reparação fluida” que, embora possua destino semelhante ao do montante conseguido no âmbito de ação coletiva em defesa de direito difuso ou coletivo, difere, quando menos, na forma de constituição (...) Entretanto, mais do que emprestar uma tutela coletiva à defesa de direitos individuais homogeneizados, o legislador do CDC acabou por, considerando a elevada relevância social não só da facilitação da defesa processual mas também da repressão efetiva aos responsáveis pela lesão à classe, o que inegavelmente condiz com o interesse social, ao mesmo tempo não deixá-los impunes (não se lhes permitindo enriquecimento ilícito) e propiciar mais uma fonte de captação de recursos ao Fundo criado pela LACP. Como bem anota Antônio Herman V. Benjamin, o instituto da *fluid recovery*, previsto no art. 100 do CDC, evidencia o papel conferido às ações de classe, no sentido de constituir “via assecuratória do interesse público, que deflui da exigência social moderna de combate à danosidade coletiva” (...) Note-se que, sobretudo em virtude da imprecisão dos critérios para se apurar a *fluid recovery*, a subtração desta dos valores destinados a suprir as indenizações individuais não representa propriamente uma espécie de “compensação” (o que ocorreria se a *fluid recovery* fosse somente a soma das indenizações individuais “esquecidas”), mas forma de justa fixação de reprimenda suficiente para incutir no demandado repreensão e prevenção especial.⁶²⁵

Para além da nítida intenção de não deixar o responsável impune, perceba-se, a indenização prevista no art. 100 do CDC não possui caráter verdadeiramente ressarcitório uma vez que calculada abstraindo-se totalmente a extensão das perdas e danos possivelmente suportadas pelas vítimas lesadas que não compareceram a juízo.

⁶²⁵ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 153-155.

5.5.3 A estimativa eqüitativa da indenização com base na gravidade da culpa do ofensor (art. 944, parágrafo único do Código Civil)

A adoção expressa de um caráter também punitivo para a responsabilidade civil, por intermédio do qual fosse autorizado o juiz a analisar não só o resultado (dano), mas igualmente a culpabilidade do ofensor, foi alvo de intensas discussões por ocasião da análise do projeto do novo Código Civil brasileiro.

O anteprojeto do Código Civil (Projeto de Lei nº 960/2002), neste sentido, previa originalmente a inclusão de dois parágrafos ao art. 944, que estabeleceu o princípio geral da equivalência entre o dano e a indenização.

Segundo se chegou a propor por intermédio da redação do § 2º do art. 944, “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Ou seja, passar-se-ia a consagrar então, expressamente, uma função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, ainda que voltada eminentemente às hipóteses de danos extrapatrimoniais.⁶²⁶

626

Assim foi justificada a inclusão do §2º pelo relator do Projeto, deputado Ricardo Fiúza: “Art. 944: O dispositivo é insuficiente, segundo nos alertou a professora REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, já que seu *caput* se adapta somente ao dano material e não está adequado ao dano moral. O critério para a fixação do dano material é o cálculo de tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e do que efetivamente perdeu. O critério da extensão do dano aplica-se perfeitamente à reparação do dano material - que tem caráter ressarcitório. No entanto, na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, honra, liberdade etc (v. Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária; Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por danos morais*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 57/65; Yussef Said Cahali, *Dano moral*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 42; Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, *Reparação civil na separação e no divórcio*, cit., p. 148 e 149). Por conseguinte, não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano. Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se neste contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito (v. Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por danos morais*, cit., p. 221). Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a “inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade”, traduzindo-se em “montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo” (cf. Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, cit., p. 247 e 233; v., também, Yussef Said Cahali, *Dano moral*, cit., p. 33/42; e Antonio Jeová Santos, *Dano moral indenizável*, 3ª ed., São Paulo, 2001, p. 174 a 184; v. acórdãos in JTJ 199/59; RT 742/320). Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte firme e seguro, sendo

Todavia, referido dispositivo foi rejeitado ainda na Câmara dos Deputados, sendo excluído mediante a seguinte justificativa:

A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão.⁶²⁷

Apesar da rejeição do referido dispositivo, o texto aprovado para o art. 944 e parágrafo único do Código Civil parece sugerir o reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil, agora conjugada à tradicional função tipicamente indenizatória das perdas e danos.

O tema é extremamente importante e certamente polêmico, já sendo a novidade representada pelo parágrafo único do art. 944 alvo de interpretações opostas.

Prestigiosa doutrina refuta a existência de qualquer espírito sancionatório no novo Código Civil, entendendo que o dispositivo em questão, antes de consagrar, na verdade renegaria a idéia de função punitiva, como sustenta Maria Celina Bodin de MORAES:

Acresça-se que não há no Código Civil de 2002 – e nem tampouco havia no de 1916 – a contemplação de um caráter punitivo, não trazendo qualquer regra permissiva de inserção de parcela punitiva na reparação do dano extrapatrimonial; aliás, os indícios são fortemente contrários ao juízo de punição: basta pensar no parágrafo único do art. 944, quando alude a reduzir o valor da indenização (e, em obrigatória interpretação a *contrario sensu*, impede que o juiz a aumente) e no art. 403, em tema de responsabilidade contratual.⁶²⁸

estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estímulo ao agressor.”

⁶²⁷ Parecer do Deputado Vicente Arruda pela rejeição do § 2º do art. 944 do Projeto de Lei nº 960/2002.

⁶²⁸ MORAES Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*, op. cit., p. 48 e 49.

Em igual sentido a orientação extraída da “Jornada de Direito Civil” realizada pelo STJ em Brasília, entre os dias 11/09 e 13/09 de 2002, com o objetivo de analisar o novo Código Civil brasileiro. Em tal ocasião, concluiu-se por intermédio do Enunciado nº 46 que “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.”⁶²⁹

Por outro lado, afirmando a presença da função punitiva no parágrafo único do CC, anota Flavia Portella PÜSCHEL:

Não é possível prever o modo como doutrina e jurisprudência serão afetadas pelo art. 944, caput, do CC, que expressamente determina medir-se a indenização pela extensão do dano. Note-se que no parágrafo único do mesmo art. 944, ao vincular a possibilidade da redução da indenização ao grau de culpa do agente, o próprio CC parece pressupor a lógica punitivo-preventiva, considerando injusto punir alguém cuja conduta é apenas levemente reprovável. Se o CC considerasse apenas a função de indenização, tal norma não faria sentido. Afinal independentemente do grau de culpa do agente, o dano está feito e, se não é indenizado, fica a cargo da vítima, “condenada” a suportá-lo em definitivo.⁶³⁰

A idêntica conclusão chega a doutrina lusitana ao examinar o art. 494 do Código Civil português, similar ao parágrafo único do art. 944 do CC brasileiro, qualificando-o como manifestação da pena civil. Essa a interpretação dada por Paula Meira LOURENÇO:

Ao abrigo do art. 494.º, se a imputação delitual se fundar em mera culpa do autor do facto, a indemnização pode ser fixada equitativamente, em montante inferior ao que corresponde aos danos causados, “desde que *o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e as demais circunstâncias do caso o justifiquem*”. Na fixação da indemnização, o legislador manda atender a elementos que nada têm a ver com os prejuízos causados ao lesado, nomeadamente o grau de culpabilidade do

⁶²⁹ Conforme Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria Andrade NERY, Código civil anotado e legislação extravagante, p. 1228, nota 46.

