

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

EZEQUIEL FAJRELDINES DOS SANTOS

**Função punitiva da indenização por danos extra-patrimoniais e sua
compatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.**

Porto Alegre

2010

EZEQUIEL FAJRELDINES DOS SANTOS

**Função punitiva da indenização por danos extra-patrimoniais e sua
compatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.**

*Monografia apresentada ao
Departamento de Direito Privado e
Processo Civil da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul, sob orientação da Profa. Dra.
Véra Maria Jacob de Fradera como pré-
requisito para obtenção do grau de
bacharel no curso de Ciências Jurídicas
e Sociais desta Universidade.*

Porto Alegre

2010

AGRADECIMENTOS

Presto meus agradecimentos primeiramente à Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera, por conta de todo o esforço empregado na orientação e correção deste trabalho, bem como pelo exemplo de luta e dedicação em prol do ensino do direito que ela representa.

Agradeço também à Profa. Dra. Judith Martins-Costa pelas valiosas lições. Certamente, sem ela este trabalho não teria sido possível. Mais do que uma educadora, a profa. Judith representa um paradigma de operadora e educadora do direito que muito me inspira para seguir os estudos da vida acadêmica.

De todo meu coração, agradeço aos meus pais, Julio e Labibe, que providenciaram todo o suporte afetivo e material para que eu pudesse chegar a este ponto. Devo a eles grande parte dos frutos que esse trabalho possa colher. Agradeço à minha irmã, Giselle, cuja amizade, alegria e perseverança iluminaram meu caminho.

A todos os meus amigos que me acompanharam ao longo destes anos meu mais sincero agradecimento. Sem vocês, muito daquilo que fiz na Faculdade de Direito não teria sentido. Em especial, agradeço aos colegas e amigos Bráulio da Silva de Matos, Eduardo Miguel Serafini Fernandes e Guilherme Nabinger Goulart, ao lado dos quais ainda pretendo trilhar um longo caminho, e ao Miguel Lisot Figueiró, cujo sucesso é questão de tempo.

Por derradeiro, presto homenagem e agradecimento ao amigo José Augusto da Rosa Bifano Filho, cujo destino talvez não fosse estar entre nós, mas certamente era nos iluminar com sua figura de dedicação e brilhantismo. Guto, onde quer que estiveres, saibas que nós carregaremos a tua imagem em nossas vidas, nosso trabalho e nossa dedicação.

Obrigado.

RESUMO

Este trabalho intenta analisar a função punitiva da indenização por danos extra-patrimoniais, aceita pelos tribunais como, ao lado do escopo reparatório, elemento da responsabilidade civil. Para tanto, analisa-se os elementos da responsabilidade civil em sua função reparatória e, posteriormente, se nosso sistema normativo aceita que a responsabilidade civil acumule, ao mesmo tempo, as funções punitiva e reparatórias. A doutrina mais sólida sobre o tema é levada em consideração, consultando-se os autores que negam e os que aceitam a finalidade punitiva. O estudo também analisa as normas pertinentes a matéria na legislação, bem como considera a jurisprudência dos tribunais superiores.

Palavras chave: Responsabilidade civil. Função Punitiva. Danos extra-patrimoniais. Reparação integral do dano.

ABSTRACT

This paper is an effort to analyze the punitive damages in the indemnity for non-patrimonial damages, adopted by the courts as, besides the reparative scope, an element of the civil liability. To do so, it's analyzed the elements of the liability in its reparative scope and, later, if our normative system accepts that the liability may accumulate, at the same time, the reparative and punitive functions. The most solid doctrine on the subject is taken into consideration, in consultation with the authors who deny and those who accept the punitive purpose. The study also analyses the relevant rules relating to the law, and considers the cases in higher courts.

Keywords: Liability. Punitive function. Extra-patrimonial damages. Full repair of the damage.

SUMÁRIO

Introdução.....	07
Capítulo 1 – Pressupostos do dever de indenizar no ordenamento jurídico brasileiro.....	09
1. Surgimento do dever de indenizar e ressarcimento dos danos extra-patrimoniais.....	09
1.1. Conceito de Dano.....	09
1.1.1. Danos Patrimoniais.....	11
1.1.2. Danos Extra-patrimoniais.....	11
1.2. Ilícitude do ato.....	14
1.2.1. O agir culposo como suporte fático para o ilícito.....	15
1.2.2. Situação fática contrária ao direito objetivada.....	18
1.3. Nexo de causalidade.....	20
1.4. Dever de indenizar.....	21
1.4.1. Porção do dano a ser indenizado.....	22
1.4.2. Modo como deve ser reparado.....	24
1.4.3. Da quantificação da verba indenizatória em danos extra-patrimoniais	28
1.4.3.1. Extensão dos danos extra-patrimoniais.....	28
1.4.3.2. Eficácia da prestação pecuniária.....	31
Capítulo 2 – Função punitiva em indenização por danos extra-patrimoniais e sua (in) compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro	34
1. Contexto do surgimento da aplicação da função punitiva.....	34
2. Conceito de função punitiva da indenização por danos extra-patrimoniais	36
2.1. Adoção implícita e explícita na doutrina e jurisprudência.....	37
2.2. Princípio da prevenção. Dois posicionamentos doutrinários nacionais : Clóvis do Couto e Silva e Sérgio Severo.....	39
3. Aferição do grau de culpa do causador do dano e mensuração do <i>quantum</i> indenizatório.	42
3.1. Impossibilidade de se derivar do artigo 944 do Código Civil a ponderação da culpabilidade na fixação do quantum indenizatório.....	42
3.2. O artigo 944 como barreira à majoração do <i>quantum</i> indenizatório em razão da culpa do ofensor.....	45
3.3. Vedação constitucional à aplicação de pena sem previsão legal.....	48
4. Crítica à Súmula 385 do STJ e à possibilidade de indenização sem a ocorrência de dano.....	49
5. Da consideração das condições pessoais do ofensor em relação ao <i>quantum</i> indenizatório.....	53
6. Tutelas existentes no ordenamento jurídico permitindo a prevenção a danos.....	54
Conclusão.....	56
Bibliografia.....	58

INTRODUÇÃO

Cresce em importância a tomada de medidas que servem para evitar violações de direitos. O Estado, invocado pelo indivíduo ou agindo de ofício, utiliza os instrumentos que o Direito lhe dispõe em momento anterior à lesão. As medidas passam ser, portanto, de caráter preventivo, deixando de lado a tendência de serem somente reativas.

Imbuído desta linha nova linha se contra o instituto da responsabilidade civil. Cientes da necessidade de orientar os indivíduos de forma a que não cometam ou tornem a cometer ofensas a direitos de outrem, os magistrados passam a atribuir escopo punitivo à responsabilidade civil quando se trata de indenização por danos extra-patrimoniais.

Esta interpretação do instituto da responsabilidade civil não escapa de conseqüências no plano teórico, apesar de se encontrar solidificada na mentalidade do judiciário e ter sido recebida por boa parte da doutrina. Serão estas conseqüências doutrinárias o objeto do presente trabalho.

O trabalho iniciará com uma apreciação breve dos elementos da responsabilidade civil. Esta abordagem releva-se necessária, pois não há consenso sobre várias categorias que compõe a responsabilidade civil e o dever de indenizar. Além disto, a função punitiva, instituto que também não encontra consenso na doutrina, será mais bem visualizada se distinguida dos demais elementos da responsabilidade civil.

Após se delimitar e identificar os elementos que compõe a responsabilidade civil e a função punitiva, passa-se a analisar a compatibilidade da punição com os elementos normativos do ordenamento jurídico brasileiro. Aqui, o maior enfoque será sobre princípio da reparação integral do dano e a punição. Outros elementos serão considerados, tais como o princípio da vedação à aplicação de pena sem lei anterior, a vedação de punição em dobro.

Cumprе ressaltar que o tema tem grande importância, tanto pelo elevado número de casos que suscitam sua aplicação quanto pelos direitos que visam proteger. Os direitos de

natureza extra-patrimonial são, em grande parte, derivados da proteção à dignidade da pessoa humana. Devido à posição que a dignidade da pessoa humana ocupa em nosso ordenamento, sendo considerada princípio fundante de nossa ordem jurídica, os institutos que dizem respeito a ela merecem atenção e apuramento científico redobrados por parte do aplicador do direito.

Capítulo 1 - Pressupostos do dever de indenizar no ordenamento jurídico brasileiro.

1. Surgimento do dever de indenizar e ressarcimento dos danos extra-patrimoniais.

Entende-se por responsabilidade civil o “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”¹. A conseqüência da infração ao dever jurídico originário, da qual resulte dano, deve ser o dever de indenizar².

Cumpra esclarecer que o dever de indenizar, contudo, pode ter outra origem que não a responsabilidade civil³. Apesar disto, a análise deste trabalho será centrada no dever de indenizar decorrente da responsabilidade civil e de seus desdobramentos.

1.1. Conceito de Dano.

Dito isto, passamos a expor de forma sucinta os requisitos do surgimento do dever de indenizar. Em primeiro lugar, deve haver dano a um bem ou interesse juridicamente protegido. A expressão *dano* conceitua-se como “diminuição do patrimônio ou de algum direito não-patrimonial”.⁴ Dentro deste conceito, utilizaremos como equivalente à expressão “dano” a palavra “abalo”. Diminuição não se mostra adequado, uma vez que, em se tratando de bens extra-patrimoniais, entende-se não ser possível alinhá-los em uma escala de apreciação numérica, a ponto de dizer que a moral de uma pessoa é menor ou maior que de outra.

Este dano é um evento do mundo dos fatos, localizado e interpretado, em um primeiro momento, pelas técnicas e ciências que fazem parte da compreensão sobre este

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 2. Há muitas definições, variando-se os termos conforme o autor. Complementarmente, citamos WALD, Arnoldo. **Direito Civil. Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2010, pg. 151: “A responsabilidade civil conceitua-se como sendo a obrigação que incumbe a alguém de ressarcir o dano causado a outrem, em virtude da inexecução de um dever jurídico de natureza legal ou contratual que o agente devia conhecer e observar, na definição de René Savatier”.

² Código Civil/2002, art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 23. “Por outro lado, o dever de indenizar pode ter nascido sem qualquer ilicitude do ato. Se é mais freqüente a indenização dos danos causados pelos fatos ilícitos, pelos atos-fatos ilícitos e pelos atos ilícitos, também há indenizações que resultam de fatos ou atos-fatos ou atos sem qualquer pecha de ilícito”

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXII**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 190.

mundo e, em segundo momento, observado pela técnica jurídica, para que se possa determinar a sua entrada no mundo jurídico e os efeitos decorrentes.

Há certas formas de se expressar que, dependendo da sociedade onde estão inseridas, podem ser consideradas danosas ou não. Uma palavra lançada, dependendo de seu contexto, poderá ser considerada, por exemplo, de cunho injurioso, racista, ofensivo e, portanto, capaz de causar dano extra-patrimonial, ou pode ser considerada inofensiva. Aí está a apreciação *puramente fática* do evento causador do dano.

Definida a apreciação fática do evento, passa-se a apreciá-lo juridicamente, ou seja, analisar se há norma jurídica incidente sobre este evento e as consequências jurídicas. Forma-se o conceito normativo de dano, que também pode variar, uma vez que diversas situações faticamente danosas podem ser consideradas *meros dissabores*⁵, não perfazendo a hipótese do conceito normativo de dano extra-patrimonial para os efeitos da incidência da norma de responsabilidade civil.

Esta breve explicação serve para mostrar que o conceito de dano é variável e depende tanto de se assumir uma posição perante a realidade (apreciação fática) quanto da valoração do aplicador do direito no momento da aplicação da norma⁶. Não é possível

⁵ EMENTA: CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS. COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES REFERENTES A CONTRATO NÃO FIRMADO PELO AUTOR. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. MERO DISSABOR. DANO MORAL INOCORRENTE. A mera cobrança de valores referentes a um contrato que o autor nega ter firmado, sem a inclusão do nome do autor em órgãos de proteção ao crédito, não é suficiente para ensejar reparação por danos morais. Está-se diante de caso de mero dissabor, o qual, via de regra, não gera abalo moral indenizável. Não havendo, no caso, violação aos direitos de personalidade, não há configuração do dano extrapatrimonial. Ressalte-se que, embora tenha havido ameaça de inscrição do nome do requerente no SPC, ainda assim não há que se falar em dano moral, pois o nome do autor já se encontra incluso em órgãos de restrição ao crédito em razão de dívida contraída junto a outra empresa (fl. 61). Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (Recurso Cível Nº 71002780120, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 11/11/2010)

⁶ “Por esta razão, e, aliás, como tudo no Direito, o conceito dano não é ‘dado’, mas sim ‘construído’ e, mais ainda, para usar uma expressão cara aos existencialistas, um ‘conceito situado’. De uma perspectiva claramente normativista – vale dizer, dano seria tão-só o prejuízo sofrido por um bem determinado, calculado segundo a ‘teoria da diferença’ –, se alcança uma noção normativa, ou jurídica, pela qual o dano é lesão ao interesse jurídico. E o que é ‘interesse jurídico’ é sempre aquilo que determinada comunidade considera digno de tutela jurídica, razão pela qual, se modificado o que, na pessoa e em sua personalidade, se considera digno de interesse, haverá imediato reflexo no conceito de dano”. Os danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação”, in MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito privado: reflexos dos princípios, garantias e direitos constitucionais fundamentais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pg 409.

adotar, portanto, a conceituação naturalística de dano, ou seja, tentar compreendê-lo a partir da razão, abstraído-se o contexto cultural que envolve o evento.⁷

1.1.1. Os danos Patrimoniais

Sendo o dano evento que ocorre no mundo dos fatos, tem-se que, para que seja preenchida a norma jurídica da responsabilidade civil, ele deve afetar bens juridicamente protegidos. Tomando-se isto como pressuposto, possível iniciar uma primeira classificação, dividindo-os entre em danos patrimoniais e danos extra-patrimoniais⁸. Esses “atingem os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro.”⁹ Para a sua apuração, “tem-se de considerar o patrimônio do ofendido no momento ‘a’ (momento em que ocorreu a ofensa) *mais* o que seria se o ato (ou fato) não houvesse ocorrido e o que é no momento da indenização”.¹⁰ Assevera-se que o estado atual do bem inclui também o rendimento futuro potencial que lhe foi subtraído, isso compreendido como lucro cessante.

1.1.2. Danos Extra-patrimoniais

Diferentemente dos danos patrimoniais, há amplo dissenso em relação aos danos extra-patrimoniais. Passamos a expor as concepções mais usuais sobre o tema e, com apoio da doutrina, tecer considerações críticas a fim de delinear um conceito a ser empregado neste trabalho.

⁷ Couto e Silva, Clóvis do. **O Conceito de dano no Direito brasileiro e comparado**. Em “*O Direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva*” – Véra Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pgs.217 e ss.

⁸ Entendemos que a expressão é uma elipse. Onde se lê “danos patrimoniais”, endente-se “danos à bens juridicamente protegidos de caráter patrimonial”.

⁹ Cavalieri Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 71. Ressalvamos nosso entendimento em relação a este autor no que toca à oposição entre danos materiais, identificados por ele e por grande parte da doutrina com o conceito de danos patrimoniais. Ocorre que nem todo o dano patrimonial será material. Veja-se, por exemplo, o dano causado a um direito de crédito de alguém, que constitui dano imaterial, uma vez que o direito ao crédito é intangível, imaterializável, e também de caráter patrimonial.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXII**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 208. Entendemos que este conceito é precário e passível de questionamento. Ocorre que **há situações em que** pode haver dano mesmo com potencial acréscimo de patrimônio. Exemplo disto é o artigo 313 do Código Civil: *o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa*. Entretanto, por não perfazer ponto central deste trabalho, bem como por uma crítica a esta concepção estar além dos limites propostos, o conceito será empregado.

