

**Universidade Federal do Rio Grande do Sul**

**Caroline Alcaldes Leal**

**Função satisfativa da indenização por dano moral:**

Aplicabilidade e positivação na legislação brasileira

**Porto Alegre**

**2013**

**CAROLINE ALCALDES LEAL**

**Função satisfativa da indenização por dano moral:**

Aplicabilidade e positivação na legislação brasileira

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva.

**Porto Alegre  
2013**

## RESUMO

Este estudo visa a defender a incorporação, na legislação brasileira, da finalidade de satisfação da indenização por dano moral, analisando as razões que fazem a jurisprudência recorrer ao seu uso e refutando as críticas usualmente opostas à presença de objetivos punitivos e dissuasórios na responsabilidade civil. Busca-se apresentar critérios para a sua aplicação responsável, de forma a garantir a adequada defesa do ofensor e, de modo geral, a segurança jurídica; bem como a proveitosa destinação do valor da condenação. Verifica-se pelo exame do cenário jurídico atual que os recursos legais disponíveis são incapazes de conter as crescentes práticas danosas e o sentimento de impunidade junto aos indivíduos, devendo o Direito ajustar-se às necessidades do presente, a fim de cumprir com sua função de equilibrar as relações sociais.

**Palavras-chave:** Dano moral. Responsabilidade civil. Função satisfativa. Função punitiva e dissuasória.

## ABSTRACT

This study aims to defend the incorporation, in Brazilian law, the purpose of indemnity's satisfaction for moral damage, analyzing the reasons that make the courts to resort to its use and refuting the criticisms usually opposed to the presence of punitive and deterrent objectives in tort liability. It seeks to provide criteria for its responsible enforcement, to ensure the adequate defense of the offender and, in general, legal security, as well as useful allocation of the conviction's value. It is found by examining the current legal scenario that legal resources available are unable to contain the growing harmful practices and sense of impunity along individuals, the law must fit itself into present needs, in order to fulfill its function of balancing social relations.

**Keywords:** Moral damage. Tort liability. Satisfaction function. Punitive and deterrent function.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2 FOCO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DA CULPA AO DANO.....</b>	<b>7</b>
<b>2.1 Caracterização da responsabilidade civil.....</b>	<b>7</b>
<b>2.1.1 Responsabilidade civil subjetiva.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1.2 Responsabilidade civil objetiva.....</b>	<b>11</b>
<b>2.2 Conceito de dano.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.1 Dano patrimonial.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2.2 Dano extrapatrimonial.....</b>	<b>17</b>
<b>2.3 Obrigação de indenizar o dano moral.....</b>	<b>20</b>
<b>2.3.1 Previsão indenizatória na legislação.....</b>	<b>20</b>
<b>2.3.2 Funções da responsabilidade civil.....</b>	<b>21</b>
<b>3 FUNÇÃO SATISFATIVA DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1 Função punitiva no Direito Romano: a pena privada.....</b>	<b>26</b>
<b>3.2 Ressurgimento da função punitiva no Direito ocidental: os <i>punitive damages</i>.....</b>	<b>28</b>
<b>3.3 Funções da responsabilidade civil na indenização por dano moral no Direito brasileiro.....</b>	<b>30</b>
<b>3.4 Por que a função satisfativa da indenização por dano moral deve ser incorporada à legislação brasileira? .....</b>	<b>32</b>
<b>3.5 Sobre as principais críticas ao instituto.....</b>	<b>36</b>
<b>3.5.1 Impropriedade da alegação de “enriquecimento sem causa”.....</b>	<b>36</b>
<b>3.5.2 Inaplicabilidade do princípio da reparação integral ao dano moral.....</b>	<b>39</b>
<b>3.5.3 Separação e diálogo entre as esferas penal e civil.....</b>	<b>41</b>
<b>3.6 Aplicação da função satisfativa.....</b>	<b>46</b>
<b>3.6.1 Destinação do valor da satisfação.....</b>	<b>46</b>
<b>3.6.2 Pressupostos autônomos.....</b>	<b>48</b>
<b>3.6.2.1 Culpa.....</b>	<b>48</b>
<b>3.6.2.2 Vantagem econômica.....</b>	<b>50</b>

<b>3.6.3 Critério de aferição do <i>quantum</i> satisfativo.....</b>	<b>51</b>
<b>3.6.3.1 Reprovabilidade da conduta.....</b>	<b>52</b>
<b>3.6.3.2 Obtenção de vantagem econômica.....</b>	<b>53</b>
<b>3.6.3.3 Capacidade econômica do ofensor.....</b>	<b>56</b>
<b>3.6.3.4 Compensação do dano, cessação da conduta lesiva e atenuação dos efeitos danosos.....</b>	<b>58</b>
<b>3.6.3.5 Considerações gerais.....</b>	<b>59</b>
<b>4 CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>63</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade humana traduz a ideia de que “[...] a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial” (MARTINS-COSTA, 2001, p. 25). A existência humana precisa ser valorada enquanto fundamento do sistema jurídico, devendo a sua relação econômica com bens e outros indivíduos desempenhar papel coadjuvante nesse cenário.