⁶³⁰ Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. Artigo publicado no site www.edesp.edu.br/files/artigos. Acessado dia 12.10.2005, p. 8. Também afirmando tratar a “redução equitativa da indenização” versada no parágrafo único do art. 944 do CC uma manifestação das funções sancionatórias e preventivas, Fernando NORONHA, *Direito das obrigações*, op. cit., p. 438.

agente. Segundo PEREIRA COELHO, a função reparadora ou reintegrativa da responsabilidade civil é aquela que tradicionalmente se lhe reconhece, mas existem momentos sancionatórios e preventivos, que são simples *efeitos úteis* da obrigação de indemnização. Não obstante, concebe o mesmo autor que por vezes, aqueles momentos preventivos e repressivos ganham autonomia e introduzem desvios no regime que a obrigação de indemnizar teria, se só pretendesse reparar os prejuízos sofridos, sendo disso exemplo o princípio enunciado no art. 494.º, que permite que se atenda ao grau de culpabilidade do agente, permitindo que a *indemnização tenha um valor inferior aos danos sofridos*. A indemnização deveria ser fixada entre o limite mínimo do enriquecimento do responsável e o limite máximo dos danos sofridos pelo lesado. No art. 494.º, a responsabilidade civil parece assumir a sua função sancionatória e preventiva, em detrimento da função reparadora, não só porque a indemnização poderá ser inferior ao dano causado, mas também porque se atende ao grau de culpa do agente, não obstante terem sido excluídos os factos ilícitos dolosos. Se a função da responsabilidade civil fosse puramente reintegrativa, a variação da culpabilidade do infractor não teria relevância, pelo que este preceito é a prova de que *a responsabilidade civil assume uma função punitiva*.⁶³¹

Em que pese a tendência, ao que tudo indica, de uma aplicação restritiva do novo parágrafo único do art. 944 do CC brasileiro, mesmo assim parece inegável que ao se adotar como parâmetro para a fixação do *quantum* devido, para além da amplitude dos prejuízos suportados pela vítima (indenização), também o grau de culpabilidade do agente infrator (punição), apontou o legislador para uma verdadeira alteração paradigmática no campo da responsabilidade civil, atendendo aos apelos da integração do sistema jurídico às necessidades da sociedade brasileira no século XXI.

Como ressalta Judith MARTINS-COSTA, a adição dos ingredientes *culpabilidade do agente* e *equidade* no campo da responsabilidade civil, a serem aferidos concretamente pelo magistrado quando da fixação da indenização, representa a quebra ou ao menos a relativização dos dogmas do carácter puramente restitutivo da responsabilidade civil e do dever de proporcionalidade entre o dano e a indenização.⁶³²

Ao preconizar a gradação judicial da indenização a partir do grau de culpabilidade do agente ofensor, ainda que para o fim de viabilizar uma diminuição no *quantum* reparatório, o novo CC acabou por impor a necessidade de se avaliar, em cada caso, o elemento subjetivo da responsabilidade para melhor conformar, sob

⁶³¹ LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*, op. cit., p. 1063-1064.

⁶³² Neste sentido, Judith MARTINS-COSTA, *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, op. cit., p. 20.

as perspectivas da eqüidade e da justiça, a adequada resposta estatal ao comportamento ilícito apurado e sancionado.

Assim sendo, abre-se importante espaço para que, senão de *lege lata*, ao menos de *lege ferenda*, possa de fato a avaliação judicial a respeito da culpabilidade do agente ofensor atingir, inclusive, uma necessária função pedagógico-punitiva, a fim de dissuadir a reincidência de comportamentos ilícitos similares por parte do agressor.

5.6 Retrocesso à evolução da responsabilidade civil

Como já demonstrado, a falta de uma base objetiva para a estipulação do *quantum* indenizatório nas hipóteses de danos extrapatrimoniais levou a jurisprudência brasileira a adotar quatro critérios principais para orientar tal tarefa, quais sejam: a gravidade do dano; o grau de culpa do ofensor; a capacidade econômica da vítima e a capacidade econômica do ofensor.

A adoção desses critérios para a fixação dos danos extrapatrimoniais, assim como a menção à chamada função punitiva vem recebendo duras críticas por parte da doutrina,⁶³³ sob a alegação de que estaria ocorrendo um possível retrocesso na tendência evolutiva de objetivação da responsabilidade civil, ao se prestigiar a técnica de valoração das condutas e do intuito do agente ofensor, ao invés de se prestigiar as conseqüências objetivas do dano e situação da vítima prejudicada.⁶³⁴

Afirma-se, pois, que a análise da conduta do ofensor e de sua capacidade econômica constituiriam critérios antagônicos à evolução da responsabilidade civil que se direciona para a libertação do próprio inculpador, na medida em que o Código Civil prevê expressamente, no art. 927, parágrafo único, a adoção da responsabilidade objetiva.⁶³⁵

Assim, qualquer espécie de punição ao agente causador de danos representaria um retrocesso no direito da responsabilidade civil, na medida em que

⁶³³ Contra a adoção do caráter punitivo da reparação do dano moral são José de Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Orlando Gomes, Wilson Melo da Silva, Maria Celina Bodin de Moraes dentre outros.

⁶³⁴ SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p. 11.

⁶³⁵ SCHREIBER, Anderson, *ibid.*, p. 12.

se estaria então regredindo ao período da vingança privada, enfatizando-se a pessoa do ofensor em detrimento da pessoa da vítima e das conseqüências dos danos por ela sofridos.