Primeira delimitação que tecemos é a adoção do termo “dano extra-patrimonial” ao invés da expressão “dano moral”. Entendemos que dano moral é espécie de dano extra-patrimonial, gênero que abriga outras espécies, tais como o dano estético, à imagem, à saúde.^{11,12}

Uma das autoras mais citadas sobre o tema é Maria Celina Bodin de Moraes. Após divagar sobre as questões filosóficas que cercam o tema, ela define que “o dano moral tem como causa a *injusta* violação a uma situação jurídica subjetiva extra patrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através de cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída por e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como princípio geral de respeito à dignidade humana)”¹³.

Com razão a autora, ao reconhecer a existência de cláusula de geral de reconhecimento aos direitos de personalidade como bens juridicamente protegidos. Ocorre que o ordenamento jurídico vigente reconhece como bem jurídico protegido os direitos de personalidade, elementos irradiados do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, qualidade inerente ao ser.¹⁴ Tomando a Constituição como fundamento do Estado à tutela da Dignidade Humana, revela-se conseqüência necessária que ela reconheça relevância jurídica a estes direitos.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação**. Em *A reconstrução do direito privado*.

¹² Pontes de Miranda critica a adoção da expressão “Dano moral” em várias partes de seu Tratado de Direito Privado. Contudo, em certa passagem, ele parece admiti-la, uma vez que à época se encontrava arraigada: “A expressão ‘dano moral’ foi admitida e assente porque não se queria mais do que se afastar a patrimonialidade. Sociologicamente, é defeituosa, por sua estreiteza; mas o conceito jurídico encheu-se de todos os danos não-patrimoniais (morais, religiosos, artísticos, políticos, jurídicos, científicos e outros mais). Não há absurdo em se conservar a expressão, posto que melhor fosse evitar-se o senso larguíssimo, sociologicamente errado, de moral. Ofensa ao corpo ou à psique não é, necessariamente, causa de dano a que corresponda um dos elementos sociais de adaptação. No entanto, são, no todo ou em parte, não-patrimoniais”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIV**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 74.

¹³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Pg. 132-133.

¹⁴ NORONHA, Fernando, **Direitos das Obrigações**. 1ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg. 442: “Estes são os direitos que, pode dizer-se, constituem a versão civil dos direitos fundamentais da pessoa humana, tutelando esta, na esfera privada: têm por objeto salvaguardar o respeito devido ao corpo (vida, saúde), à imagem, ao nome, pensamento, honra e mais atributos da pessoa”.

Entretanto, entendemos que a respeitada autora peca ao atribuir o adjetivo “injusto” ao conceito de dano moral. Ainda que se entenda “injusto” como antijurídico, ou seja, repudiado pelo ordenamento jurídico, tem-se que a aferição deste requisito é desnecessária à constatação de dano extra-patrimonial, pois o conceito normativo de dano prescinde da análise da licitude do evento fático. Desta forma, há dano quando se inscreve de forma lícita o nome de um indivíduo em órgão de proteção ao crédito, embora não surja a “injustiça” do dano, entendida como antijuridicidade, que será requisito do suporte fático do dever de indenizar, não da ocorrência do dano.

Outra definição utilizada em larga escala é a de Carlos Bittar, citado por Yussef Cahali: “qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)”¹⁵.

A definição do renomado jurista aproxima-se com maior propriedade da delimitação necessária para conceituar dano. Sem adentrar outros terrenos que fogem à matéria, restringe-se a enunciar balizas que permitem a identificação dos bens juridicamente protegidos de caráter extra-patrimonial passíveis de abalo. Essas balizas, dado o processo de concreção das normas jurídicas, não podem ultrapassar a fronteira da abstração inerente aos conceitos prévios aos fatos. Na esteira do esposado, a norma para o caso concreto, o dizer jurídico sobre uma situação posta é apenas possível diante da própria situação, após a consideração das normas jurídicas pertinentes e da carga axiomática do próprio sistema.

À luz das razões expostas, concluímos que o conceito normativo de dano é o abalo a um interesse juridicamente protegido, elevado à categoria de bem juridicamente protegido, sendo a fonte normativa, no caso dos danos extra-patrimoniais, os direitos concernentes à tutela e à preservação da dignidade da pessoa humana.

¹⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg 22.

1.2. Ilicitude do ato

A simples ocorrência de dano não é elemento suficiente para o surgimento do dever de indenizar dentro da responsabilidade civil. Para que se complete o suporte fático, é exigido ainda que a conduta causadora do dano corresponda a um ilícito. Ilicitude significa “contrariedade a um dever jurídico, consistindo na ofensa a direito subjetivo ou na infração de preceito legal que protege interesses alheios, ou ainda no abuso de direito”¹⁶.

Entendemos a ilicitude do ato como característica que se justapõe a ele. Desta forma, perante um fato ou ato, devem-se analisar as normas jurídicas incidentes e realizar um raciocínio de adequação entre o objeto e o anteparo legal. Neste sentido, o ato ilícito entra no mundo jurídico tal como o ato lícito, cumprindo ao ordenamento jurídico determinar as conseqüências jurídicas deste ato.¹⁷ A conseqüência da ilicitude não é, necessariamente, o dever de indenizar: primeiro, porque ao dever de indenizar outros requisitos são exigidos; segundo, porque o ato ilícito pode gerar outras conseqüências, tais como a nulidade ou a caducidade do direito¹⁸. Sendo assim, a ilicitude é, além de resultado da incidência da norma, elemento do suporte fático para a incidência de outras.

Não pretendemos esboçar grandes considerações acerca da validade dos atos jurídicos, uma vez que isto ultrapassa nossa proposta. Limitamo-nos a tecer considerações sobre a ilicitude que servirão como suporte fático da norma de responsabilidade civil.

O cotejo das normas sobre responsabilidade civil permite classificá-la em duas modalidades. Na primeira, há necessidade de o agente causador do dano ter procedido de forma culpável, reprovável pelo ordenamento jurídico. Neste caso, estaremos diante da responsabilidade subjetiva, referida pela doutrina como fundada na culpa. Já na segunda modalidade, não é necessária a apreciação de culpa, pois o próprio resultado (dano) é repudiado pelo ordenamento jurídico. Neste caso, trata-se de responsabilidade objetiva.

¹⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil –Introdução**. 5ª Edição, Revisada, Atualizada e Aumentada de acordo com o Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, pg. 549.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo II**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 202.: “No sentido ‘ato jurídico=ato que entrou no mundo jurídico’, o ato ilícito é ato jurídico, posto que ilícito. O direito tanto se preocupa com os atos ilícitos, que acolhe e regula, quanto com os atos contrários a ele, que ele tem de colocar no seu mundo (que é mundo jurídico), em vez de previamente os repelis e os deixar fora do mundo.”

¹⁸ Exemplo de ato ilícito caducidade do direito é o pai que viola os deveres em relação ao filho, situação que pode levá-lo à perda do poder familiar.

Ainda que de forma breve, passamos a expor algumas características destas modalidades.

1.2.1. O agir culposo como suporte fático para o ilícito

A norma que orienta este ponto está contida no art. 186 do código civil. Nos dizeres do código: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A ilicitude que pretendemos tratar abriga o conceito de ato ilícito *stricto sensu*, do qual Pontes de Miranda tratou cumpridamente.¹⁹

Inicialmente, temos que é necessário um agir humano voluntário²⁰, vale dizer, uma conduta²¹. Assim, excluem-se da incidência desta norma os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos-fatos, permanecendo apenas os atos jurídicos *lato sensu*. Por esta razão, necessário para a prática do ato ilícito tenha o agente capacidade de realizar atos volitivos.

Mais tormentosa é a conceituação de culpa. Sérgio Cavalieri Filho a conceitua como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”²². Clóvis do Couto e Silva, em passagem que serve para complementar a explicação do jurista citado, diz que “A culpa pode ser por ação ou omissão, desde que dessa atividade resulte dano. Tem-se, na hipótese de culpa, ao revés do dolo, a circunstância de não participar da caracterização de seu tipo a

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo II.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Pág. 213. “O ato ilícito *strictu sensu* tem a particularidade de violar, com culpa, a regra jurídica, sem atinência a que essa regra regula negócio jurídico ou ato jurídico *strictu sensu*. Contraria o direito, ferindo (lesando) bens da vida, que o direito protege: independentemente do vínculo entre o ofensor e o ofendido, oriundo de negócio jurídico, ou de ato jurídico *strictu sensu*. É ilícito *strictu sensu*, portanto, todo ato ilícito que ofenda direito subjetivo ou cause outros danos. Não estão em foco regras jurídicas que incidam sobre atos-fatos, ou fatos atos ilícitos.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 9. Acreditamos se enquadrar aqui o desenhado pelo autor como aspecto subjetivo da ilicitude. Nos seus dizeres: “No seu *aspecto subjetivo*, a qualificação de uma conduta ilícita implica fazer um juízo de valor a seu respeito – o que só é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre. Por esse enfoque subjetivista, a ilicitude só atinge sua plenitude quando a conduta contrária ao valor que a norma visa a atingir (ilicitude objetiva) decorre da vontade do agente; ou, em outras palavras, quando o *comportamento objetivamente ilícito* for também culposo”.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 24. “Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas.”

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 34.

vontade ou consciência da antijuridicidade do ato”.²³ Por derradeiro, fazemos referência à Fernando Noronha, ao dizer que “A culpabilidade aponta para o lado interno da ação, ou seja, para o processo psicológico presente no comportamento do agente: existe culpa quando a pessoa poderia e deveria ter agido em conformidade com a prescrição legal”.²⁴

Pelas definições expostas, temos que culpa será um juízo de conformidade com a conduta do agente, tomando-se por base os fatos exteriorizados pelo agente, bem como o grau de consciência esperável, com os padrões exigidos pelo ordenamento jurídico.²⁵

Ressalvamos que, para a caracterização de um ato culposo em termos gerais, não será necessária a ocorrência de dano. Imagine-se o caso de um pai que esquece o filho, por negligência, em um parque de diversões, sendo este encontrado por pessoas que lhe fornecessem amparo imediato. Não há prejuízo, embora o pai tenha faltado com seu dever de cuidado de forma culposa. Neste caso, o suporte fático da norma impositiva do dever de indenizar não estará completo, uma vez que inexistente o dano a reparar. Não obstante, este ato ilícito culposo poderá ingressar sob a eficácia de outras normas, tais como as que definem a perda do poder familiar em função de atos de negligência culposa. Apenas para fins específicos do estudo do dever de indenizar é que se pode relacionar ao conceito de ato culposo a ocorrência de dano; isto não se torna verdadeiro para apreciação de incidência de outras normas.

Há formas de se agir culposamente. O código civil fala da negligência e imprudência. Elas são definidas, respectivamente, como: desatenção, falta de cuidado, que faz não prever um fato danoso que poderia acontecer e excesso de confiança ou imprevidência, que leva a não adotar as cautelas necessárias, a não tomar as precauções que seriam exigíveis para

²³ COUTO E SILVA, Clóvis do. **Dever de indenizar**. Em “O Direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva” – Véra Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pgs.193 e ss.

²⁴ NORONHA, Fernando, **Direitos das Obrigações**. 1ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg. 369

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo II**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Pág. 246-247. “A culpa é inconfundível com a contrariedade a direito. Opera, no suporte fático, como um *plus*. Culpa tem quem atua, positivamente, ou negativamente, como causa evitável de algum dano, ou infração. Há, no conceito, implicitamente, a reprovação, posto que haja culpa de atos não reprováveis e, até, atos dignos de louvor. (...). No direito, porém, o conceito de culpa é limitado à causação, no plano psíquico, de atos, positivos e negativos, reprováveis. Esse é, aliás, o étimo, em sua alusão a fato e a sofrimento: *culpa*, colpa (latim, grego), de *cadere*, bater, mas, com esse, de *causa cadere*, cair. (...) Aí, bem se vê que os elementos culpa e contrariedade a direito, que algumas vezes são necessários, nos suportes fáticos (art. 159 [CC/16]) nem sempre aparecem juntos.

evitar o fato danoso²⁶. Comum a estas noções a existência de um padrão de conduta exigível, fornecido pelo direito que é descumprido pelo agente.

Temos que a apreciação de culpa é um juízo de compatibilidade entre a conduta do agente e o parâmetro normativo, que determina um padrão de conduta. Rompendo com este padrão normativo exigível e, para o caso do dever de indenizar, causando dano, o agente cometerá ato ilícito culposo, ato ilícito *stricto sensu*.

Deve-se consignar que culpa, enquanto elemento do suporte fático do dever de indenizar, serve apenas para a sua configuração. Com isto, queremos dizer que não importará o grau de culpa do agente, em um primeiro momento, para que seja estabelecida a amplitude do dever de indenizar²⁷. É o que se apreende da leitura do art. 403 do Código Civil: “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 “.

Desta forma, uma vez considerado que o agente infringiu os padrões exigíveis de forma suficiente a configurar culpa, o suporte fático para a configuração do ato ilícito estará realizada.²⁸ A apreciação da desproporção da culpa e o dano causado poderá ser realizada para a sua diminuição. Porém, isto se dará em virtude do parágrafo único do art. 944 do código civil²⁹, que é outra norma jurídica com seu suporte fático próprio e que, a nosso ver, atua sobre a eficácia do dever de indenizar. Retornaremos ao assunto oportunamente, posto que seja central ao tema do trabalho apresentado. Por enquanto, conclui-se que a

²⁶ NORONHA, Fernando, **Direitos das Obrigações**. 1ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg. 369

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXII**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 202: “O que importa para a determinação do dever de indenizar não é o peso das culpas do ofensor e do ofendido, mas a relação causal. O dolo do ofendido, que não concausou o dano, nem aumento, não é de considerar-se. A simples culpa não teve aquela função, nem essa; apenas suscita a incidência da regra jurídica de concorrência de culpa, que melhor se exprimiria como regra jurídica de concorrência de causação pelo ofendido.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 30. “No cível a indenização é proporcional ao dano sofrido pela vítima, já que o objetivo da indenização – tornar indene – é reparar o dano o mais completamente possível. É o que se depreende do art. 403 do atual Código, fiel reprodução do art. 1.060 do Código revogado.

²⁹ Código Civil, Art. 944. 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, equitativamente, a indenização.

intensidade da culpa, via de regra, não influenciará na determinação do *quantum* indenizatório.

1.2.2. Situação fática contrária ao direito objetivada

Em face da evolução do meio social e pluralização das situações de conflito, o direito passou a abarcar situações em que o dano deverá ser indenizado independentemente da apuração de culpa. Desta forma, vige hoje, com ampla abrangência, a responsabilidade civil na modalidade objetiva. Diversas normas abrigam o instituto, sendo as mais relevantes, o artigo 927, parágrafo único do Código Civil³⁰ e artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor³¹.

Entendemos que a responsabilidade civil na modalidade objetiva abarca os atos ilícitos *lato sensu*. Assim, a caracterização do ilícito, para efeitos desta modalidade, dependerá apenas de a situação fática apresentar-se contrária à norma jurídica, sem ser necessário descer até o cerne da conduta do indivíduo que realiza o ato causador de dano, sem se apurar a culpa do agente.

Marcos Bernardes de Mello conceitua o ato ilícito *lato sensu* como “toda ação ou omissão voluntária, culposa ou não, conforme a espécie, praticada por pessoa imputável que, implicando infração de dever absoluto ou relativo, viole direito ou cause prejuízo a outrem”^{32,33}.