No entanto, desde que devidamente distinguida a função compensatória da função punitiva, delimitados os seus campos próprios de atuação e as hipóteses de aplicação, a imposição da pena civil, antes de causar retrocesso, na verdade auxilia a busca da efetividade da responsabilidade civil. A perfeita compreensão acerca do que representa a função punitiva só pode ser verdadeiramente alcançada na medida em que se reconheça, preliminarmente, que seus pressupostos e objetivos não se confundem com aqueles tradicionalmente extraídos da função compensatória.

De fato, para a compensação ou indenização (danos extrapatrimoniais e patrimoniais, respectivamente) interessa a análise da *extensão* dos danos (isto é, todo o tipo de prejuízo causado à pessoa ou ao patrimônio da vítima, seja sob a rubrica de "danos emergentes", "lucros cessantes", prejuízos bio-psicológicos etc), pois o objetivo é o de reparação integral dos males sofridos.

Por outro lado, para a função punitiva interessa a *gravidade* da conduta do ofensor, vale dizer, o grau de culpa ou dolo que motivou o seu comportamento, e que repercute por derivação na própria *gravidade* dos danos produzidos, eis que o objetivo então se volta à persuasão do agente no que diz respeito à não reiteração de sua conduta lesiva futuramente (função dissuasiva), sobretudo naquelas hipóteses de especial reprovabilidade da conduta e da natureza dos danos produzidos. Assim, percebe-se, para a aplicação de tal função (a punitiva) é relevante a aferição da reiteração da conduta ilícita, os lucros obtidos pelo ofensor mediante sua conduta bem como, em certas ocasiões (v.g., art. 100 do CDC), a constatação da quantidade de vítimas prejudicadas.

5.7 A função social da responsabilidade civil

Em busca da promoção de uma tutela efetiva para a proteção da dignidade da pessoa humana, torna-se imprescindível uma releitura de diversos conceitos jurídicos, inclusive no âmbito do Direito Civil.

A própria idéia de *funcionalização* dos institutos jurídicos, neste passo, objetiva atender os anseios sociais da sociedade contemporânea em prol de uma efetividade concreta.

A responsabilidade civil segue essa mesma tendência funcional que permeia, pode-se dizer, o direito como um todo. A passagem do liberalismo para o Estado Social delineou, na verdade, uma sentida transformação no campo jurídico, eis que foi também responsável pela quebra ou alteração de muitos dos dogmas derivados da ideologia liberal, estabelecendo-se, então, uma fase em que os conceitos jurídicos são relativizados no intuito de se adequarem às necessidades inerentes da sociedade atual. Assim, pode-se sustentar que:

O Estado Liberal de Direito erige-se sobre as promessas de neutralidade e não intervenção, a fim de viabilizar o desenvolvimento pleno dos indivíduos, à margem da atuação dos poderes públicos. Nesse modelo de total separação entre Estado e sociedade civil, o Direito privado desempenha a função de estabelecer as regras mínimas de convivência entre as pessoas, que desfrutam da mais ampla liberdade no âmbito social. (...) *o estatuto jurídico do Estado liberal, assentava-se sobre três dogmas indiscutíveis: a) a generalidade da lei; b) o reconhecimento da igualdade de todos os indivíduos perante a lei; e c) a consagração da autonomia da vontade privada.* (...) De tal modo, que o caráter auto-suficiente e sistemático do code expressava um dos valores mais caros à teoria liberal: a segurança jurídica⁶³⁶. (grifos nossos)

É nesse contexto, pois, que se torna imprescindível a revitalização do direito da responsabilidade civil na busca da efetividade da proteção dos direitos fundamentais do ser humano, o que de certa forma já vem ocorrendo em âmbito doutrinário e jurisprudencial em nosso país, não obstante ainda mediante um certo desvirtuamento ou confusão na conjugação das suas funções.

Nesse sentido, "a tutela dos direitos individuais nas relações privadas não se esgota na garantia de uma obrigação geral de abstenção, nem na reparação dos danos pelas lesões perpetradas, através da responsabilidade civil. A proteção

⁶³⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações jurídicas entre os particulares. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 129 e 145.

conferida pela ordem constitucional é mais ampla, e envolve tanto uma tutela preventiva dos direitos com uma atuação repressiva e corretiva."⁶³⁷

É preciso destacar que a responsabilidade civil só conseguirá cumprir concretamente e integralmente a sua função social na medida em que, antes e para além da tradicional função indenizatória, paralelamente seja eficientemente desenvolvida também a sua função preventiva, o que só é possível por intermédio da aplicação de sua função dissuasiva, ou seja, mediante a efetiva inibição da ocorrência do ilícito, ainda que para tanto a função punitiva da responsabilidade civil tenha que ser exercida como forma de se alcançar, por meio de condenações exemplares, a almejada prevenção.

No dizer de Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, "Se, por um lado, é certo que a responsabilidade civil somente tem lugar após a produção do dano, não se pode olvidar sua dimensão dialética, que permite sua utilização como instrumento "pedagógico" de prevenção."⁶³⁸

Segundo Suzanne CARVAL, na atualidade revela-se notória a insuficiência daquele papel tradicionalmente imputado ao direito da responsabilidade civil, atinente à mera definição de comportamentos ilícitos e à atribuição da indenização devida pelas perdas e danos sofridos pela vítima. Propugna a jurista francesa, assim, pela admissão da função punitiva como único meio de lhe emprestar eficácia:

Il ne suffit pas, cependant, pour assurer le caractère harmonieux des rapports humains, de définir le contenu de normes de conduite. Encore faut-il en assurer le respect, ce qui passe (hélas pourrait-on dire...) par la sanction efficace des violations qui en sont faites. Or, et il s'agit là d'un deuxième constat, la sanction traditionnelle de la responsabilité civile est bien souvent impuissante à jouer ce rôle. Fréquemment, en effet, on se trouve face à l'une des trois situations suivantes: soit la condamnation à réparer n'est pas suffisamment dissuasive, parce que d'un montant trop faible, soit elle manque de vertu éducative parce que beaucoup trop lourde, soit, enfin, son prononcé même est improbable parce que divers obstacles s'opposent à l'exercice de toute action par la victime."⁶³⁹

⁶³⁷ Daniel SARMENTO. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 269.

⁶³⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: *Diálogos sobre direito civil*, p. 134.

⁶³⁹ CARVAL, Suzane. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., p. 207. Tradução livre: "Não é suficiente, contudo, para garantir a característica harmônica das atividades humanas, definir o conteúdo de normas de conduta. Também deve ele (o direito da

Em que pese a resistência de grande parte da doutrina e dos tribunais na aceitação do caráter punitivo da responsabilidade civil, é inegável o potencial da referida função para revitalizar a responsabilidade civil, ainda que se constitua um mero instrumento para alcançar tal fim.

Assim, afirma Antonio PINTO MONTEIRO que, quando menos, o debate sobre a função punitiva da responsabilidade civil reacende a necessidade de se reavaliar o papel e as tarefas a serem desenvolvidas por esta, destacando que na medida em que a responsabilidade civil se volta ao cumprimento de suas funções, sobretudo, em seu caráter preventivo, estaria desenvolvendo a sua função social:

Ora, se é certo que a responsabilidade civil prossegue, ainda que só mediata ou acessoriamente (...) uma *função social de dissuasão*, a simples reparação do dano causado não constitui, porém, frequentemente, uma resposta eficaz, de ordem preventiva, justamente por não ser esta a sua determinante. O que leva ao reconhecimento de que 'há todo um domínio em que a pena privada é insubstituível: é o dos comportamentos anti-sociais que não são suficientemente graves ou facilmente perceptíveis (*saisissables*) para merecerem ser erigidos em delitos, mas em que a responsabilidade civil clássica é importante para desempenhar um papel dissuasor' (...). Destaca-se, nesta linha – para lá do interesse que revestem a cláusula penal e a astreinte -, a importância da pena privada na proteção dos interesses difusos e como forma de incentivar o particular a acionar judicialmente o lesante (...), bem como, de modo especial, no âmbito da tutela dos direitos da personalidade (...), particularmente vulneráveis por parte de alguma imprensa 'sensacionalista', que não recua nos seus propósitos de lucro fácil e de promoção assegurada, até porque a eventual indemnização a pagar, nela incluída a compensação por danos não patrimoniais (...), não constitui, via de regra, uma medida bastante para *desencorajar* a prática desses ilícitos, ficando bastante aquém do proveito obtido pelo lesante. Trata-se, também aqui, aliás, de um domínio em que os *punitive damages*, do direito anglo-americano, são aplicados. Em todo o caso, e qualquer que seja a resposta a dar a esta questão, não deixa de ser pertinente observar, com DE CUPIS, que 'o pensamento jurídico moderno parece oscilar de um extremo ao outro, num brevíssimo espaço de tempo', pois se nos anos 60 e 70 se apelidavam de 'reaccionários', 'imbecis' e 'fechados ao pensamento moderno' os autores que continuavam a reivindicar a importância da ilicitude e da culpa no âmbito da responsabilidade, por se entender que a grande preocupação seria o ressarcimento do lesado, só a posição deste se devendo atender, e não também à conduta do lesante, hoje, ao invés, ao ressuscitar-se a pena privada, é a ilicitude e culpa que voltam a emergir e a ocupar o seu posto. (...) *O que a questão da pena privada implica, no mínimo, é o reacender do debate sobre o sentido e as tarefas que*

responsabilidade civil) lhes assegurar o respeito, o que passa (aí poderíamos dizer) pela sanção eficaz das violações ocorridas. Assim, e se trata de uma segunda constatação, a sanção tradicional da responsabilidade civil é muitas vezes impotente para cumprir esse papel. Frequentemente, de fato, nos encontramos diante de uma das três situações seguintes: seja a condenação à reparação de danos insuficientemente dissuasiva, porque fixada em montante muito baixo, seja ela despida de sentido educativo porque muito leve, seja, enfim, porque improvável sua pronúncia em virtude de diversos obstáculos que se opõem ao exercício de qualquer ação por parte da vítima".

competem à responsabilidade civil e a respeito das vias ao seu alcance. À propalada crise com que ela se debate, de há alguns anos a esta parte, não será decerto estranho um excesso de inputs, pedindo-se-lhe que dê resposta a múltiplos fins, por vezes contraditórios: com efeito, reparar o lesado, repartir perdas, distribuir riscos, punir o lesante, prevenir comportamentos ilícitos, controlar a actividade de produção, assegurar o respeito da pessoa humana, etc, são tarefas numerosas e difíceis de harmonizar entre si, cuja realização ameaça o sentido e a unidade do instituto. E não falta mesmo quem remeta já a responsabilidade civil ao desempenho de uma tarefa meramente indicativa, a respeito dos sectores em que se justificará uma intervenção legislativa que adopte medidas idóneas e eficazes, competindo-lhe, pois, tão só, uma função provisória: a de assinalar ao legislador a necessidade de intervir em certas áreas, a fim de dirimir os conflitos aí suscitados, mediante a consagração das medidas adequadas e necessárias (...).

Importa sublinhar, todavia, para concluir, que é outra a *nota* que desperta a atenção quando se fala da pena privada, contrapondo-a à indemnização. *Do que se trata, neste caso, é de chamar a atenção para a necessidade 'de recuperar (...) o momento de prevenção', diluído que está, por efeito de um progressivo afunilamento da responsabilidade civil para soluções de cariz objectivo e para as esferas do seguro e da segurança social (...); ou, se se preferir, o que está em causa, afinal, é reagir contra um sistema que se perspective 'apenas pela vítima e o dano, com total abstracção não só da diferenciação causal na produção deste, mas inclusivamente do agente, da sua culpa (qualquer que seja, grave ou leve) e mesmo da sua responsabilidade geral'. O apregoado renascimento da pena privada mais não traduzirá, assim, em primeiro lugar, do que a reacção de alguma doutrina contra o aniquilamento da função preventivo-sancionatória da responsabilidade civil e o progressivo alheamento desta perante a conduta do lesante. Aproveitando esse espaço em branco, o segundo passo é o de que a indemnização – limitada que está pelo valor do dano causado – não constitui, de per se, medida idónea a dar guarida à finalidade preventivo-sancionatória, razão por que a pena emergiria, a seu lado, em certos domínios e perante comportamentos especialmente graves, como a única resposta eficaz e verdadeiramente responsabilizante. O que implicará, quer um acentuar do fundamento ético-jurídico da responsabilidade civil (...), quer, paralelamente, o emergir do direito civil cada vez mais como direito constitucional das pessoas.*⁶⁴⁰

Neste sentido, Paolo GALLO, ao analisar a aplicação da função punitiva na Itália, país que se filia a tradição romanística, destaca quatro situações para o emprego da função punitiva da responsabilidade civil:

- a) whenever the wrongful behavior has infringed the rights of the victim without causing damages at all, or at least patrimonial damages; in these conditions the main functions of tort law is deterrence and punishment, rather than compensation;
- b) when the enrichment wrongfully obtained is higher than damages; if the wrongdoer enrich himself as a consequence of the tort, he should be compelled to give back his whole enrichment; otherwise he would be induce to consider the duty to compensate the victim such as a cost; in any event the only compensation of the victim wouldn't be enough to deter the wrondful behavior (underdeterrence);
- c) whenever the loss is very spread (products liability,