Partindo deste conceito, teremos que, para efeitos de responsabilidade civil, a simples existência do dano acarretará ilícito, não havendo necessidade de se investigar a culpa do agente causador do dano. A situação fática decorrente do ato é objetivada, entendendo-se que isto significa despir de avaliação subjetiva este mesmo ato. Pode, desta forma, o agente agir de forma sobre a

³⁰ Código Civil, art. 927, parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³¹ Código de Defesa do Consumidor, art. 12: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes do projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

³² BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência**. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. Páginas 238-239. Prossegue o jurista: Desse conceito, se concluiu que o dado diferencial entre o ato ilícito em sentido amplo e as demais espécies ilícitas consiste na *relevância da vontade determinante da conduta*, que é *inexistente* no fato *strictu sensu* ilícito e *irrelevante* no ato-fato ilícito. Os demais elementos que o integram (contrariedade a direito e imputabilidade) são comuns a todos, e deles já tratamos quando do estudo da ilicitude *in genere*.

³³ Sobre esta definição, entendemos que o termo “imputável” serve melhor como para definir a eficácia do dever de indenizar, determinando sobre quem recairá este dever. Sendo assim, preferimos evitar o uso da expressão quando fala-se da gênese do ato, pois entendemos que o termo pode causar confusão entre capacidade para a prática de atos jurídicos ilícitos, ínsito à gênese do ato, e nexos de causalidade. Retornaremos ao ponto em momento oportuno.

qual não haja juízo de reprovação, e, mesmo assim, caso preenchidos os demais requisitos da norma jurídica e não havendo causas que pré-excluem a ilicitude, ser obrigado à indenizar^{34,35}.

Consoante o artigo 927 do código civil, a dispensa de aferição de culpa ocorrerá em duas hipóteses normativas: quando houver lei específica (e aqui enquadradas as normas de direito do consumidor, por exemplo) ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem³⁶. Em torno desta segunda hipótese, forma-se o conceito de risco que, na definição de Sergio Cavalieri Filho, “é perigo, probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente”³⁷.

Tendo esta definição em tela, deve-se prestar esclarecimentos. Ainda que a Lei utilize cláusula geral para avaliar a configuração de uma atividade de risco, esta avaliação não se confunde com aquela realizada para a apuração de culpa. Em se tratando de risco, avalia-se a atividade desenvolvida e suas implicações com as esferas jurídicas alheias. O foco é a atividade, não o agente e sua conduta³⁸. Já na apuração de culpa, põe-se em evidência a conduta do indivíduo, avalia-se se ela é ou não compatível com os padrões jurídicos.

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo II.** 2º Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 197: “Ora, o dano, no caso de animais, coisas, ou indústrias perigosas, não é delitual, no sentido culposo, mas é contrário a direito. A explicação de que se tornaram não-contrários a direito, porque se lhes excluiu a contrariedade a direito, assimila-os às espécies de pré-exclusão de contrariedade, quando, em verdade, só se pré-dispensou a culpa. Foi o elemento culpa, elemento do suporte fático, que se fez ablação, e não ao elemento contrariedade ao direito. À contrariedade a direito não é essencial juntar-se culpa; há o contrário a direito sem culpa, como se o devedor não paga porque não contou com a interrupção do pagamento por seus devedores, ou se ocorre algum caso de responsabilidade pelo caso fortuito ou força maior”.

³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo II.** 2º Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 197: “Os atos ilícitos *latu sensu* são atos humanos que entram no mundo jurídico para serem superadas as suas conseqüências danosas: ou pela indenização do dano extranegocial (reparação), ou pelas caducidades, ou pela prestação (o que também repara) do equivalente, ou outra execução. O que se exige, a todos, além do *ato* (e às vezes da *culpa*), é a *contrariedade à lei*. Ora, a ninguém é permitido ignorar a lei; porque, se se ignora a lei, nem por isso se deixa de infringi-la: o ato é ilícito, *objetivamente*; o elemento culpa, se aparece, não diz respeito à lei, mas ao ato em si.”

³⁶ Enunciado número 38, aprovado na I Jornada de Processo Civil: “A Responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”. Fonte: **Jornada de Processo Civil**. Organização pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Pg. 833.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 128.

³⁸ NORONHA, Fernando. **Direitos das Obrigações.** 1ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg. 433. “Como se vê, com o princípio do risco a ênfase é posta na causação, ou em casos especiais na mera atividade desenvolvida. Como justificativa desta responsabilidade sem culpa afirma-se que quem causa um dano, ou quem exerce determinadas atividades, deve reparar os danos sofridos pelas outras pessoas, porque se o

Pelo exposto, temos que, quando a atividade envolver risco ou quando a lei expressamente determinar, o dano resultante desta atividade será considerado ilícito, cumprindo-se este requisito para o preenchimento do suporte fático da norma que determina o dever de indenizar, prescindindo-se do exame de adequação da conduta do agente, da culpa.

1.3. Nexo de Causalidade

Nexo de causalidade “é o elo que liga o dano ao fato gerador, é o elemento que indica quais são os danos que podem ser considerados como conseqüência do fato verificado”³⁹. Como se vê, a constatação de haver nexos de causalidade se dará com base nos eventos ocorridos no plano dos fatos⁴⁰. O nexo de causalidade, portanto, não será válido ou inválido, mas sim inexistente ou existente⁴¹.

Essa apreensão do mundo dos fatos, contudo, será realizada com critérios da norma jurídica. Assim, situações fáticas que tenham contribuído com o acontecimento de um dano, se observadas somente no mundo dos fatos, poderão ter sido decisivas ou suficientes para preencher o suporte fático de uma norma ou não. Parece-nos adequado, portanto, se falar em *conceito normativo de nexo causal*, da mesma forma como que se desenvolveu o raciocínio acerca do dano.

O pensamento com maior receptividade para o embasamento da avaliação normativa do nexo de causalidade é a teoria da causalidade adequada. Clóvis do Couto e Silva em síntese diz que “o necessário, para colhê-lo nas malhas do nexo de causalidade, é

ordenamento reconhece ou atribui a cada um de nós direitos incidentes sobre a nossa própria pessoa ou sobre determinados bens externos, não devem ser toleradas violações deles, mesmo quando a pessoa responsabilizada tenha procedido com todos os cuidados exigíveis. Se alguém tem de suportar o prejuízo, não deve ser a pessoa que era titular do direito.”

³⁹ NORONHA, Fernando. **Direitos das Obrigações**. 1ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg. 475.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 52: “Fazer juízo sobre o nexo causal é estabelecer, a partir de fatos concretos, a relação de causa e efeito entre eles existente (ou não existente – o que deve ser realizado por raciocínio lógico à luz do sistema normativo. Lógico porque consiste num elo referencial entre os elementos de fato; normativo porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de Direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente.”

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 46. Em suma, o nexo causal é elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.

que seu ato possa, em geral, ocasionar o evento. Em segundo momento, verificar-se-á se foi causa ou concausa, *in concreto*, ou se não contribuiu para o acontecimento”.^{42,43,44}

1.4. Dever de indenizar

Nosso ordenamento jurídico carrega consigo o princípio da proibição de *neminem laedere*, entendido com a proibição de ofender, de lesar. Para além de estar inserido em nosso sistema normativo⁴⁵, o *neminem laedere* é um princípio fundamental da própria ordem social. Embora se constate sua presença, adquirindo status de verdadeira constante axiológica⁴⁶, o seu conteúdo é mutável, uma vez que seus componentes também são objeto da ciência jurídica e estão sujeitos às variáveis culturais que os cercam⁴⁷. Cumpre-nos agora uma breve reflexão sobre os pressupostos expostos, a fim de tentar delinear o conteúdo do princípio do *neminem laedere* e o papel do dever de indenizar.

Havendo ato ilícito, os danos provocados devem ser indenizados. Esta frase, embora não sirva de conceito, resume os itens até então lançados. A acepção normativa dano, entendida como ofensa a interesse jurídico protegido, terá seu conteúdo variável, conforme

⁴² COUTO E SILVA, Clóvis do. **Dever de indenizar**. Em “O Direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva” – Véra Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pgs.196 e ss.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 48: “Não basta que o fato tenha sido, *em concreto*, uma condição *sine qua non* do prejuízo. É preciso, ainda, que o fato constitua, *em abstrato*, uma *causa adequada* do dano.

⁴⁴ Da mesma forma, NORONHA, Fernando. **Direitos das Obrigações**. 1ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg. 612: “Em primeiro lugar, é preciso que o dano não tivesse acontecido se não fosse o fato atribuído ao responsável indigitado. Por outras palavras, o fato terá de ser *condictio sine qua non* do dano. (...) em segundo lugar, é preciso que aquele fato atribuído ao responsável possa ser considerado, em geral, causa adequada do dano verificado. O fato será causa do dano quando este fosse consequência normalmente previsível daquele, de acordo com *id quod plerumque accidit*, isto é, conforme as regras de experiência comum.

⁴⁵ Possível imprimir o princípio de vários textos normativos. De forma mais evidente, ele se encontra no artigo 402 do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor”. abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar

⁴⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. Pgs 213-214.

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 14: “A proibição de ofender, *neminem laedere*, é um dos princípios fundamentais da ordem social. Mas é princípio formal, pressupõe a determinação concreta do que é ‘meu’ e do que é ‘teu’, de modo que pode um ato ser ofensivo num tempo ou lugar, e não no ser noutro tempo ou lugar. O que se induz da observação dos fatos é que em todas as sociedades o que se tem por ofensa não deve ficar sem satisfação, sem ressarcimento. Em vez do *absolutismo*, tão propício aos processos racionalistas de estudo do direito, temos de assentar, mais uma vez, a *relatividade* social e jurídica. O *neminem laedere* é, pois, um destes princípios que sintetizam a realidade formal do direito; como ao *ius cuique tribuere* e aos outros, falta-lhe o conteúdo positivo.

os bens que o ordenamento jurídico eleja proteger. Há danos que são lícitos, uma vez que decorrentes de exercício regular de direito, e não ensejam direito a reparação⁴⁸.

1.4.1. Porção do dano a ser indenizado

A primeira questão que se levanta é *quanto* do dano se deve reparar. A resposta é simples: todo o dano causado deve ser reparado.⁴⁹ É isto que se entende da leitura do artigo 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”, levando-se a concluir que vige, em nosso sistema, o princípio da reparação integral do dano. De forma simplista, pode-se dizer que, havendo dano que esteja abrigado por norma de responsabilidade civil, a reparação há de ser integral.⁵⁰

Análise mais complexa deste princípio é realizada por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Em sua tese doutoral⁵¹, Sanseverino identifica no princípio da reparação integral três funções: a) reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação do enriquecimento injustificado do lesado (função indenitária) e c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos (função concretizadora). A função compensatória estabelece que a indenização em sentido amplo deve manter uma relação de equivalência com os danos sofridos pelo prejudicado⁵². A função indenitária estabelece que a extensão dos danos constitui o limite máximo da indenização: “os prejuízos efetivamente

⁴⁸ Exemplo mais comum é a inscrição em órgãos de proteção ao crédito. Toda a inscrição a quem não possui registro causará abalo à imagem da pessoa no mercado. Contudo, este dano será lícito caso haja direito do credor de submeter o devedor a este constrangimento. Se não houver este direito, haverá o dever de reparação.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 251. “Tem-se de recriar estado de coisas que no momento (já) não existe, mas, primariamente, pela restituição, ou pela prestação em natura, que opere a substituição do inexistente pelo que existe. (...) O princípio apanha os **danos** emergentes e os lucros cessantes. A satisfação há de ser completa, integral, se possível; não basta, em princípio, a reparação econômica.

⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, pág. 43: “O que 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.”

⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral do dano no código civil brasileiro de 2002 e sua concretização no dano-morte**. Tese de Doutorado apresentada ao PPGDIR-UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, 2007. Pg. 51

⁵² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral do dano no código civil brasileiro de 2002 e sua concretização no dano-morte**. Tese de Doutorado apresentada ao PPGDIR-UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, 2007. Pg. 52

sofridos pelo lesado constituem não apenas piso, mas também teto indenizatório”⁵³. Por derradeiro, a função concretizadora torna necessário que a indenização corresponda, na medida do possível, aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima, o que deve ser objeto de avaliação concreta pelo juiz.^{54,55}

Há situação que excepciona o princípio da reparação integral em nosso ordenamento, consubstanciada no parágrafo único do artigo 944: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. Esta regra limita a eficácia do dever de reparar sobre aquele que tenha atuado com grau de culpa manifestamente inferior ao dano causado. O dever de reparar existe e é válido, mas é menos intenso em relação a este indivíduo beneficiado pela norma. Não há, portanto, diminuição do conteúdo do princípio da reparação integral, mas limitação aos seus efeitos.

Se o dever de reparar for eficaz em relação a terceiro, tal como pode ser sobre fiador ou a seguradora, não há de se cogitar a aplicação da norma para eles. Eles não participam da formação do suporte fático do dever de indenizar, apenas respondem por este nas situações em que ele se configurar. Poderá, então, ser do causador do dano exigível reparação menor do quem em relação aos seus fiadores ou seguradores. Além disto, este dispositivo deverá ser interpretado restritivamente, uma vez que é exceção à regra geral de reparação integral⁵⁶.

⁵³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral do dano no código civil brasileiro de 2002 e sua concretização no dano-morte**. Tese de Doutorado apresentada ao PPGDIR-UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, 2007. Pg. 53

⁵⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral do dano no código civil brasileiro de 2002 e sua concretização no dano-morte**. Tese de Doutorado apresentada ao PPGDIR-UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, 2007. Pg. 71

⁵⁵ Adotamos a posição do autor de que existe o princípio da reparação integral no direito brasileiro. Contudo, lançamos como hipótese a ser explorada que o instituto seja, na verdade, uma regra com suporte fático aberto, uma vez que não há ponderação da intensidade da consequência normativa (a reparação será sempre integral em razão do dano: nem para mais, nem para menos). A hipótese, contudo, deve ser estudada em monografia própria, que fogue aos limites do presente trabalho.

⁵⁶ Enunciado número 46, com redação final aprovada na IV Jornada de Processo Civil: “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.” Fonte: **Jornada de Processo Civil**. Organização pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Pg. 834.

1.4.2. Modo como deve ser reparado

A segunda pergunta que se faz é *como* devem ser reparados os danos. Inicialmente, observa-se que o modo de reparar é técnica, mas não o direito em si. Uma vez já revelada a existência do dever de indenizar, passa-se a discutir como este dever será operacionalizado, mas a técnica não afetará a concepção e existência do direito à reparação.

A doutrina, de modo geral, aponta como situação primordial a reparação *in natura* ou natural dos danos causados. Pontes de Miranda defende expressamente a vigência de um princípio de precedência da reposição natural sobre as demais, vendo-o presente no artigo 1.534 do código civil revogado⁵⁷, reproduzido no artigo 947 do novo código civil⁵⁸.

A reparação natural define-se como a prestação do mesmo bem que foi lesado⁵⁹. A sua visualização é simples nos casos de danos patrimoniais, quando da constatação da fungibilidade destes. Desta forma, caso o ofensor destrua um objeto fungível, caberá a ele fornecer outro objeto idêntico para que o dano seja desfeito, considerando-se que a lesão não ocasionou outros danos, tais como lucros cessantes.

É com maior dificuldade que se visualiza a hipótese nos casos de danos extra-patrimoniais, dadas as características destes bens jurídicos. Contudo, as dificuldades são no plano prático, uma vez que dificilmente uma prestação tornará indene o lesado, mas não há restrições no plano teórico. Assim, a reparação natural também poderá ser suscitada nos casos de danos extra-patrimoniais, bem como a sua preferência à indenização pecuniária^{60,61}

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 251: “No direito brasileiro, não se deu a primariedade à reparação em dinheiro (*princípio da primazia da reparação pecuniária*). O que se há de entender é que a regra jurídica do artigo 1.534 é princípio geral.”