640

Pinto Monteiro, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, op.cit., p. 659-663.

pollution, mass torts), and the wrongdoer is a big company (deep pocket); in these conditions, especially in situations of underlitigation, the compensation of only part of the victims is not enough to deter efficiently the wrongdoer; only punitive damages can induce the manufacturer to internalise the whole social cost connected to his activity; d) private sanctions could be also useful in the field of small criminal claims; the progressive reduction of the sphere of penal law has opened the way to alternative means of deterrence; this is especially true in the field of the protection of the person, his private life, honour, reputation, privacy, and so on.⁶⁴¹

De toda forma, sejam quais forem os critérios acolhidos para se estabelecer tanto as hipóteses de incidência como os limites de atuação da função punitiva, não há mais razão lógica, muito menos ambiente social para que se continue a negá-la, prendendo-se o sistema jurídico civil às amarras de um pensamento político-ideológico ultrapassado, que resiste ou simplesmente ignora os reclamos de efetividade e pragmatismo do mundo globalizado do século XXI.

É preciso, assim, que o legislador atenda a tais reclamos, definindo mediante critérios objetivos (tanto quanto possível), as condições, hipóteses e limites da função punitiva da responsabilidade civil, seja por intermédio da importação da figura dos *punitive damages*, seja por via da determinação de que os magistrados fixem nas sentenças, distintamente, valores devidos a título de indenização e ou compensação (danos patrimoniais e ou extrapatrimoniais, respectivamente), e valores devidos a título de punição, servindo, então, a um só tempo, aos objetivos de punição e dissuasão da repetição de condutas altamente reprováveis no campo civil.

⁶⁴¹ GALLO, Paolo. Punitive damages in Italy?, *op. cit.*, p. 10. Tradução livre: "a) sempre que o comportamento ilícito tenha violado os direitos da vítima sem causar danos gerais, ou ao menos danos patrimoniais; nestas circunstâncias as funções principais da lei da responsabilidade civil são a intimidação e a punição, antes do que a compensação; b) quando o enriquecimento ilícito obtido é mais elevado do os danos; se o ofensor se enriquecer em consequência da conduta ilícita, ele deve ser compelido a devolver integralmente o seu enriquecimento; se não, ele poderia ser compelido a compensar a vítima como um custo; em algum caso somente a compensação da vítima não seria suficiente para deter o comportamento ilícito (sub-intimidação); c) sempre que a perda é muito diluída (responsabilidade pelo fato de produtos, poluição, danos coletivos), e o ofensor é uma grande empresa; nestas circunstâncias, especialmente nos casos de baixa litigiosidade, quando a compensação de somente parte das vítimas não é suficiente para deter eficientemente o ofensor; somente os punitive damages podem induzir o fabricante a agregar o integral custo social correspondente à sua atividade; d) as sanções privadas podem ser também úteis no campo dos crimes de menor potencial ofensivo; a redução progressiva da esfera da lei penal tem aberto caminho para meios alternativos intimidação; isto é especialmente verdadeiro no campo da proteção à pessoa, sua vida privada, honra, reputação, privacidade e outros."

CONCLUSÃO

A trajetória de construção e desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil pela reparação do dano revela a preocupação com a harmonia e o equilíbrio da ordem jurídica. Os fundamentos que embasam referida teoria alicerçam-se no ideal de justiça vigente na sociedade, consoante as necessidades de cada época.

As formas de reação frente ao evento danoso seguem a mesma idéia força, de tal forma que no Direito Civil contemporâneo os valores existenciais passam a prevalecer em face dos valores patrimoniais, sendo plenamente justificável a especial relevância dos danos à pessoa.

Os fundamentos da responsabilidade civil por danos ofensivos à dignidade da pessoa humana estão assentados não mais em critérios exclusivamente patrimonialistas, mas, sim, na própria reconstrução do conceito de pessoa humana, que passa a ser concebida em suas relações existenciais de forma concreta e não mais em uma dimensão abstrata.

O dano, o "grande vilão da responsabilidade civil", sofreu mutações diante da necessidade de releitura dos institutos no âmbito do Direito Civil para atender e promover a tutela da dignidade da pessoa humana. A classificação sistematicamente engendrada mediante a separação entre danos à pessoa e danos às coisas passa a ser considerada a mais apropriada diante da nova perspectiva que constitui a pessoa humana o "valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico".⁶⁴²

Sob essa perspectiva, a clássica função de reparação da responsabilidade civil vem se demonstrando insuficiente para solucionar toda a problemática que envolve o tema, diante dos fenômenos sociais próprios da sociedade contemporânea, levando em consideração a própria transformação da noção de dano.

Com efeito, em certos campos especialmente problemáticos, notadamente nas relações de consumo, no Direito Ambiental ou em situações de danos transindividuais típicos das sociedades hiper-industrializadas, a linearidade do

⁶⁴² Martins-Costa, Judith. *Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação*, op. cit., p. 25.

princípio da reparação vem se demonstrando ineficaz para combater os danos causados em grande escala, sobretudo quando a insistência no comportamento lesivo torna-se uma opção mais lucrativa para o agente causador que aposta na eventualidade e na iniquidade das indenizações.

As atuais reflexões acerca da responsabilidade civil, assim, devem partir da análise de suas modernas funções com ênfase em seu caráter punitivo-pedagógico, que vem sendo aplicado pelos tribunais pátrios juntamente com a função compensatória para a fixação do *quantum* indenizatório a título de danos extrapatrimoniais.

Por desempenhar um duplo papel, o de punir o autor do dano e o de dissuadir comportamentos anti-sociais, a função punitiva vem sendo recebida em nosso ordenamento com cautela, na medida em que tradicionalmente, no Brasil, a responsabilidade civil sempre foi baseada no sistema de reparação do dano pautado na noção de restituição ao *status quo* ou na compensação pecuniária do prejuízo sofrido.

Não obstante, mesmo os críticos que repudiam o caráter punitivo da responsabilidade civil admitem que, em determinadas hipóteses, sobretudo quando da produção de danos coletivos, seria necessária a aplicação de uma função punitiva em âmbito civil como medida apta e eficaz para coibir ou desestimular as condutas lesivas.

Deste modo, a função punitiva da responsabilidade civil assume um papel nitidamente instrumental, papel esse que não se confunde com a função compensatória propriamente dita. Ambas as funções possuem campos de atuação determinados por perspectivas diversas, muito embora se complementem com o objetivo de fortalecer e dar efetividade ao direito da responsabilidade civil.

Da análise da jurisprudência nacional fundada na função punitiva da responsabilidade civil resta nítido que o tema não se encontra devidamente sistematizado entre nós, na medida em que a compreensão dos Tribunais acerca do que venha a ser precisamente a função punitiva invariavelmente se reduz a uma indevida tentativa de aproximação da figura dos *punitive damages* do sistema norte-americano. Com efeito, não obstante possuam as mesmas finalidades (punição e prevenção), a função punitiva e os *punitive damages* são aplicados mediante

pressupostos e regimes diversos, seguindo as diferenças dos sistemas da *civil law* e da *common law*, respectivamente.

Neste sentido, é interessante notar que a resistência contra a aplicação da função punitiva em âmbito civil é notada na maioria dos países de *civil law*, como a França, Itália, Alemanha e Portugal, todos avessos, em princípio, à idéia de "pena privada". Em tais países resiste o pensamento segundo o qual a implementação de qualquer espécie de punição ao agente causador de danos representaria um retrocesso no direito da responsabilidade civil, na medida em que se estaria então regredindo ao período da vingança privada, enfatizando-se a pessoa do ofensor em detrimento da pessoa da vítima e das conseqüências dos danos por ela sofridos.

No entanto, desde que devidamente distinguida a função compensatória da função punitiva, delimitados os seus campos próprios de atuação e as hipóteses de aplicação, a imposição da pena civil, antes de causar retrocesso, na verdade auxilia a busca da efetividade da responsabilidade civil. A perfeita compreensão acerca do que representa a função punitiva só pode ser verdadeiramente alcançada na medida em que se reconheça, preliminarmente, que seus pressupostos e objetivos não se confundem com aqueles tradicionalmente extraídos da função compensatória.

De fato, para a compensação ou indenização (danos extrapatrimoniais e patrimoniais, respectivamente) interessa a análise da *extensão* dos danos (isto é, todo o tipo de prejuízo causado à pessoa ou ao patrimônio da vítima, seja sob a rubrica de "danos emergentes", "lucros cessantes", prejuízos bio-psicológicos etc), pois o objetivo é o de reparação integral dos males sofridos.

Por outro lado, para a função punitiva interessa a *gravidade* da conduta do ofensor, vale dizer, o grau de culpa ou dolo que motivou o seu comportamento, e que repercute por derivação na própria *gravidade* dos danos produzidos, eis que o objetivo então volta-se à persuasão do agente no que diz respeito à não reiteração de sua conduta lesiva futuramente (função dissuasiva), sobretudo naquelas hipóteses de especial reprovabilidade da conduta e da natureza dos danos produzidos. Assim, percebe-se, para a aplicação de tal função (a punitiva) é relevante a aferição da reiteração da conduta ilícita, os lucros obtidos pelo ofensor mediante sua conduta bem como, em certas ocasiões (v.g., art. 100 do CDC), a constatação da quantidade de vítimas prejudicadas.

Tal diferenciação, insista-se, é imprescindível tanto para a desmistificação da função punitiva (superação das diversas críticas opostas à sua aceitação), como para a não distorção seja do significado da punição, seja do significado da indenização.

No que diz respeito à referida distorção, note-se que os tribunais brasileiros, quando apreciam a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, utilizam-se da função punitiva de forma equivocada, fundamentando as condenações também na necessidade de se emprestar à sanção imposta um caráter punitivo-pedagógico, o que acaba majorando, por vezes, as quantias estabelecidas a título de compensação. Vale dizer, ao se confundir a função punitiva e a função compensatória numa mesma e única condenação, por conseqüência, gera-se uma insatisfatória reparação dos danos assim como também uma insuficiente ou mesmo "invisível" punição/prevenção de comportamentos lesivos.

Assim, inicialmente faz-se necessária uma "redescoberta" da função de compensação, atentando-se para o fato de que, em grande parte dos casos, se adequadamente exercitada, seria o bastante para a correta e plena aferição do montante indenizatório devido. De igual forma, é preciso "descobrir" o âmbito de aplicação da função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, reservada às hipóteses em que realmente seja necessário um meio sancionatório extraordinário, no intuito de se buscar o reequilíbrio das relações jurídicas especialmente atingidas pelos danos.

Em relação às diversas críticas voltadas contra a implementação da função punitiva da responsabilidade civil, várias foram as conclusões alcançadas pelo presente trabalho.

Inicialmente demonstrou-se que por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal e do Código Civil brasileiro não há empecilho de ordem constitucional ou infraconstitucional que conduza à vedação da pena civil.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da existência da dupla função de indenização por danos extrapatrimoniais, reconhecendo o caráter punitivo-pedagógico que a responsabilidade civil deve desenvolver.

Contra o argumento de uma pretensa violação da garantia da vedação do *bis in idem*, demonstrou-se que na realidade inexistente propriamente dupla punição do

ofensor pelo mesmo fato, desde que devidamente separadas as instâncias penal, civil e administrativa.

De fato, as sanções civis e penais são inconfundíveis. Faltam às sanções civis elementos característicos da pena criminal, como a privação de liberdade ou até mesmo a possibilidade de penas substitutivas. Desse modo, a responsabilidade civil, por meio da sua função punitiva, poderia perfeitamente abranger as condutas que não configuram tipos penais, mas que merecem uma punição, ou ainda, contribuir para a aplicação do Direito Penal em situações extremas em consonância com o princípio da subsidiariedade. Preconiza-se, assim, que especialmente no âmbito de proteção das pessoas, no que pertine à sua honra, privacidade e dignidade, a função punitiva da responsabilidade civil instrumentalize uma efetiva substituição da própria sanção penal, seja na sua ausência, seja na sua insuficiência.

Adequadamente assimilados o sentido e o alcance dos princípios da legalidade, da vedação do *bis in idem*, da razoabilidade e da proporcionalidade, a teoria da função punitiva da responsabilidade civil, antes de violar a Constituição Federal, parece viabilizá-la em diversos sentidos. Sob um enfoque constitucional, sustenta-se que a garantia da efetividade da prestação jurisdicional, consagrada pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal (que corresponde à idéia de justicabilidade das decisões judiciais), exige das condenações civis, dentro de certos limites e observadas certas condições, uma função também punitiva que seja forte o suficiente para estabelecer a devida prevenção em relação ao ofensor, sobretudo quando se pretende tutelar direitos inerentes à pessoa.