⁵⁸ Código Civil, Artigo 947: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

⁵⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral do dano no código civil brasileiro de 2002 e sua concretização no dano-morte.** Tese de Doutorado. Porto Alegre, 2007. Pg. 27: “O primeiro grande modelo de ressarcimento da vítima é o da reparação natural (ou *in natura*), significando que se deve restituir ao lesado exatamente o mesmo bem extraído do seu patrimônio para que seja colocado no estado em que se encontraria caso não tivesse ocorrido o ato ilícito”.

⁶⁰ MARTINS DA SILVA, Américo Luís. **O dano moral e sua reparação civil.** 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 384: “Assim, a nosso ver, a reparação do dano moral deve ser, quando cabível, satisfeita *in natura*. No caso desse tipo de reparação não ser possível, caberá a reparação através da *compensação pecuniária*, que poderá ser liquidada por *convenção* ou *ajuste* ou por *arbitramento judicial*.”

Outra técnica de reparação é a compensação pecuniária. Ela tomará lugar quando a reparação natural não for viável a tornar indene o lesado, podendo definir a totalidade do dever de indenizar ou dividir espaço com a reparação natural⁶². O fato de prestar-se dinheiro no lugar de outro bem lesado não desvirtua a finalidade da reparação, que é eliminar os efeitos do fato danoso⁶³. Em se tratando de bens patrimoniais, há pouca controvérsia, uma vez que o dano é mensurável em dinheiro: bastará que se preste dinheiro no mesmo valor do dano.

Mais problemática é a posição da compensação pecuniária em relação aos danos extra-patrimoniais, pois a reparação natural é extremamente difícil e as hipóteses são restritas, apresentando-se a compensação patrimonial como técnica utilizada para quase totalidade dos casos de indenização. O grande problema que se levanta, e que inclusive colocou a risco a própria indenizabilidade dos danos extra-patrimoniais, é se estes danos são passíveis de reparação em pecúnia, bem como qual o montante pecuniário adequado.

A solução negativista foi sustentada por juristas de peso, dentre eles Savigny⁶⁴. Os argumentos lançados caíram em face dos lançados pela corrente positivista, a ponto de hoje haver consenso da indenizabilidade dos danos extra-patrimoniais.⁶⁵ Além disto, a

⁶¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXII.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 217: A reparação moral pode ser específica. (...) Se foi pedida a indenização em ação de condenação, a sentença pode ser alternativa (*e. g.*, retificar ou prestar x), ou cumulativa (*e. g.*, retificar e prestar y), ou, ainda, cumulativa e alternativa (*e. g.*, retificar ou prestar x e prestar y).”.

⁶²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXII.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 224: “Para a reposição ou restabelecimento do estado anterior, com os mesmos elementos ou elementos equivalentes, o princípio primeiro é o da reposição natural. É a restituição da integridade ao patrimônio, mais dificilmente à pessoa. Tal reposição pode não ser perfeita. Por isso mesmo, pode haver pretensão à reparação natural imperfeita mais perdas e danos (reparação pecuniária do restante ou da imperfeição).”

⁶³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 29: A finalidade da indenização em dinheiro é dar ao patrimônio do ofendido, tal como é no momento, o que possa torná-lo igual ao que seria, se o fato ilícito, absoluto ou relativo, não tivesse ocorrido. Daí conseqüência que merece toda atenção: indeniza-se o valor comum ou de troca no momento, *mais* o que *para o prejudicado*, teria se não tivesse ocorrido o fato ilícito, absoluto ou relativo.

⁶⁴CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg 24.

⁶⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 32: Os autores que exprobam à indenização do dano moral o ser indenização, pelo dinheiro, do que é dano pela dor, física ou psíquica, não atendem a que não é a dor, em si, que se indeniza, é o que a dor retira à normalidade da vida, para pior, e pode ser substituído por algo que o dinheiro possa pagar.

Constituição de 1988, nos incisos V e X do artigo 5º⁶⁶, admite expressamente a possibilidade, bem como o faz o artigo 6º, inciso VI e VII do Código de Defesa do Consumidor⁶⁷.

A indenização em dinheiro não terá por fim imediato substituir a dor causada, o abalo a bem extra-patrimonial. Isto é decorrência lógica da extra-patrimonialidade: não é possível substituí-la por algo que não seja da mesma natureza. Contudo, o dinheiro oferecido poderá ser utilizado pelo lesado de modo que, ao usufruí-lo, obtenha outros prazeres que compensarão a dor sofrida⁶⁸. A indenização, o tornar indene, será obtido mediatamente, uma vez que o dinheiro revela-se instrumento para a obtenção da restituição do estado anterior mais próximo ao que existia antes da lesão, mas não perfaz, por si só, a restauração⁶⁹. Afirma-se, neste caso, que a indenização, ou seja, o tornar-se indene, é obtida pela técnica da *compensação*, e não pela *reparação*, como ocorre no caso de danos materiais⁷⁰.

⁶⁶ Constituição Federal, Art. 5º 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;

⁶⁷ Código do Consumidor, Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

⁶⁸ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1972, pg. 235: “Na realidade, não se pode admitir que o dinheiro faça cessar a dor, como faz cessar o prejuízo patrimonial. Mas, em muitos casos, o conforto que possa proporcionar, mitigará, em parte, a dor moral, pela compensação que oferece. Assim, o pai, que perde um filho, e recebe indenização por dano moral, pode melhorar a sua situação, em proveito de outros filhos, tornando-se apto a ampará-los mais eficazmente no que concerte à sua saúde e educação. Essa satisfação, aliás, muito nobre, será uma compensação, ainda que imperfeita, pela dor sofrida”.

⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 33: O que se colima é a substituição de ritmo de vida, de prazer, de bem-estar psíquico, que desapareceu, por outro, que a indenização *permite*.

⁷⁰ Apesar de não concordarmos com o ponto em que fala serem inapagáveis os efeitos do dano extra patrimonial, citamos CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg 44: “Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências; a reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia em dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.”

Admitindo-se que a indenização em dinheiro é instrumento mediato, surge outro questionamento: *qual o valor da indenização*. Esta pergunta é facilmente respondida nos danos patrimoniais, uma vez que a indenização por si já garante a satisfação do credor e é da mesma natureza dos danos, mensurável na mesma escala. Para os danos extra-patrimoniais, onde a identificação imediata entre satisfação, indenização e prejuízo não se encontram, o valor deverá ser aquele capaz de proporcionar a obtenção de prazeres suscetíveis de compensar a dor sofrida⁷¹.

Esta colocação não soluciona o problema, mas apenas o desloca para o ponto de saber qual a quantia necessária para a obtenção de benefícios que possam compensar o abalo sofrido. Neste ponto, há duas variáveis a serem consideradas: a extensão do dano e as qualidades do sujeito ofendido.

A extensão do dano é, em atenção ao princípio da reparação integral, o referencial que orientará fixação da quantia indenizatória. Neste ponto, não há de se falar em grandes distinções em relação aos danos patrimoniais: quanto maior o dano, maior será a indenização. Também não se pode dizer que a extra-patrimonialidade torna a lesão impossível de ser avaliada. Haverá, sim, maior dificuldade, uma vez que os instrumentos processuais, que servem à concreção e direção da atuação do judiciário, voltam-se à avaliação do dano patrimonial, mas esta dificuldade não impede uma avaliação do dano extra-patrimonial⁷².

Admitindo-se que a indenização em dinheiro constitui solução mediata, ter-se-á, por decorrência lógica, que, quanto maior o dano, mais dinheiro será necessário para que o lesado possa obter prazeres que compensem a dor sofrida. As questões que mais geram celeuma estão localizadas no plano da constatação, da prova do dano extra-patrimonial, mas que não influem no conteúdo do dever de indenizar.

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 34: Quem sofre dor ou mágoa foi ofendido em sua integridade física ou psíquica, e talvez precise que se lhe proporcione algo que lhe preencha o *branco* que a dor ou a mágoa deixou na felicidade”.

⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 33: “A dificuldade do dano moral, e, em geral, do dano não patrimonial não pode ser alegada como argumento contra a indenizabilidade.”

Por outro lado, a doutrina e jurisprudência passam a colocar o problema da condição financeira do lesado. Ocorre que um indivíduo rico teria de receber uma grande quantia em dinheiro para conseguir obter prazeres que compensem o dano sofrido, enquanto que um indivíduo de poucos recursos precisaria de bem menos para obter o mesmo efeito. Trata-se, portanto, de se considerar a eficácia do dinheiro como instrumento para a obtenção do resultado desejado, a compensação do prejuízo extra-patrimonial sofrido.

É justamente neste ponto, na ponderação da eficácia do dinheiro prestado para recuperar o dano sofrido, que surgem os conflitos na aplicação da indenização por danos extra-patrimoniais. Mesmo que o juízo, ainda que de forma aproximada, consiga visualizar a amplitude do dano extra-patrimonial, ele passa a se questionar quanto de dinheiro será necessário para que o réu consiga suprir esta dor. Estes dois momentos de incerteza na concretização da norma indenizatória, o da verificação da dimensão do dano e o da eficácia da prestação pecuniária, criam uma zona de confusão. Esta zona de confusão serviu para muitos juristas ignorarem a própria função da indenização, fazendo pensar que esta serviria antes para a punição do réu, do que para a compensação do lesado.

Visando melhor análise, abriremos tópico em separado para a matéria.

1.4.3. Da quantificação da verba indenizatória em danos extra-patrimoniais.

1.4.3.1. Extensão dos danos extra-patrimoniais

Vencida a análise das normas de direito material, temos por certo que a problemática se instaura no campo do direito processual, vale dizer, no âmbito da atuação concreta do judiciário. Carece o judiciário de métodos eficientes para se chegar a uma verdade material para o caso em tela, uma vez que é extremamente difícil a mensuração do dano extra-patrimonial e da eficácia da prestação pecuniária.

Contudo, as soluções podem ser buscadas no próprio direito processual. A primeira delas é sobre a verificação da existência e extensão do dano moral e diz respeito à aplicação,

pelo juízo, no momento de seu convencimento, das máximas de experiência⁷³. Danilo Knijnik, ao expor o pensamento de Friedrich Stein, explica que “o juiz, em todos os casos, depara-se com afirmações a respeito de um fato em relação ao qual se impõe um juízo, uma reflexão”⁷⁴. Prosseguindo na exposição, diz o citado autor que os “juízos fáticos são sempre o resultado de uma conclusão que nunca pode faltar, conclusão que usa de premissas maiores (p. ex., a testemunha proba diz a verdade; essa testemunha disse ‘x’; logo, ‘x’ ocorreu). Essas premissas são as máximas da experiência, na sua maioria testes hipotéticos que expressam o que é esperável diante de certas ocorrências; previsões a que se chega pela indução de inúmeros casos particulares, mas que não se vinculam a nenhum caso em especial.”⁷⁵

A máxima de experiência é, portanto, um juízo comum, formulado pela vivência e experiência do sujeito. Em se tratando de dano extra patrimonial, há certas situações nas quais, devido às máximas de experiência, é possível inferir a lesão, dispensando-se a prova para a sua comprovação. A situação mais exemplificativa é a morte do descendente direto que mantinha convívio com a família. Em outras situações também é possível a presunção do dano, não só em razão do emprego das máximas de experiência, mas também pela constante repetição nos tribunais. Exemplo mais corriqueiro disto são os casos de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito.

A interpretação repetitiva de fatos que invariavelmente levam à mesma conclusão sedimenta-se na jurisprudência, criando uma orientação unívoca. Surge uma espécie de presunção, não derivada da lei, mas da uniformidade das interpretações. Para o dano extra patrimonial, doutrina e jurisprudência formularam o conceito de dano *in re ipsa*. O dano extra patrimonial presume-se da situação fática externa apresentada, sem ser necessário

73 Código de Processo Civil, Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial;

⁷⁴ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. Pg. 69.

⁷⁵ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. Pg. 69. Citando diretamente Friedrich Stein, complementa: “são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos casos individuais julgados no processo, procedentes da experiência e independentes dos casos particulares que foram observados, e que almejam ter validade para outros casos novos”.

adentrar no “ambiente interno”, na consciência do indivíduo para se verificar se houve abalo a um bem extra patrimonial.⁷⁶

Sobre este tema, discordamos, *data venia*, da definição lançada por Sergio Cavalieri Filho, a qual transcrevemos: “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 ao 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”⁷⁷.

A nosso ver, a definição lançada pelo jurista representa pensamento errôneo que circula na doutrina e na jurisprudência. Conforme expusemos, a presunção de dano *in re ipsa* é criada pela convicção consolidada dos aplicadores do direito de que o dano extra patrimonial *resulta* de uma determinada situação, bem como da aplicação das máximas da experiência. Não quer dizer que o suporte fático da norma tenha se modificado, passando a considerar a conduta humana em desfavor do resultado lesivo. A indenização sempre dependerá de dano: o que pode ocorrer é que se presuma a existência desse dano, não eliminar a necessidade de sua existência. Tanto assim é que a presunção de dano *in re ipsa* admite prova em contrário, para o mais e para o menos.

⁷⁶ EMENTA: CONSUMIDOR. CARTÃO DE CRÉDITO. IMPLANTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO CONTRATADO E INCLUSÃO DO NOME DO USUÁRIO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS IN RE IPSA. I - O ônus de provar a existência do negócio jurídico de contratação dos serviços objeto da lide é exclusivo da demandada e, não o fazendo, milita em favor do consumidor, ora autor, a presunção de que a cobrança é indevida por ausência de contratação. II. A implantação de serviço não contratado e a inclusão do nome do usuário nos órgãos de proteção ao crédito configura constrangimento passível de ser indenizado, pois a negatização indevida consiste em dano in re ipsa, isto é, que independe de prova, ou seja, caracteriza-se por si só, sendo seu prejuízo deduzido dos nefastos efeitos que provoca ao titular do nome anotado bem como dos prejuízos de ordem psíquica decorrentes do próprio procedimento. III - A indenização, no caso de dano moral, tem a finalidade de compensar ao lesado atenuando seu sofrimento, e quanto ao causador do prejuízo, tem caráter sancionatório para que não pratique mais ato lesivo a personalidade das pessoas. A par disso, deve o montante atender aos fins que se presta sopesados ainda a condição econômica da vítima e a do ofensor, o grau de culpa, a extensão do dano, a finalidade da sanção reparatória e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO INOMINADO IMPROVIDO (Recurso Cível Nº 71002589729, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 14/10/2010, grifamos)

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 83.

Exemplo claro em que se afasta a presunção do dano é o da Súmula 385 do STJ⁷⁸. Neste caso, como já há inscrição em órgão de proteção ao crédito, nova inscrição não gerará dano. Desta forma, presunção de dano *in re ipsa* é afastada pela própria situação fática apresentada.⁷⁹

1.4.3.2. Eficácia da prestação pecuniária

Ainda que visualizado o dano, os magistrados encontram problemas ao fixar o *quantum* indenizatório. Corrente é, neste momento, a ponderação da condição econômica e social da vítima e do ofensor, bem como a culpabilidade do ofensor. Dentre estes critérios, entendemos que somente a condição socioeconômica da vítima pode guardar laço com o dever de indenizar, uma vez que as condições do ofensor e a sua culpabilidade guardam relação com a função punitiva.

Assim, dependendo das condições pessoais do ofendido, ele precisará de mais ou menos dinheiro para obter prazeres que apaguem o rastro negativo deixado pela ofensa. Ocorre que, assim como a verificação da existência do dano moral, a constatação da verba necessária para indenizá-lo é de difícil percepção, para não dizer impossível. Por outro lado, a verba que excedesse o necessário à reparação implicaria enriquecimento injustificado pela parte indenizada⁸⁰.

Sobre este ponto, entendemos que a melhor solução, à semelhança do realizado na constatação da extensão do dano, é a formulação de concepções gerais sobre a matéria, por

⁷⁸ STJ – Súmula 385: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

⁷⁹ Não obstante, o próprio Superior Tribunal de Justiça apresenta julgados contrários à própria súmula. Veja-se, por exemplo: EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO NO CADASTRO DE DEVEDORES DO SERASA. EXISTÊNCIA DE OUTROS REGISTROS. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. A existência de registros de outros débitos do recorrente em órgãos de restrição de crédito não afasta a presunção de existência do dano moral, que decorre *in re ipsa*, vale dizer, do próprio registro de fato inexistente. Precedente. Hipótese em que o próprio recorrido reconheceu o erro em negatizar o nome do recorrente. Recurso a que se dá provimento. (REsp 718.618/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 285)

⁸⁰ CIVIL. INDENIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUES. CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR INDENIZATÓRIO EXCESSIVO. REDUÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I. Consideradas as peculiaridades do caso, inexistência de inscrição do nome do autor em cadastro de restrição ao crédito, e os princípios de moderação e razoabilidade, o quantum fixado pelo Tribunal a título de danos morais mostra-se excessivo à falta de negativação em cadastro de crédito, devendo ser reduzido, assegurando-se ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento indevido. II. Agravo improvido. (AgRg no Ag 1214808/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 28/06/2010)

meio da sedimentação da jurisprudência. É o que propõe a profa. Judith Martins-Costa, solução a que aderimos: “O ideal, nesta matéria, seria o estabelecimento de ‘grupos de casos típicos’ conforme o interesse extra patrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou 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. Facilitada, assim, estaria a pesquisa do precedente e a elaboração, progressiva e aberta de tópicos, no sentido viehwegiano, obtendo-se, pouco a pouco a ressystematização das *fattispecies* já previstas e permitindo-se a incorporação de novas hipóteses, sem que fosse necessário recorrer à punctual intervenção do legislador”.⁸¹

O Superior Tribunal de Justiça segue a prática recomendada pela mencionada jurista. A Coordenadoria de Editoria e Imprensa deste material publicou matéria em que foram reunidos casos freqüentes de dano extra-patrimonial, apontando um alinhamento do STJ em torno de valores.⁸² Desenha-se uma linha geral de interpretação sobre os fatos, ao mesmo tempo em que não se retira a independência de atuação do juiz para analisar o caso em concreto. À parte, fica assegurado o direito de recurso, para que o caso chegue às instâncias superiores e seja submetido a este entendimento.

Deve-se ressaltar que este alinhamento jurisprudencial não reflete criação de norma que rotula um fato do mundo externo e lhe atribui conseqüências. É dizer-se: não se está “tipificando” as condutas que geram danos extra-patrimoniais. A formação de uma jurisprudência uniformiza o raciocínio realizado pelos juízes ao tentar encontrar a quantia pecuniária necessária à obtenção de prazeres para a compensação do dano extra patrimonial. Não se trata de tipificar comportamentos, o que seria próprio da técnica

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação.** *Em A reconstrução do direito privado.* Pg. 439. Prossegue a jurista em sua análise: “Assim, sendo progressivamente formados os ‘tópicos reparatórios dos danos à pessoa, poderiam os juízes furtar-se aos riscos do imobilismo decorrente da fixação legal do montante indenizatório, podendo melhor atender a tarefa de ponderação de valores que habitualmente ocorre na tutela da personalidade, até pela freqüente possibilidade de colisão de princípios, como ocorre, paradigmaticamente, nos casos em que a tutela à vida privada choca-se com a liberdade de expressão artística ou de informação jornalística.”

⁸² Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça. **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais.** Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679. Publicado em 13/09/2009. Consultado em 28/10/2010.

legislativa (anterior ao evento lesivo), mas sim de uniformizar entendimento sobre a aplicação da norma (posterior ao evento lesivo).

Com as considerações lançadas, acreditamos terem sido apresentadas as principais convicções dogmáticas que servirão de premissas para o raciocínio envolvendo a compatibilidade entre o sistema normativo pátrio e a função punitiva da indenização por dano extra-patrimonial. Cumpre-nos agora tecer as linhas gerais deste instituto, bem como as críticas que lhe forem pertinentes.

Capítulo 2 – A função punitiva dos danos morais e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro

1. Contexto do surgimento da aplicação da função punitiva

A função punitiva da indenização por dano extra-patrimonial é, antes de tudo, construção jurisprudencial, uma vez que os tribunais passaram a aplicá-la sem que houvesse modificação legislativa que explicitasse a sua implementação em nosso ordenamento.

De forma concomitante, duas situações assumiram relevo. A primeira delas, já abordada, é o próprio reconhecimento da indenização por danos extra patrimoniais. Era comum que os magistrados, ainda na década de noventa, atribíssem valor ínfimo à indenização. Tratava-se de uma concepção negativista, exposta de forma velada, no que, apesar de pretensamente conceder a indenização, atribuía montante que acabava por negar a eficácia do direito à indenização. Além de a doutrina ter vencido esta corrente, o Superior Tribunal de Justiça formulou jurisprudência consolidada de que ele é competente para revisar o valor do dano extra patrimonial, quando este for estipulado em valor irrisório ou exagerado.⁸³ Pode-se dizer, portanto, que o STJ atuará somente quando houver negativa do direito à indenização, pela distorção do valor atribuído, sem adentrar nas questões de fato que subsidiam o caso concreto. Tem-se, portanto, que a teoria negativista está plenamente superada, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Ocorre também que ordenamento jurídico passou a evidenciar a importância do conjunto de bens jurídicos protegidos de caráter extra-patrimonial, dentre os quais os direitos de personalidade representam grande maioria. Isto é de fácil constatação nos novos textos legislativos de grande abrangência, tais como o novo texto constitucional⁸⁴, o Código

⁸³ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Esta Corte, em casos de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, tem fixado a indenização por danos morais em valores equivalentes a até cinquenta salários mínimos. 2. O valor arbitrado a título de reparação de danos morais está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que seja irrisório ou exagerado, o que não ocorre no presente caso em que fixado em valor equivalente a quarenta salários mínimos à época da sentença. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp 664.615/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 15/10/2010)

⁸⁴ Constituição, Artigo 5º, 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;

do Consumidor⁸⁵ e o novo Código Civil⁸⁶. Diversos dispositivos, além de prescrever a indenização, impõem uma efetiva prevenção dos direitos extra patrimoniais.

Concomitante a isto, a sociedade evoluiu a ponto de haver várias situações de conflito entre particulares. Cita-se, por exemplo, o desenvolvimento da tecnologia de comunicação, além das comodidades, cria, cada vez mais, novas formas de invadir a privacidade dos sujeitos, bem como a maior interação no mercado, levada pela diversificação dos produtos oferecidos.

Tem-se, portanto, o reconhecimento de uma gama maior de direitos a serem protegidos, bem como um crescimento de situações, suscetíveis de colocar estes direitos sob risco. Entretanto, proteção eficaz proclamada pelo ordenamento jurídico não era realizada, tanto pela carência de instrumentos normativos, quanto por deficiências de formação dos operadores do direito, que, por vezes não compreende as próprias normas que podem servir ao seu favor.^{87,88}

Em face desta realidade e em busca de um instrumento para dar maior efetividade aos bens de conteúdo extra-patrimonial, passa o judiciário a adotar com maior entusiasmo a função punitiva nos danos extra-patrimoniais⁸⁹. Cumpre-nos, agora, examinar as

⁸⁵ Código do Consumidor, Artigo 6º, VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

⁸⁶ Código Civil, Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

⁸⁷ A visão apresentada é fruto das reflexões do autor e prescinde de maior exploração científica. Não obstante, é lançada para que se permita ao leitor visualizar as convicções pessoais do autor, pedindo-se vênua pelo menor caráter científico.

⁸⁸ Outros autores apontam que a dificuldade em se compreender a indenização pecuniária por danos extrapatrimoniais fez ver a função punitiva como justificativa para esta indenização. Assim, BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Pg. 223: “A razão de ser da expansão da tese punitiva, na sua origem, talvez possa ser vislumbrada no fato de que, à época, o pagamento pela dor sofrida era, com frequência, considerado imoral (o chamado ‘dinheiro da dor’), de modo que foi preciso encontrar outra motivação para evitar que as condenações por lesão a direitos extrapatrimoniais continuassem a ter caráter meramente simbólico. Nessa ordem de idéias, a estrutura de pena privada seria um fundamento bastante aceitável diante de certas categorias de danos extrapatrimoniais”.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. **Usos e abusos da função punitiva ("Punitive Damages" e o Direito Brasileiro)**. Revista AJURIS, n. 100, dez. 2005, v. 32. Pgs. 232/233: “Afirma-se ser necessário um instituto que seja apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves cuja dimensão é trans individual, ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo. 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 em escala massiva amparam a continuidade de sua produção (e

características deste instituto que, se não renovado em seus fundamentos, foi renovado em ânimo para a sua aplicação, e analisar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

2. Conceito de função punitiva da indenização por dos danos extra-patrimoniais

Até agora, nosso esforço foi voltado a caracterizar a indenização por danos extra patrimoniais dentro de seu escopo reparatório. Esperamos, com isto, melhor visualizar os traços que envolvem a função punitiva. Isso se justifica pelo fato de função punitiva não encontrar maior sistematização, uma vez que a regra jurídica que a define ainda se encontra em fase de construção. Assim, o raciocínio desenvolvido será duplo: em primeiro momento, a função punitiva será distinguida da indenizatória para, após, verificar se há compatibilidade entre elas.

Esclarecido este ponto, temos que, por construção jurisprudencial^{90,91} e acolhida por parte da doutrina⁹², a função punitiva é agregada à indenização. Desta forma, a indenização

os danos causados) numa espécie de *raciocínio por custo/benefício* entre o lucro auferido pela disposição de produtos no mercado e o custo da indenização a ser paga aos indivíduos que ingressam em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos”.

⁹⁰ RESPONSABILIDADE CIVIL - TROCA DE CADÁVERES. ATRASO NO SEPULTAMENTO - DANO MORAL - QUANTUM - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - IMPOSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada um dos seis demandantes que se apresenta razoável diante das circunstâncias dos autos. 3. Agravo regimental não provido.

⁹¹ RESPONSABILIDADE CIVIL - TROCA DE CADÁVERES. ATRASO NO SEPULTAMENTO - DANO MORAL - QUANTUM - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - IMPOSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada um dos seis demandantes que se apresenta razoável diante das circunstâncias dos autos. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1251348/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 25/05/2010. Grifou-se)

⁹² MARTINS DA SILVA, Américo Luís. **O dano moral e sua reparação civil**. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg.62: “A *função expiatória* atribui à compensação o caráter de *pena*, tem por finalidade acarretar perda ao patrimônio do culpado. Em outras palavras, a compensação do lesionado tem sentido punitivo para o lesionador, que a recebe como uma pena pecuniária que provoca uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo. No entanto, a *função expiatória* da compensação, para muitos, não tem por objetivo apenas punir o culpado, mas faz parte de um complexo pedagógico para o desenvolvimento das relações sociais, tal como no caso da aplicação de uma multa de trânsito.”

por danos extra-patrimoniais que, em um primeiro, nem mesmo função indenizatória se dizia ter, passa a ter função dúplice: reparar e inibir a repetição da conduta lesiva. Podemos, a fim de sistematizar o pensamento, dizer que o provimento jurídico de conceder a indenização, qual seja, a sentença condenatória, terá como finalidade a reparação (função indenizatória) e a punição do ofensor (função punitiva).

A nitidez da duplicidade de funções varia conforme o caso concreto. Em certas ocasiões, sua visualização é difícil, uma vez que a função punitiva está disfarçada nos critérios de aplicação direcionados inicialmente à reparação. Entretanto, em casos extremos, a função punitiva suplanta praticamente todo o provimento jurisdicional, chegando-se ao ponto de se condenar o “ofensor” sem que haja dano⁹³.

2.1. Adoção implícita e explícita na doutrina e na jurisprudência.

Sobre esta nitidez da presença da função punitiva oportuna uma breve ressalva, que também servirá para distinguir o nível de aceitação da função punitiva. Há a aceitação explícita, caso em que se aplica de forma expressa a função punitiva^{94,95,96}. Os autores que chegam a essa conclusão seguidamente derivam suas conclusões da leitura das práticas dos tribunais da *common law*, onde os *punitive damages* são prática internalizada, especialmente pelos norte-americanos.⁹⁷

⁹³ É o caso da Súmula 385 do STJ, ao qual dedicaremos ponto específico.

⁹⁴ Por exemplo, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007, pg. 91: “A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente tobtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita.

⁹⁵ BOLSON, Sinome Hegele. **Direito do consumidor e dano moral**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. Pg. 144: “A indenização por dano moral, portanto, tem caráter satisfativo-punitivo. Satisfativo quando a verba condenatória satisfaz a vítima de foram plena, isto é, o *quantum* é adequado e efetivo; punitivo quando condenação seja suficiente a dissuadir o ofensor de novas ações ilícitas.

⁹⁶ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. Pg. 190: “De fato, a própria característica dos danos extrapatrimoniais favorece a teoria da dupla natureza de sua satisfação. Ou seja, por tratar-se de interesses sem conteúdo econômico, tais danos devem ser aferidos de uma forma aproximada, através do maior número de critérios que auxiliem na busca do *quantum* satisfatório; portanto, o senso *preventivo* acaba penetrando, em maior ou menor escala, no estabelecimento deste montante.

⁹⁷ SARAIVA, Leonardo Freire. **Punitive damages e o Direito Brasileiro: critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros**. Disponível em http://www.usembassyprograms.org.br/bdfdr/bitstream/123456789/44/1/monografia_LeonardoSaraiva.pdf. Porto Alegre, 2006. Pg. 38: “Como fundamento para a adoção do instituto na reparação de danos morais, utilizam-se os tribunais de das duas principais funções atribuídas aos *punitive damages* na *common law*, a saber, a função punitiva e a função de exemplaridade. Dessa forma, encontram um duplo sustentáculo,

Há ainda forma implícita de aceitação, quando, apesar de não se fazer menção direta, aplicam-se critérios de fixação do *quantum* indenizatório condizentes à função punitiva e não à indenizatória⁹⁸.

Elemento comum às duas concepções será a aplicação de critérios que extrapolam os utilizados, quando se busca tão-somente a reparação. Nesta senda, sempre que a decisão sopesar, para a definição do montante indenizatório, a reprovabilidade da situação lesiva (do dano), reprovabilidade da conduta do ofensor e as condições econômicas deste, está atribuindo, em maior ou menor grau, função punitiva à indenização⁹⁹.

Antes de se adentrar na análise desses critérios, deve-se proceder ao exame de um de seus principais fundamentos para a aplicação, o chamado princípio da prevenção.

estando o primeiro calcado em sua adoção como forma de punição do ofensor, sinalizando de modo claro a reprovação da conduta pela ordem jurídica, ao mesmo tempo em que satisfazendo o ímpeto de retribuição da ofensa pela vítima. Já o segundo, fruto da chamada *teoria do desestímulo*, sustenta a concessão de indenização em *valor significativo*, a ponto de conscientizar o ofensor a não mais realizar a conduta ilícita, nunca podendo, contudo, servir de fonte de enriquecimento ilícito para a parte lesada.”