A idéia segundo a qual a função punitiva conduziria a um possível enriquecimento sem causa da vítima demonstra-se descontextualizada, na medida em que não se pode sustentar validamente a ausência de causa nas hipóteses em que o incremento patrimonial da vítima provém precisamente de uma decisão do Poder Judiciário, observado o devido processo legal decorrente da responsabilidade civil do ofensor.

A vinculação do quantum indenizatório às condições econômicas da vítima e do ofensor, buscando supostamente evitar um "enriquecimento injusto", viola frontalmente o princípio constitucional da isonomia.

O direcionamento do proveito das penas privadas às próprias vítimas demonstra-se imprescindível para o sucesso do próprio instrumento, devendo o montante ser elevado o bastante para exercer potencialmente sobre o causador do dano alguma forma de reflexão sobre seu comportamento.

Não obstante a concepção segundo a qual o montante pecuniário das penas privadas deve reverter em proveito das vítimas, tal como ocorre com o sistema dos *punitive damages*, outro caminho sugerido de forma a superar as freqüentes crítica referentes ao enriquecimento ilícito das vítimas implicaria direcionar-se as quantias fixadas a título de pena privada a fundos reparatórios públicos, instrumento inclusive já existente em nosso ordenamento, previsto pelo art. 13 da Lei de Ação Civil Publica (Lei nº 7.347/85), solução esta que se demonstra mais aceitável aos olhos mesmo da doutrina mais conservadora em relação à função punitiva da responsabilidade civil.

Analisaram-se algumas hipóteses de pena civil já previstas em nosso ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a sanção pela cobrança de dívidas já pagas ou indevidas (arts. 939 a 941 do CC e art. 42, parágrafo único do CDC), a condenação fluída nas ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos (art. 100 e parágrafo único do CDC) e a autorização para a estimativa eqüitativa da indenização tendo em vista a gravidade da culpa do ofensor (art. 944, parágrafo único do CC).

Em que pesem todas as críticas formuladas contra a função punitiva da responsabilidade civil, não há mais como ignorar ou simplesmente subestimar o papel punitivo-pedagógico como valioso e imprescindível instrumento de dissuasão de determinados comportamentos ilícitos e anti-sociais. Desse modo, seja através da aplicação de uma "pena privada" ou de uma "sanção civil" (independentemente da terminologia empregada), é incontestável que no atual cenário social e jurisdicional a efetividade da responsabilidade civil não se viabiliza plenamente sem a concreta atuação da função punitiva.

Assim, uma mudança de postura é necessária no sentido de se delimitar o tema, buscando-se o avanço do instrumento da função punitiva, desde que ultrapassados todos os pudores para sua aceitação.

Todavia, para que tal sistematização seja possível, por certo não é suficiente um raciocínio simplista ou meras tentativas de equiparação de figuras alienígenas

(como as dos *punitive damages*) à função punitiva. Ao contrário, o tema se demonstra demasiadamente complexo e tormentoso, sendo imprescindível para sua devida compreensão uma análise cuidadosa e aprofundada, idônea a romper com certos dogmas inseridos na cultura jurídica nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. *A Repetição do Indébito em Dobro no Caso de Cobrança Indevida de Dívida Oriunda de Relação de Consumo como Hipótese de Aplicação dos Punitive Damages no Direito Brasileiro*. Artigo acessado no sítio <http://www.brasilcon.org.br>, em 27.02.2006.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*, 5. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como poder jurídico. Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BACH, Louis. *Fondement de la Responsabilité en Droit Français*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº1, janvier-mas, LXXV, Paris: Sirey, 1977, 1. p. 18-52.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Reparação civil por danos morais: tendências atuais*. In: *Revista de Direito Civil*. v. 74, ano 19, p. 13-18, Out./Dez.1995.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. *Revista de Direito do consumidor*, v. 12, São Paulo: RT, out.-dez./94, p. 55 e 59.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1997.

_____. Sanzione. In: Azara, Antonio e Eula, Ernesto. *Novíssimo digesto italiano*. v. 16, Turim: Utet, 1969, p. 530-540.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3 ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J, 1995.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2 ed., v.1, Coimbra: Centelha, 1981.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações*. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CASILO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CORDEIRO, Antonio J. Menezes. *Responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CORTIANO JUNIOR. Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da personalidade. In: *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CUPIS, Adriano De. *El Dano: Teoria General de la responsabilidad civil*. Trad. Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1975.

DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Da responsabilidade civil*. 9 ed., v. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. v. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *O estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, e RUZYK, Carlos Eduardo P. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 1, v. 4. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever alimentar para um novo Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Nova fonteira, 1999.

GALLO, Paolo. *Punitive damages in Italy?*, disponível em <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Torts/Gallo-1997/gallo.doc>, acesso em 09 de dezembro de 2005.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Obrigações*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Novos rumos da satisfação reparatoria*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, p. 163-180, 1999.

KERN, Bernd-Rüdiger. *A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano?* *Revista de Direito do Consumidor*. n.º33 (jan./mar.). São Paulo: RT, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutoramento apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L'Évolution de la Responsabilité Civile D'une Dette de Responsabilité à Une Créance D'indemnisation*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.86, 1987, p. 14.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro*. Artigo extraído do sítio www.cjf.gov.br/revista/numero25/artigo04.pdf. Acessado em 11.03.2006.

LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra Editora, v.XLIII, nº2, 2002, p. 1019-1111.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º ao 74: aspectos materiais*. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. vol. V, tomoll. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, jul.2001, p. 21-47.

_____. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *R.T.J.E.*, v. 93, p. 29-52.

_____, e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitives damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*. Brasília, n.28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 5 ed. Paris: Montchrestien, 1960.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MINOZZI, Afredo. *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*. 3 ed., Milano: Editrice, 1917.

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

_____. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas, In: *Revista trimestral de direito civil*. v. 18 (abril/junho 2004). Rio de Janeiro: Padma, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Cáo Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 15 ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Responsabilidade Civil*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Privato Futuro*. Nápole: E.S.I, 1993.

_____. *Perfis do direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1990.

PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño Moral – prevención, reparación, punición*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.I., 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PÜSCHEL, Flávia Portella. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil*. Artigo publicado no site www.edesp.edu.br/files/artigos. Acessado em 12.10.2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 12 ed., São Paulo: Saraiva: 1987.