⁹⁸ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PROTESTO INDEVIDO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DANO MORAL PRESUMIDO. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO AFASTADA. 1. Constitui-se ato ilícito o protesto e a cobrança indevida procedida pela instituição financeira sem a existência de dívida, já que ausente contratação entre as partes. No caso, há evidências de que falsário se utilizou de documentos do autor para firmar o pacto com o réu, circunstância que não afasta o dever da instituição financeira de indenizar, considerando o risco do serviço bancário que presta. 2. Os prejuízos são indenizáveis na forma de reparação por danos morais, sendo estes, segundo a majoritária jurisprudência, presumíveis, prescindindo de prova objetiva. 3. Caracterizado o dano moral, há de ser fixada a indenização em valor consentâneo com a gravidade da lesão, observadas posição familiar, cultural, política, social e econômico-financeira do ofendido e as condições econômicas e o grau de culpa do lesante, de modo que com a indenização se consiga trazer uma satisfação para o ofendido, sem configurar enriquecimento sem causa, e, ainda, uma sanção para o ofensor. Termo inicial dos juros de mora alterados para a data do arbitramento. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70036173045, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 20/10/2010)

⁹⁹ Parte da doutrina chega ao extremo de colocar a função punitiva antes da reparatória ao tratar dos critérios de apuração da indenização. Assim, MARTINS DA SILVA, Américo Luís. **O dano moral e sua reparação civil**. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 386: “A nosso ver, qualquer fixação da reparação de dano moral, deve, antes de tudo, partir, impreterivelmente, da realidade econômica do ofensor. A *situação econômica do ofensor* é o elemento fundamental primeiro a que se deve tomar por base a aferição da indenização. Depois de considerado este elemento, na fixação dos patamares que limitam a reparação, é que se deve tomar por consideração os demais elementos, tais como: I – *a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido*; II – *a intensidade do dolo ou o grau da culpa do ofensor-responsável e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em causas das quais decorram danos morais* (reincidência); III – *a reparação natural, quando cabível e não cumulável com a reparação pecuniária, independentemente de intervenção judicial*; e IV – *a extensão da reparação natural obtida pelo ofendido, quando cumulável com a reparação pecuniária* (reparação *in natura* como elemento que reduz os valores devidos na reparação pecuniária).

2.2. Princípio da prevenção. Dois posicionamentos doutrinários nacionais : Clóvis do Couto e Silva e Sérgio Severo.

A jurisprudência deriva a necessidade de aplicação de medidas punitivas do princípio da prevenção. Cumprindo ao direito orientar a sociedade, no processo de adaptação social, deve o judiciário atuar de forma a evitar a violação dos direitos. Em se tratando de casos como os direitos extra patrimoniais, em que a eliminação dos efeitos do dano se dará, na quase totalidade dos casos, por meio de prestação pelo equivalente em dinheiro, entende-se há maior necessidade de a atuação ser anterior à violação, uma vez que a não-equivalência entre a natureza da indenização e o direito violado implicaria a própria negação dos direitos extra patrimoniais.

A par deste pensamento, deve-se, em primeiro lugar, examinar o princípio da prevenção e o modo que ele informa o ordenamento jurídico.

Pontes de Miranda, ao tratar sobre o conceito, diz que “Sempre que o direito reputa o perigo grave, permite preveni-lo. Preveni-lo quer dizer *prae-uenire*, vir antes do fato lesivo; naturalmente, com algum ato que concorra para afastar o perigo, ou, pelo menos, precisar as conseqüências da contrariedade a direito. A tutela jurídica preventiva, ou cautelar, pode ser expediente de técnica *legislativa*, ou expediente de técnica *judiciária* (estatal ou de mão própria).”¹⁰⁰

Tendo presente o conceito de Pontes de Miranda, tecemos crítica pontual que, a bem dizer, reflete um pensamento difundido na doutrina. Sérgio Severo, em trabalho destinado ao tema dos danos extra-patrimoniais, adota a função punitiva destinada à sua indenização.¹⁰¹ A par disto, nos insurgimos contra a leitura realizada por Sérgio Severo da obra de Clóvis do Couto e Silva.

Mais especificamente, discordamos do seguinte trecho da obra, em que Sérgio Severo cita Clóvis do Couto e Silva¹⁰²:

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXII.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 362.

¹⁰¹ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

¹⁰² SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. Pg. 190

“Clóvis do Couto e Silva menciona que a *reparação* é o objetivo principal, no entanto, ‘a medida da indenização detém, por igual, a função de elemento regulador da conduta dos indivíduos, que é o que se denomina de princípio da prevenção’.”

Em seqüência, Sérgio Severo encerra o ponto, dizendo: “Portanto, parece-nos que a dupla natureza *reparatório-preventiva* da satisfação dos danos extra patrimoniais apresentase dominante na doutrina e presente na jurisprudência.”¹⁰³

Guardando todo o respeito devido ao referido autor, entendemos que esta não é a interpretação mais correta do pensamento de Clóvis do Couto e Silva. Em primeiro lugar, porque a citação completa do parágrafo onde se insere a frase referida pelo autor denota justamente o contrário:

“Um princípio importante em matéria de responsabilidade civil é o princípio da prevenção. A reparação, qualquer que seja, não deve conter, no seu conteúdo, aspectos penais, como sucede, p. ex., com *exemplary damages* da *common law*. Mas a medida da indenização detém, por igual, a função do elemento regulador da conduta dos indivíduos, que é o que se denomina princípio da prevenção”.¹⁰⁴

Esta passagem, denota que Clóvis do Couto e Silva visualiza a presença do princípio da prevenção, mas não o reduz ao âmbito da punição. Temos, com base na passagem citada e na definição lançada por Pontes de Miranda, que o princípio da prevenção informa toda aplicação da norma jurídica, inclusive a indenização em sua função reparatória.

A prevenção está presente sempre que o direito se empenhe para evitar a violação de interesses juridicamente protegidos¹⁰⁵. Certamente, quer-se com a punição prevenir que o agente causador do dano volte a cometê-lo. Porém, acreditar que a função punitiva é a única derivável da prevenção é verdadeiro reducionismo jurídico, pois resulta em deixar de

¹⁰³ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. Pg. 191

¹⁰⁴ Couto e Silva, Clóvis do. *O Conceito de dano no Direito brasileiro e comparado*. Em “*O Direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva*” – Véra Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pg.225.

¹⁰⁵ Especificamente sobre os direitos extra patrimoniais, salientamos os dispositivos mais pertinentes nas notas de rodapé 84, 85 e 86.

lado toda uma gama de instrumentos presentes no ordenamento jurídico que não a punição. Neste sentido, é possível observar, no campo do direito processual, o recente desenvolvimento das medidas inibitórias de condutas ilícitas, notadamente com a nova redação dada ao artigo 287 do Código de Processo Civil¹⁰⁶.

Cumpra outrossim observar que a função indenizatória também atende ao princípio da prevenção. Ao possibilitar que cessem os efeitos do dano, ela desestimula as condutas lesivas, uma vez que, ao menos em tese, estas não teriam eficácia, uma vez que os efeitos do dano seriam extirpados do mundo fático por meio da indenização. É precisamente neste sentido que entendemos ter Clóvis do Couto e Silva posicionado o princípio da prevenção, dentro da indenização.

Colocando-se desta forma, não se está a negar que possa existir punição pela violação de direitos extra patrimoniais, mas sim que essa punição não guardará identidade com a indenização. Dito em outras palavras: a punição não constitui “função” da indenização, mas encontra aplicação em outros institutos.

Posto isto, cumpre-nos perfazer a crítica à interpretação feita por Sérgio Severo em relação ao entendimento de Clóvis do Couto e Silva. Em passagem posterior no texto que fazemos referência, Clóvis do Couto e Silva diz que:

“Atualmente, pode-se afirmar a existência do princípio da reparação de um dano moral com generalidade, fora das regras do Código Civil brasileiro. Entretanto, constatava-se uma singularidade na jurisprudência anterior à disposição constitucional, pois não se cumulavam, em regra, o dano moral e o dano patrimonial. Por isso, não se indenizava o dano moral se a ofensa produzisse ao mesmo tempo dano patrimonial, solução ultrapassada por força do aludido art. 5º, X, da CF do Brasil

A indenização em matéria de dano moral, no Direito Brasileiro, antes da Constituição de 1988, obedecia a dois princípios: o da indenização mesma,

¹⁰⁶ Código de Processo Civil, Art. 287: Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A)

embora limitada, e o da ‘providência punitiva’, pois ela se fazia necessária somente para não deixar sem reparação a ofensa. Se for o caso de adotar o princípio da não-cumulatividade do dano patrimonial e moral, não será possível considerar a indenização do dano moral como uma verdadeira indenização, pois ela será uma simples medida punitiva”.¹⁰⁷

Desta passagem, percebe-se que Clóvis do Couto e Silva exclui o caráter punitivo a partir do momento em que a Constituição passa a prever a indenizabilidade dos danos extra patrimoniais. Não nos parece autorizado emitir conclusão diversa, motivo pelo qual discordamos de Sérgio Severo.

3. Da aferição da culpabilidade do agente causador do dano na mensuração do *quantum* indenizatório

3.1. Impossibilidade de se derivar do artigo 944 do Código Civil a ponderação da culpabilidade na fixação do *quantum* indenizatório.

Cumpre-nos agora situar o papel na culpa na indenização por danos extra-patrimoniais. Na primeira parte do trabalho, expusemos que ela poderá ser elemento do suporte fático para a caracterização do dever de indenizar, conforme se tratar de responsabilidade na modalidade subjetiva ou objetiva.

Ocorre que a jurisprudência e parte da doutrina tornam a observar a reprovabilidade da conduta no momento da fixação do *quantum* indenizatório, quando se trata de danos extra-patrimoniais. É esta a posição consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça^{108,109,110}.

¹⁰⁷ Couto e Silva, Clóvis do. **O Conceito de dano no Direito brasileiro e comparado.** Em “*O Direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva*” – Véra Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pg.232. Grifou-se.

¹⁰⁸ CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA E RESPONSABILIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. MATÉRIA DE PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. VALOR DO RESSARCIMENTO. FIXAÇÃO EM PATAMAR RAZOÁVEL. REDUÇÃO INCABÍVEL. CULPA DE TERCEIRO. INOVAÇÃO. DESPROVIMENTO. I. Entendido pelo Tribunal a quo que a recorrente é parte legítima passiva e que existiu dano moral indenizável, tal circunstância fática não tem como ser reavaliada em sede de recurso especial, ao teor da Súmula n. 7 do STJ. II. Diante da reprovabilidade do ato, tem-se que o montante não provoca o enriquecimento sem causa da parte moralmente lesada, improcedendo a pretensão da ré de discutir o tema em sede especial, nem se justificando a excepcional intervenção do STJ a respeito. III. Não havendo recurso contra sentença condenatória nem pedido de reconhecimento de culpa de terceiro no recurso especial, a excluir a responsabilidade da recorrente,

Em primeiro lugar, examinaremos a hipótese de se considerar a culpa para definir o valor da extensão da indenização encontrar referencial legislativo.

Para tanto, retomamos os pressupostos lançados na primeira parte do trabalho. Tendo o dano como acontecimento fático, o nexu causal será o vínculo de pertinência entre a conduta do agente e este acontecimento¹¹¹. A culpabilidade ingressa como um juízo de reprovabilidade: ela é um juízo sobre os fatos, está inserida no mundo do pensamento. A conduta pode ser considerada de forma a ser considerada culposa ou não, sendo que este juízo de reprovabilidade sempre implicará um posicionamento perante a realidade, mas não alterará a dimensão dos fatos no mundo real¹¹².

inadmissível a insurgência apenas em sede regimental, caracterizada a flagrante inovação. IV. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1041880/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 08/09/2008. Grifou-se)

¹⁰⁹ RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR DE IDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. RELAÇÃO AFETIVA CONTROVERSA ENTRE VÍTIMA E AUTORA. MENOR INSERIDO EM FAMÍLIA DIVERSA COMO SE FILHO FOSSE. CONSEQUÊNCIAS DO ILÍCITO PARA OS RÉUS. RELEVÂNCIA NA DOSIMETRIA DA CONDENAÇÃO. DANO MATERIAL. PENSÃO MENSAL. NÃO-CABIMENTO. AUSÊNCIA DE DEPENDÊNCIA FINANCEIRA SEQUER PRESUMIDA.

(...)

5. Verifica-se o duplo escopo da condenação civil: a recomposição ou compensação do dano e a sanção do causador do dano, em razão da reprovabilidade de sua conduta. 6. O Direito, além de não compactuar com enriquecimentos sem causa, quando consideradas as condições da vítima, também não tolera condenações por demais severas, se consideradas as particularidades inerentes ao ofensor, sob pena de, nessa última hipótese, a sentença condenatória ir muito além da reprimenda necessária e suficiente à dissuasão/punição do causador do dano. 7. No caso em julgamento, as próprias conseqüências do ilícito - a morte de menor acolhido pelos réus como se filho fosse - assumiram por si o caráter educativo/punitivo da reparação civil, e tais circunstâncias devem ser consideradas na dosimetria da reprimenda civil, sob pena de recair sobre os autores do ilícito um abjeto bis in idem, rechaçado pelo ordenamento. 8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 866.220/BA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 13/09/2010. Grifou-se, fez-se elipse.)

¹¹⁰ Direito empresarial. Dano moral. Divulgação ao mercado, por pessoa jurídica, de informações desabonadoras a respeito de sua concorrente. Comprovados danos de imagem causados à empresa lesada. Dano moral configurado. Fixação em patamar adequado pelo Tribunal a quo. Manutenção. - Para estabelecer a indenização por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa do autor da ofensa; efeitos do dano, inclusive no que diz respeito às repercussões do fato. - Na hipótese em que se divulga ao mercado informação desabonadora a respeito de empresa-concorrente, gerando-se desconfiança geral da clientela, agrava-se a culpa do causador do dano, que resta beneficiado pela lesão que ele próprio provocou. Isso justifica o aumento da indenização fixada, de modo a incrementar o seu caráter pedagógico, prevenindo-se a repetição da conduta. - O montante fixado pelo Tribunal 'a quo', em R\$ 400.000,00, mostra-se adequado e não merece revisão. Recurso especial não conhecido. (REsp 883.630/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 18/02/2009)

¹¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIV.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 164: "A gravidade da culpa somente pode ser assente conforme a influência causal, a despeito de haver opiniões que só atendem ao elemento subjetivo."

¹¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXII.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 203: "O que importa para a determinação do dever de indenizar

Em relação ao dano, firmamos nosso posicionamento no sentido de que ele constitui a medida para a indenização, considerando-se o princípio da reparação integral do dano e o teor do artigo 944 do Código Civil. Aqui, a consideração da culpabilidade será apenas excepcional, em virtude da regra do parágrafo único do referido artigo, e apenas para minorar o valor da condenação¹¹³.

Com isto, quer-se dizer que o dano não variará com o grau de culpa do agente. São, portanto, elementos distintos do suporte fático do dever de indenizar que não se influem mutuamente. Não encontra subsídio no artigo 944 do Código Civil a consideração da culpabilidade na definição do *quantum* indenizatório em valor superior ao necessário à reparação, podendo-se falar em apreciação para fixação do montante abaixo do necessário à reparação, apenas para casos excepcionais, em razão do parágrafo único do mesmo artigo, fundado no princípio da equidade.¹¹⁴

Nesta senda, a consideração da reprovabilidade da conduta do agente, raciocínio ínsito à consideração da culpa no momento da fixação da indenização, releva aplicação de função punitiva na indenização por danos extra-patrimoniais.¹¹⁵

Consolidando este pensamento, cumpre-nos por em destaque a seguinte passagem de Pontes de Miranda:

não é o peso das culpas do ofensor e do ofendido, mas a relação causal. O dolo do ofendido, que não concausou o dano, nem o aumentou, não é de considerar-se. A simples culpa não teve aquela função, nem essa; apenas suscita a incidência da regra jurídica de concorrência de culpa, que melhor se exprimiria como regra jurídica de concorrência de causação pelo ofendido.

¹¹³ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Equidade no Novo Código Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003. Pg. 72: “Assim, por força da aplicação da equidade é possível levar-se em consideração a menor gradação da culpa do demandado na liquidação do dano, atenuando a rigidez da norma prevista no art. 944 do novo Código Civil, e aplicar-se a justiça no caso concreto.