_____. O dano moral no direito brasileiro. In: *Temas de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: Il Mulino, 1981.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *Tutela penal da seguridade social: evolução legislativa e novo diploma legal – Lei 9983, de 14 de julho de 2000*. São Paulo: Dialética, 2001.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 2 ed., Campinas: Bookseller, 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: *Diálogos sobre direito civil*. Carmem Lucia Silveira Ramos (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código civil, *in Revista trimestral de direito civil*. v.12 (out./dez. 2002) Rio de Janeiro: Padma, 2000.

SILVA, Wilson Melo da. *O Dano moral e sua reparação*. 3 ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law). *Yale Law Journal*, May 1998. Disponível em www.northernlight.com. Acessado em 15.10.2005.

TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editorial, v.2, p. v-vi, abr./jun. 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 4 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. v. III, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2 ed. Paris: Economica, 1989.

VENTURI, Elton. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. In: *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v.15, p.79-98, julho/setembro. 1995.

_____. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

W. PROSSER, J. Wade & V. SCHWARTZ, Torts. *Cases and Materials*. 7 ed., New York: Foundation Press, 1982.

ÍNDICE

SUMÁRIO.....	vi
RESUMO.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUÇÃO.....	01
Capítulo 1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO OBRIGACIONAL	12
1.1 O tempo e o espaço da construção da responsabilidade civil.....	12
1.1.1 A pura <i>vindicta</i>	14
1.1.2 A composição privada.....	16
1.1.3 A teoria da culpa.....	19
1.1.4 A teoria do risco.....	27
1.1.5 A teoria da garantia.....	31
1.2 Modalidades da responsabilidade civil.....	34
1.2.1 Concepção ampla da responsabilidade civil	34
1.2.2 Concepção restrita da responsabilidade civil.....	35
1.2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	36
1.3 Pressupostos da responsabilidade civil.....	38
1.3.1 Fato antijurídico.....	39
1.3.2 Nexo de imputação.....	41
1.3.3 Dano	43
1.3.3.1 Responsabilidade civil sem dano?.....	47
1.3.4 Nexo de causalidade.....	51
1.3.4.1 Teoria da equivalência de condições.....	52
1.3.4.2 Teoria da causalidade necessária.....	56
1.3.4.3 Teoria da causalidade adequada.....	57
1.3.5 Lesão de bem protegido.....	61
1.4 A responsabilidade civil e as Codificações no Direito brasileiro.....	63

Capítulo 2 O DANO	71
2.1 Danos à pessoa e a coisas.....	71
2.1.1 Virada no eixo da responsabilidade civil: reparação civil por danos à pessoa.....	71
2.1.2 A caracterização dos danos à pessoa.....	75
2.1.3 Danos à pessoa como espécie de dano extrapatrimonial.....	78
2.2 Distinção entre danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais.....	79
2.2.1 O modo de construção da distinção.....	79
2.2.2. Confusão terminológica.....	81
2.2.3 Configuração dos danos patrimonial e extrapatrimonial: a identificação em função dos reflexos na esfera jurídica violada.....	84
2.2.4 Danos extrapatrimoniais objetivos e subjetivos.....	87
2.2.5 Outros critérios diferenciadores.....	89
2.2.5.1 Identificação do dano.....	89
2.2.5.2 Critérios para sua reparação.....	91
2.2.5.3 A liquidação do dano.....	93
2.3 A cumulação dos danos material e moral.....	96
Capítulo 3 A REPARAÇÃO DOS DANOS	99
3.1 O direito à reparação.....	99
3.2 A superação da discussão acerca da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais.....	102
3.3 O Princípio da <i>restitutio in integrum</i>	109
3.4 A função do juiz no arbitramento da indenização do dano extrapatrimonial.....	113
Capítulo 4 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O CARÁTER COMPENSATÓRIO E O CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO	117
4.1 Premissas para a compreensão do tema: o sentido de "fundamento" e "função" dos institutos jurídicos.....	117
4.2 A Função compensatória da responsabilidade civil.....	120
4.2.1 A terminologia a ser empregada: a diferença entre “indenizar” e “compensar”.....	121

4.2.2 A função compensatória e o princípio da equivalência.....	122
4.3 A Função punitiva da responsabilidade civil.....	125
4.3.1 A pena como espécie de sanção.....	128
4.3.2 A separação entre sanção penal e sanção civil: o processo de despenalização e a retomada do caráter punitivo da responsabilidade civil:.....	134
4.3.3 Âmbito de incidência da função punitiva.....	140
4.3.3.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	140
4.3.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	144
4.3.3.3 Responsabilidade patrimonial e extrapatrimonial	146
4.3.4 Os <i>punitive damages</i>	147
4.3.4.1 Os <i>punitive damages</i> na experiência anglo-saxônica	147
4.3.4.2 Os <i>punitive damages</i> na experiência norte-americana.....	149
4.3.4.3 Os <i>punitive damages</i> na experiência alemã.....	155
4.3.4.4 Os <i>punitive damages</i> na experiência francesa.....	157
4.3.4.5 Os <i>punitive damages</i> na experiência italiana.....	159
4.3.4.6 Os <i>punitive damages</i> na experiência portuguesa.....	160

Capítulo 5 A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	163
5.1 Função punitivo-pedagógica no Brasil?.....	163
5.2 A Jurisprudência nacional e a chamada “dupla função” da indenização por danos extrapatrimoniais.....	167
5.3 Análise constitucional.....	172
5.3.1 Críticas de ordem constitucional contra a aplicação punitivo-pedagógica da responsabilidade civil.....	173
5.3.2 A função punitivo-pedagógica como instrumento viabilizador de princípios e garantias constitucionais.....	179
5.4 Análise infraconstitucional: a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa da vítima.....	181
5.4.1 A pena privada constitui justa causa para o enriquecimento da vítima.....	181
5.4.2 A vítima deve ser favorecida para o sucesso instrumental da função punitivo-pedagógica.....	185

5.4.3 O valor fixado para a função punitivo-pedagógica deve ser elevado para o sucesso do instrumento.....	187
5.4.4 A destinação da pena civil a fundos reparatorios públicos.....	188
5.5 Análise de algumas previsões legais da pena civil no Brasil.....	193
5.5.1 A pena civil contra cobranças de dívidas já pagas ou indevidas.....	193
5.5.2 O artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor: a <i>fluid recovery</i>	195
5.5.3 A estimação eqüitativa da indenização com base na gravidade da culpa do ofensor (artigo 944, § único do Código Civil).....	197
5.6 Retrocesso à evolução da Responsabilidade civil.....	201
5.7 A função social da responsabilidade civil.....	202
CONCLUSÃO.....	208
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	215