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Equidade no Novo Código Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003. Apesar de concordarmos com o autor que a equidade embasa a redução excepcional do parágrafo único do artigo 944, não aderimos ao pensamento com a abrangência do autor. Nos casos em que houver “concorrência de culpas”, não se estará, em verdade, reduzindo a indenização em virtude da exceção. Neste caso, se estará dimensionando a indenização conforme o nexos causal entre o dano e a conduta do autor. Neste sentido, frisamos o entendimento de Pontes de Miranda, lançado à nota 112 deste trabalho, em que o autor utiliza-se da expressão “concorrência de causação pelo ofendido”.

¹¹⁵ CIANCI, Mirna. **O Valor da Reparação Moral**. 2ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg. 89: “Não é também razoável a gradação do valor de acordo com a culpa ou dolo do ofensor, já que a aferição como antes demonstrado, tem em conta a compensação da dor e não o grau de culpa do causador do dano, a não ser por conta do caráter punitivo, firmemente rechaçado nesta obra.

“Não se pesam graus de culpa, nem culpa e risco, ou dolo e culpa ou risco, *mas apenas danos em reação a causas*. Se há risco *mais* culpa ou dolo de empregados do ofendido, a responsabilidade desse *seria* maior, se o ofendido fosse outrem, de modo que mais se pré-diminui à responsabilidade do ofensor. Pesam-se danos em relação a causas, e não causas ou graus de causa, o que seria medir-se o qualitativo¹¹⁶.”

Lançadas estas considerações, concluímos que a consideração da culpa não encontra fundamentos no artigo 944 do código civil, salvo a situação excepcional observada.

3.2. O artigo 944 como barreira à majoração do quantum indenizatório em razão da culpa do ofensor.

Ainda que fosse admissível dedução de função punitiva à responsabilidade civil ou que seja editada norma neste sentido, tem-se que o artigo 944 do código civil, além de não autorizar essa aplicação, acaba por negar a utilização da consideração do grau de culpa no cálculo do montante indenizatório.¹¹⁷

O Código Civil estabeleceu um referencial a ser utilizado na fixação do montante: o dano. Este referencial é único e estabelecerá não só o mínimo, mas como também o máximo. Quaisquer montantes fornecidos ao credor que extrapolem o valor do dano, ou o necessário à sua compensação, fogem do objetivo indenizatório e entram em conflito com o princípio da reparação integral. Denota-se, portanto, verdadeira incompatibilidade entre um montante fixado além do necessário à indenização e o princípio da reparação integral do dano.¹¹⁸

¹¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXII.** 2ª Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 206.

¹¹⁷ COULON, Fabiano Koff. **A Responsabilidade Civil entre o Funcionalismo e Formalismo: O Art. 944, Caput, do Código Civil Brasileiro.** Dissertação de mestrado apresentada ao PPGDIR – UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, 2007. Pg. 100: “Uma vez adotada a totalidade do dano como medida exclusiva da reparação, qualquer consideração sobre a culpa do agente fica apartada do raciocínio que leva à exata quantificação dos danos; assim, independe a reparação da culpa, ou de graus de culpa, ou de dolo do ofensor, na esteira do que leciona Ripert.

¹¹⁸ AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil. Vol. II.** 8ª edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Editora Forense. Pg. 859: “Se, como acreditamos, a reparação do dano, qualquer que seja o seu fundamento e salvo o caso especial da indenização tarifária, em que aquele princípio é afastado, por motivo de política econômica, consiste na restituição do prejudicado à situação anterior, a graduação da indenização, inseparável

A incompatibilidade da avaliação do grau de culpa na fixação do *quantum* indenizatório é pensamento sustentado na mais abalizada doutrina. Cite-se, por exemplo, a lição de Maria Celina Bodin de Moraes:

“Começa-se com o exame da dimensão da culpa do ofensor. Como critério de reparação, sugere, desde logo, que se está diante de um juízo mais de punição do que de compensação. A exacerbação do valor reparatório conforme a gravidade da culpa indica que o agente deve pagar mais se agiu com dolo ou com maior negligência, imprudência ou imperícia, independentemente da extensão do dano.

Este tem sido, na atualidade, um dos critérios mais lembrados pela jurisprudência pátria para estabelecer o valor indenizatório na reparação de danos extra patrimoniais. Isto não obstante, a graduação da culpa nunca importou, em épocas passadas, para a responsabilização civil. A doutrina clássica, de fato, considerava que nenhuma relação deveria haver entre a amplitude dos danos e a gravidade da culpa. Nestes casos, então, e com absoluta independência do grau de culpa do agente, caberia sempre indenizar toda a extensão do dano, mesmo sendo a culpa levíssima causadora de dano gravíssimo.”¹¹⁹

Temos que a regra indenizatória visa eliminar uma situação danosa repudiada pelo direito. A observância da qualidade da conduta do autor cinge-se à formação do dever de

do sistema de pena privada, resulta em negação desse princípio, o que não se justifica, porque a desejada prevenção que ela asseguraria se encontra na própria reparação, sem sacrifício do princípio da restituição. Devemos e podemos concluir, não obstante a magistral defesa de Starck, que a pena privada, como assegurava Shering, sofre a sorte fatal da própria pena. Sua história e história do seu progressivo desaparecimento.”

¹¹⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Pg. 296. Ainda sobre o tema, mas em relação à exceção de diminuição do montante indenizatório, complementa a jurista à página 297: “Tendo empregado o legislador de 2002 o verbo ‘reduzir’ e não o verbo ‘ponderar’, o juiz não poderá majorar, além da medida do dano, a indenização, em caso de responsabilidade contratual, indicando, mais uma vez, a recusa do legislador brasileiro em penalizar o devedor, mesmo se este agiu com dolo.”

indenizar. Contudo, uma vez caracterizado este dever, deixa de ser considerada a figura do autor do dano para se observar o dano em si.¹²⁰

Pode-se levantar objeção que o artigo 402¹²¹ abre espaço para exceções, autorizando, de certa forma, a introdução de outros elementos que não o dano em si. Esta exceção, consoante já exposto, está prevista no parágrafo único do artigo 944 e permite a ponderação da culpabilidade.

A objeção é verdadeira, mas sua aplicabilidade não serve para a totalidade das situações. Consoante expusemos ao longo do trabalho, a exceção aplica-se somente nos casos em que a culpabilidade for desproporcional em relação ao dano causado, e somente para diminuir o *quantum* indenizatório; a leitura do parágrafo único do artigo 944 não permite outra interpretação.

Deve-se ter em mente que o princípio da reparação integral do dano já é de longa data positivado em nosso ordenamento jurídico. O artigo 22 do Código Criminal do Império já dispunha que “A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida á favor do offendido. Para que fim o mal, que resultar á pessoa, e bens do offendido, será avaliado em todas as suas partes, e consequências.”¹²²

De outra banda, nosso código civil vigente é recente. Desta forma, é de se sopesar que, caso o legislador quisesse determinar fosse a indenização concedida em valor superior ao dano, estabelecendo outra exceção ao princípio da reparação integral, ele o teria mencionado. Isto não ocorreu e o legislador, ao regular a matéria, estabeleceu que o montante só poderá, eventualmente, ser estabelecido em valor inferior.

¹²⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. **Dever de indenizar**. Em “*O Direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva*” – Vera Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pg. 191: “Como se cuida, porém, de composição de danos, o direito civil não pode cingir-se, como o direito penal apregoa, à falta de valor do próprio ato (daí a punição da tentativa), mas deve levar em consideração os efeitos que decorrem de uma atividade, ou de uma ação. No dever de indenizar, no direito civil, valoriza-se o fato e não seus autores, e nem também o efeito puro dos fatos. Que não se leva em conta o autor é verdade – que se verifica a todo momento: não basta a intenção deste, se boa ou má, nem a culpa, ainda que grosseira do agente, se não resultou algum dano. Não se levam em conta somente os efeitos do ato, uma vez que é necessário imputá-lo ao agente. A atividade deve encher o suporte fático abstrato previsto em na lei e vincular o autor à censura.

¹²¹ Código Civil, Art. 402: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹²² Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD11a.html

Pelo exposto, temos que o princípio da reparação integral não admite a aplicação da função punitiva do dano moral, fazendo oposição a ele. O sistema normativo deixa aberta possibilidade de exceção ao princípio da reparação integral no artigo 402, formulando uma exceção no parágrafo único do artigo 944. Esta exceção aberta, entretanto, não serve para a função punitiva.

3.3. Vedação constitucional à aplicação de pena sem previsão legal.

Por vezes, a simples ausência de fundamentação expressa não obsta a existência da norma jurídica, uma vez que pode ser inferida do conjunto de fontes do sistema normativo.

Entretanto, a dedução de normas penais é vedada em nosso ordenamento jurídico em razão do Artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal¹²³. O texto constitucional, ao estabelecer a vedação à aplicação de penas sem lei anterior, exige formulação legislativa específica em se tratando de medidas punitivas¹²⁴. Não há de se falar em vedação exclusiva ao direito penal, uma vez que o texto constitucional não limita a atuação do dispositivo, podendo-se dizer que as punições no âmbito cível estão sujeitas a idêntica vedação.

Vislumbra-se, desta forma, que não é possível a derivação de normas punitivas em nosso ordenamento jurídico em razão da vedação constitucional. Nesta senda, carece de fundamentação legislativa a aplicação da função punitiva do dano moral. Isto, por si só, já seria óbice à sua aplicação, da mesma forma, em razão da vedação à aplicação de penas sem lei anterior.

Para além de enfrentar o princípio da vedação de punição sem lei anterior, a aplicação punitiva também afronta outros elementos normativos em nosso sistema, conforme se passa a expor.

¹²³ Constituição Federal, Artigo 5º, inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

¹²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral. Volume 1.** 11ª Edição. São Paulo: Editora Saraivam 2007. Pg. 41: “a) Reserva absoluta de lei: nenhuma outra fonte subalterna pode gerar a norma penal, uma vez que a reserva de lei proposta pela Constituição é absoluta, e não meramente relativa. Nem seria admissível que restrições a direitos individuais pudessem ser objeto de regramento unilateral pelo Poder Executivo. Assim, somente a lei, na sua concepção formal e estrita, emanada e aprovada pelo Poder Legislativo, por meio de procedimento adequado, pode criar tipos e impor penas.”

4. Crítica à Súmula 385 do STJ e à possibilidade de indenização sem a ocorrência de dano

Analisaremos uma peculiaridade da orientação jurisprudencial. Trata-se da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça que, a nosso ver, guarda uma insuperável contradição. Eis o teor da Súmula:

Anotação Irregular em Cadastro de Proteção ao Crédito - Cabimento - Indenização por Dano Moral: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Em uma primeira leitura, possível considerar que a Súmula admite a situação de estar inscrito em órgão de proteção ao crédito como geradora de dano, mas a inscrição, por si só, não necessariamente resultará em ofensa. Assim, mesmo que um indivíduo seja inscrito de forma ilícita (indevida), ele não terá direito ao ressarcimento, uma vez que não há dano: o dano já foi causado por uma conduta lícita. Nesta linha, pode-se comparar a situação com a de crime impossível do direito penal¹²⁵. É dizer: não há dano na inscrição ilícita porque o nome do sujeito já está registrado, a nova inscrição não lhe causa dano porque danificado já está. Além disto, esta regra faz surgir uma nova presunção, que é a de ausência de dano, afastando outra presunção, a de que a inscrição em órgãos de proteção ao crédito gera dano *in re ipsa*.

Este raciocínio seria coerente se não tivesse por necessária a licitude da primeira inscrição, uma vez que sua ausência acarreta dever de indenizar pela segunda inscrição. A questão que se levanta é qual dano deverá ser indenizado e qual a sua origem.

Se, com a indenização, pretende-se afastar os efeitos externos, vale dizer, o efeito negativo sobre a consideração que o mercado tem com o nome do inscrito, haverá duas linhas de raciocínio a serem seguidas.

¹²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral. Volume 1.** 11ª Edição. São Paulo: Editora Saraivam 2007. Pg. 257: “b) impropriedade absoluta do objeto material: a pessoa ou a coisa sobre que cai a conduta é absolutamente inidônea para a produção de algum resultado lesivo. Exemplo: matar um cadáver, ingerir substância abortiva imaginando-se grávida ou furtar alguém que não tem um único centavo no bolso”.

A primeira, na linha do já exposto, começa por admitir-se que a inscrição subsequente não será causará dano, uma vez que o fato de ter o nome inscrito já exaure as possibilidades de dano. Desta forma, prendendo-se à literalidade da súmula, não haverá indenização sobre inscrição posterior ilícita.^{126,127}.

Outra situação possível é a de a inscrição anterior ser ilícita. Neste caso, pela leitura da Súmula 385, o prejudicado poderá demandar sucessivamente todos os ofensores, obtendo de cada um deles a reparação devida.

Entretanto, visualizamos que a situação que se tem quando a primeira inscrição for ilícita não é, em sua essência, diferente da de quando esta for lícita. O dano é situação fática que independe, para sua existência, do conceito de validade. Uma vez que tenhamos tomado por pressuposto que a primeira inscrição exaure o dano (para que assim seja admissível não se indenizar pela segunda inscrição caso a primeira seja lícita), estaremos negando que uma segunda inscrição cause danos. Raciocínio oposto é dizer que um bem poderá ser ofendido duas vezes, como se um carro pudesse ser subtraído duas vezes, um vaso pudesse ser quebrado duas vezes.

Convém ressaltar que não nos parece autorizado concluir que a licitude do ato será determinante para a ocorrência de dano, como se pudesse dizer que a inscrição lícita não gera dano. O dano advém do abalo na confiança que o inscrito sofre em relação aos demais agentes do mercado. Para eles, indiferente a validade do ato de inscrição. Vislumbra-se que a inscrição gerará dano pela sua própria existência, não importando a sua validade.

126 EMENTA: AÇÃO INDENIZATÓRIA. CADASTRO NEGATIVO DE CRÉDITO. IMPROPRIEDADE DO REGISTRO. DANO MORAL. AUSÊNCIA. Na existência de registro antecedente àquele impugnado, descabe a concessão de dano moral. Súmula 385 do STJ. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70036964518, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 26/08/2010)

127 CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL INEXISTENTE SE O DEVEDOR JÁ TEM OUTRAS ANOTAÇÕES, REGULARES, COMO MAU PAGADOR. Quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido por mais uma inscrição do nome como inadimplente em cadastros de proteção ao crédito; dano moral, haverá se comprovado que as anotações anteriores foram realizadas sem a prévia notificação do interessado. Recurso especial não conhecido. (REsp 1002985/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 27/08/2008)

Dentro desta linha de raciocínio, ao se permitir a indenização com existência de anotação anterior ilícita, atribui-se indenização sem que haja propriamente dano. A condenação assume nitidamente caráter punitivo, uma vez que deixa de considerar a existência de dano e visualiza tão-somente a conduta do ofensor¹²⁸.

Temos, portanto, que esta posição jurisprudencial não se sustenta em face do teor dos artigos 402, 403 e 944 do Código Civil, que tomam o dano como único referencial à indenização. Também não há de se falar em exceção, uma vez que o artigo 402 do Código Civil admite apenas exceções previstas em Lei.

Segunda forma de se pensar nesta linha de repercussão externa da inscrição em órgão de proteção ao crédito é que a inscrição subsequente causará dano, pois ter mais de uma inscrição em órgão de proteção ao crédito prejudicará mais o sujeito do que caso ele tenha apenas uma. Isto justificaria a concessão de indenização nos casos de múltiplas inscrições ilícitas¹²⁹. Porém, este raciocínio entraria em conflito com o teor literal da Súmula, que é negar indenização no caso de inscrição anterior lícita.

Quando se admite que a inscrição ilícita causa danos, apesar de haver inscrições anteriores, não se pode negar esta indenização caso haja inscrição anterior lícita, uma vez

128 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. SÚMULA 385 DO STJ. AFASTAMENTO. JUROS DE MORA. 1. Não tendo a parte ré anexado aos autos documentos que evidenciam a contratação realizada pela autora e a sua inadimplência, entende-se pela inexistência do débito controverso. 2. Em que pese haver outros apontes restritivos em nome da autora, tenho que, no caso concreto, não incide o entendimento sumulado. Isso porque o dano moral não decorre da inscrição irregular em cadastro de proteção ao crédito, mas, sim, da conduta ilícita da empresa demandada, consubstanciada na cobrança de débito inexistente, lesiva, por si só, ao interesse do consumidor. 3. Sem olvidar dos termos da Súmula nº 54 do STJ, o entendimento desta Câmara em ação de reparação por dano moral, tem sido no sentido de fixar como marco inicial dos juros de mora a data do seu arbitramento, pois neste momento o julgador já ponderou todos os fatores, alcançando o valor exato capaz de compensar o dano sofrido. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70035381896, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 01/09/2010. Grifou-se)

¹²⁹ CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. OUTRAS INSCRIÇÕES NEGATIVAS. REDUÇÃO. (...). 4. O valor da indenização fixado pelo Tribunal em C\$29.175,00, correspondente a 25 vezes a importância do cheque (R\$1.167,00) que ensejou a inscrição e manutenção do nome do autor, mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do fato danoso. 5. A comprovada ocorrência de outros apontamentos negativos em nome do recorrido, inobstante não excluir a indenização, dado o reconhecimento da lesão, deve, necessariamente, ser sopesada na fixação do montante reparatório. Precedentes desta Corte. 6. Assegurando ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento indevido, reduzo o valor indenizatório, fixando-o em R\$2.000,00 (dois mil reais). 7. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp 705.371/AL, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 11/12/2006, p. 364. Elidiu-se. Grifou-se)

que, consoante já expusemos, o dano se passa no mundo dos fatos e independe da validade para sua existência. Tendo-se a segunda inscrição como causadora de dano, a licitude de dano anterior não influencia a sua indenizabilidade.

Entendemos que o mais correto é estender a presunção da inexistência de dano também aos casos em que a inscrição anterior for ilícita. Conforme foi exposto, a situação do ofendido não será diferente quando a sua primeira inscrição for lícita ou ilícita, razão pelo qual não há motivo para se restringir a presunção. Por outro lado, tem-se que esta presunção é criada para proporcionar maior operacionalidade ao judiciário, uma vez que as demandas buscando indenização por inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito existem em grande volume nos tribunais. Não obstante, esta presunção, a nosso ver, deve operar apenas no nível do direito processual, ou seja, redistribuindo o ônus da prova. Nesta senda, entendemos que, caso o autor prove que uma inscrição indevida tenha lhe causado danos extra patrimoniais, ainda que haja inscrição anterior legítima anterior, ele deverá ser indenizado. Interpretação diferente desta não nos parece se ajustar com a proteção constitucional que se dá aos direitos de personalidade.

5. Da consideração das condições pessoais do ofensor em relação à indenização

Por derradeiro, a jurisprudência costuma observar as condições socioeconômicas do ofensor no momento de fixação do *quantum* indenizatório¹³⁰. Esta prática é, assim como a ponderação do grau de culpa, modo de introduzir a função punitiva¹³¹.

¹³⁰ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEVER DE INDENIZAR. SÚMULA Nº 7/STJ. DANOS MORAIS. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Tendo o Tribunal de origem, soberano no exame do conjunto probatório, concluído pela responsabilidade civil da ora agravante, impõe-se reconhecer o óbice do enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 2. A jurisprudência consolidou-se no sentido de que o valor fixado pelas instâncias ordinárias pode ser revisto nas hipóteses em que a condenação é irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, sendo que a demora no ajuizamento da ação, por si só, não tem o condão de reduzir o montante indenizatório. 3. Quanto ao dissídio jurisprudencial, em que pese a aparente semelhança dos casos confrontados, não se verifica a divergência de teses, na medida em que a valoração do quantum fixado a título de dano moral depende das peculiaridades de cada situação, tais como gravidade e repercussão da lesão, grau de culpa do ofensor e nível socioeconômico das partes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1262836/RJ, Rel. MIN. RAUL ARAÚJO FILHO, QUARTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 24/06/2010. Grifou-se.)

¹³¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Pg. 276: “O caráter punitivo, ao qual nem sempre se faz referência expressa, aparece quando o arbitramento se baseia, essencialmente, na relação entre a culpa do agente e sua capacidade econômica.

A análise socioeconômica do ofensor pode assumir duas vertentes. A primeira é relacionar a culpabilidade com o porte econômico. Assim, em relação a empresas de grande porte, por exemplo, seria mais rígido o padrão de comportamento exigível do que em relação a empresas de menor aporte. Este raciocínio não encontra problemas se restrito ao necessário para se verificar a ocorrência de culpa, uma vez que o padrão de exigibilidade de correição nas condutas é variável e deve ser adaptado para cada sujeito. O problema surge quando se faz da capacidade econômica motivo para graduação da culpa e, com isto, elevar o montante indenizatório. As críticas aqui são as mesmas levantadas em relação à consideração do grau de culpa na fixação do montante indenizatório, uma vez que a capacidade econômica acaba por servir como parâmetro para o grau de culpa.

Por outro lado, pode-se elevar a indenização em razão do nível socioeconômico do ofensor por si só, sem se falar de ponderação de culpa. É dizer-se: quem pode pagar mais, paga mais. Os pressupostos lançados neste trabalho tornam óbvia a crítica. Além de não haver quaisquer previsões legislativas, este critério desloca o foco da reparação, que é da figura do lesado para a do ofensor.

Vislumbra-se que a reparação poderá ser reduzida em razão do princípio da equidade. Podem ocorrer situações em que um indivíduo de pouca capacidade econômica seja obrigado a indenizar um montante demasiadamente elevado, ainda que este montante seja o estritamente necessário a eliminar os efeitos do dano. A indenização, neste caso, causaria maior dano ao ofensor que aquilo que pretende ver reparado no lesado. Neste espaço, pode-se levantar a aplicação da equidade como exceção ao princípio da reparação integral, buscando-se uma justa medida entre o dano reparado e o efeito prejudicial causado pela condenação de reparar ao ofensor condenado. Porém, este raciocínio não servirá para a majoração além do necessário à reparação. Não há, neste caso, ponderação a ser realizada, uma vez que a medida normativa concreta, a condenação, já obteve seu fim, que é a plena reparação do dano e, em razão da elevada capacidade econômica do ofensor, não terá prejudicado o ofensor mais do que o necessário para a reparação.

6. Tutelas existentes no ordenamento jurídico que permitem a prevenção a danos.

Não se quer dizer que um ilícito civil escapará à aplicação de penas, pois nosso sistema normativo às prevê em várias passagens. Em relação aos danos patrimoniais, o Código Penal prevê o crime de dano que, por si só, abarca grande parte das situações que implicam no dever de indenizar¹³². Também em relação aos danos extra patrimoniais, o Código Penal dedica um capítulo aos “crimes contra a honra” nos artigos 138 a 145, que, se seguidos à risca, também implicariam na punição de ofensores em matéria de danos extra patrimoniais.

A aplicação de punições encontra outras situações em nosso ordenamento. A primeira é a possibilidade de fixação de cláusula penal, regulada nos artigos 408 à 416 do Código Civil. Aqui, poderá o ofensor ser obrigado a prestar quantia a título de penalização, desde que tenha incorrido em mora e que a penalização tenha sido compactuada em momento anterior entre as partes.¹³³

De outra banda, o Código de Processo Civil também autoriza a fixação de medidas punitivas, tais como a pena pecuniária prevista no artigo 287 deste diploma legal. Neste particular, a medida punitiva será estabelecida antes de ocorrido o ilícito e a pena incidirá caso o comando judicial seja descumprido, ainda que não haja dano. A tutela jurisdicional de cominação de multa será submetida ao contraditório, ainda que diferido ante a antecipação de tutela.

Por derradeiro, o Código do Consumidor estabelece uma série de sanções punitivas na esfera administrativa no caso de infração aos seus dispositivos, em especial a aplicação de multa¹³⁴. Dentre as várias possibilidades que se abrem, ressaltamos a atuação das agências reguladoras contra as empresas que causem danos em massa aos consumidores.

¹³² Código Penal, Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

¹³³ Código Civil, Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

¹³⁴ Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa;

Com efeito, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel aplica pesadas multas às operadoras que insistem em descumprir direitos dos seus consumidores¹³⁵. Ainda que restrito aos direitos do consumidor, aqui está presente poderosa ferramenta para a punição dos ofensores a direitos extra patrimoniais. A crítica que pode ser feita, de que estas punições não são suficientes, tem por solução a intensificação das punições, com multas de maior montante. Não é, contudo, solução para este problema, a atribuição de uma função punitiva à indenização por danos extra-patrimoniais.

¹³⁵ Por exemplo a multa de 5 milhões aplicada à TELESP em razão da degradação na prestação dos serviços de telefonia fixa no Estado de São Paulo. A notícia encontra-se disponível em <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?codigoDocumento=9155>

CONCLUSÃO

1. A necessidade de ações ativas do Estado para a tutela dos direitos extra-patrimoniais. Insuficiência da tutela reparatória.

Para garantia de efetividade dos direitos extra-patrimoniais, releva-se insuficiente a tutela reparatória. A reparação pelo equivalente pecuniário é medida que satisfaz apenas de forma aproximada as pretensões decorrentes dos direitos de personalidade. Isto se deve ao fato de a indenização ser de natureza diversa do direito violado.

Por outro lado, é comum que grandes empresas optem por práticas que violem direitos de caráter extrapatrimonial ao invés de adotar medidas que visem a evitar estes danos. Isto ocorre pois uma pequena parte dos lesados busca o judiciário para obter a reparação, e o valor do total de condenações que uma empresa sofre é inferior ao que se gastaria para adotar medidas que diminuíssem os danos causados. Dizendo-se em outras palavras: é economicamente mais vantajoso seguir com as práticas que causam dano.

Desta forma, a reparação, por si só, é insuficiente tanto para orientar os indivíduos a não ofender os direitos extra-patrimoniais quanto para, tendo ocorrido a ofensa ao direito e o dano, proporcionar o retorno ao estado anterior ao dano. Por conta disto, deve o Direito fornecer outras ferramentas que não a reparação.

2. Função reparatória da responsabilidade civil e conseqüências negativas ao ofensor da reparação.

A responsabilidade civil não é compatível com a função punitiva. Ocorre que a indenização, em atenção ao princípio da reparação integral, terá como único referencial o dano. A apreciação da reprovabilidade da conduta do agente serve para definir se há o dever de indenizar, não a sua extensão.

Pode acontecer que o juízo encontre sérias dificuldades para verificar a extensão do dano e o necessário para eliminar os seus efeitos. Não obstante, esta dificuldade não serve para que o juízo busque em outros elementos, tais como a reprovabilidade da conduta do agente, que não o dano, para a fixação do *quantum* indenizatório. Admitir-se em contrário seria, além da violação ao princípio da reparação integral, aplicar pena sem que haja lei anterior que o estabeleça, o que é vedado pela Constituição.

Não se nega que o ofensor sofrerá um efeito negativo em seu patrimônio. Ocorre que este efeito negativo estará presente em praticamente todos os casos de reparação, podendo ser melhor visualizado na reparação por danos extrapatrimoniais. Isto se deve ao fato de a legislação vedar o enriquecimento decorrente de ato ilícito. Assim, alguém que tenha praticado um ilícito não poderá sair em situação patrimonialmente mais vantajosa. A única hipótese de se verificar a ausência de um efeito negativo é quando o ofensor seja condenado apenas à devolução de algum bem que tenha retirado do ofendido. Em quaisquer outras situações em que o ofensor tenha causado dano sem que tenha isto revertido ao seu patrimônio, ele deverá prestar indenização que importará em diminuição de seu patrimônio.

Este efeito negativo no patrimônio do ofensor, apesar de conhecido, não deve constituir a finalidade da indenização, que será a restauração do dano. O efeito negativo é consequência natural da aplicação do instituto da reparação mas não serve para o seu fundamento.

3. Punição e responsabilidade civil

Não se nega que a punição possa constituir medida eficaz para a orientação dos indivíduos e que sua aplicação ampliaria a efetividade dos direitos de caráter extra-patrimonial. O que se buscou demonstrar é que o espaço para esta punição não é a responsabilidade civil. Esta conclusão se sustenta pelas características da responsabilidade civil, cujo escopo é reparatório, apesar de a reparação poder causar um efeito negativo no ofensor.

Isto não quer dizer que não se possa punir o ofensor ou tomar outras medidas que visem a prevenir a ofensa. O direito fornece outros instrumentos que permitem a tutela dos direitos de conteúdo extrapatrimonial que não a reparação. Fizemos breve referência de alguns, tais como as sanções administrativas, a tutela inibitória. É na aplicação de instrumentos jurídicos como estes que a função punitiva poderá cumprir sua função de forma adequada, sem agravar o ofensor além do necessário para que ele se sinta desestimulado a infringir direitos, tanto os de natureza patrimonial quanto os de natureza extra-patrimonial.

Bibliografia

- AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil. Vol. II.** 8ª edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- AGUIAR JR. Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução.** 2ª Edição, Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências.** 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1972.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil –Introdução.** 5ª Edição, Revisada, Atualizada e Aumentada de acordo com o Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, pg. 549.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais.** 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- BOLSON, Sinome Hegele. **Direito do consumidor e dano moral.** 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002
- CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral. Volume 1.** 11ª Edição. São Paulo: Editora Saraivam 2007.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Equidade no Novo Código Civil.** 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª Ed., rev. e amp. São Paulo:Atlas, 2007.
- CIANCI, Mirna. **O Valor da Reparação Moral.** 2ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- COULON, Fabiano Koff. **A Responsabilidade Civil entre o Funcionalismo e Formalismo: O Art. 944, Caput, do Código Civil Brasileiro.** Dissertação de mestrado apresentada ao PPGDIR – UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, 2007.
- COUTO E SILVA, Clóvis. **A Obrigação como Processo.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

_____. **Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile em Droit Brésilien et Comparé.** Cours fait à la Faculté de Droit et Siences Politiques de St. Maur, Paris XII, Porto Alegre, 1998, datilografado.

_____. **Dever de indenizar.** Em “*O Direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva*” – Véra Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Pgs. 191-216.

_____. **O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado.** Em “*O Direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva*” – Véra Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Pgs. 217-234.

Jornada de Processo Civil. Organização pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória (individual e coletiva).** 2ª Edição revista, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado.** São Paulo: Revista do Tribunais, 1999.

_____. “**Os danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação**”, in MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito privado: reflexos dos princípios, garantias e direitos constitucionais fundamentais no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 408-446.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. “**Usos e abusos da Função Punitiva (Punitive Dagens e o Direito Brasileiro)**”, in *Revista CEJ* (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal), Brasília, nº 28, pp. 15-32, 2005.

MARTINS DA SILVA, Américo Luís. **O dano moral e sua reparação civil.** 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia.** 1ª parte, 2ª edição revista, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência.** 13ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade.** 7ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

NORONHA, Fernando, **Direitos das Obrigações.** 1ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2007

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e Evolução no Direito Civil Brasileiro**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Tratado de Direito Privado. Tomo I**. 2º Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Tratado de Direito Privado. Tomo II**. 2º Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXII**. 2º Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI**. 2º Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII**. 2º Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIV**. 2º Ed. 3ª Reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. Pgs 213-214.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral do dano no código civil brasileiro de 2002 e sua concretização no dano-morte**. Tese de Doutorado apresentada ao PPGDIR-UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

SARAIVA, Leonardo Freire. **Punitive damages e o Direito Brasileiro: critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros**. Disponível em http://www.usembassyprograms.org.br/bdfdr/bitstream/123456789/44/1/monografia_LeonardoSaraiva.pdf. Porto Alegre, 2006.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil. Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2010.