A partir dessa premissa, não mais questionável após a vigência da Constituição Federal de 1988, os operadores do Direito depararam-se com o desafio de garantir sua efetivação na execução da lei. Uma das áreas em que mais polêmicos são os meios utilizados para proteger a dignidade humana é a responsabilidade civil por dano moral. Ciente desta orientação que prioriza o ser humano, grande parcela da jurisprudência e da doutrina passa a defender o emprego de funções punitiva e dissuasória na obrigação de indenizar – além da reparatória, prevista na legislação. É à aplicação dessas outras finalidades que se volta o presente trabalho.

Faz-se uma breve explanação sobre as modalidades de responsabilidade civil hoje vigentes em nosso ordenamento e suas possíveis funções, bem como sobre o uso de um fim punitivo e dissuasório em outros sistemas jurídicos. Busca-se apresentar as razões pelas quais a satisfação da vítima – noção em que inclusa a punição e dissuasão do causador do dano – deve ser incorporada à nossa legislação, refutando-se objeções tradicionais como o “enriquecimento sem causa”, limitação pelo princípio da reparação integral e separação entre os escopos das áreas civil e penal.

Ainda, apresenta-se considerações sobre a forma de aplicação da função satisfativa que devem guiar sua incorporação ao ordenamento, discorrendo-se sobre os critérios para sua incidência e quantificação, além de ponderar sobre o destino da verba condenatória. O intuito é mostrar a viabilidade na atribuição de outras finalidades ao dever de indenizar o dano moral, de forma a permitir sua positivação.

## 2 FOCO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DA CULPA AO DANO

### 2.1 Caracterização da responsabilidade civil

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar danos causados à pessoa ou ao patrimônio alheio, seja o interesse lesado de natureza individual ou transindividual. (NORONHA, 2008, p. 427). Acresça-se a tal definição que o evento gerador da lesão pode ter sido produzido tanto pelo titular da responsabilidade, quanto por pessoas ou coisas dele dependentes. (SAVATIER *apud* SILVA, A. 2005, p. 22).

Além do dano, os demais pressupostos de sua caracterização são o fato antijurídico, o nexo de causalidade e o nexo de imputação. O primeiro abrange ações e omissões humanas, bem como fatos da natureza que causem prejuízo, de modo culposo ou não. O nexo de causalidade é o elo fático que aponta a lesão como decorrência do fato antijurídico, estabelecendo um vínculo de causa e efeito. O nexo de imputação, por fim, é o fundamento legal que atribui responsabilidade pela indenização do prejuízo a determinada pessoa, em razão do prejuízo ilícito imposto a alguém; é o que vincula a ocorrência danosa com o titular do dever indenizatório. (NORONHA, 2008, p. 469-475).

A obrigação de reparar é um dever jurídico sucessivo, porque sempre tem origem na violação de outra obrigação, sendo esta o dever jurídico originário. O fundamento desta obrigação originária encontra amparo nos múltiplos deveres, positivos e negativos, impostos pelo ordenamento jurídico, e encontra raízes já no Direito Romano, em que havia o dever geral de não lesar terceiros, expresso pela máxima "*neminem laedere*". Dessa forma, o desrespeito de um dever originário configura um ilícito, o qual, na hipótese de causar prejuízo a terceiros, produzirá o dever sucessivo de indenizar a vítima da lesão. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 1-2).

A caracterização do ato ilícito é complexa e, ainda hoje, não pacífica na doutrina. A definição dos elementos necessários à sua configuração é controvertida, havendo as mais diversas teses sobre a integração da culpa em seu conceito. Para Sergio Cavalieri Filho, pode-se falar em duplo aspecto da ilicitude, sendo um objetivo e outro subjetivo. No primeiro, analisa-se somente a conformidade da conduta ou fato, isoladamente considerado, com o Direito, a fim de verificar se o resultado é nocivo a algum interesse juridicamente tutelado. Já no aspecto subjetivo, realiza-se



um juízo de valor sobre a conduta, averiguando se a violação do interesse surgiu da vontade livre e consciente do agente, configurando, pois, um agir culposo. Assim, ainda que o dano não provenha de um ilícito subjetivo, terá origem em ilícito objetivo, porque decorrente da violação de um dever jurídico preexistente – ressalvadas as raras exceções previstas na legislação quanto aos danos ocasionados por atos lícitos (2012, p. 8-10).

Em síntese, pode-se afirmar que a responsabilidade civil só existirá quando houver descumprimento de dever jurídico (ato ilícito) e dano, sendo esses os seus elementos nucleares, os quais farão nascer a obrigação de indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2). Cabe assinalar que o dever de reparar não é a única consequência possível do ato ilícito, uma vez que este poderá acarretar a perda de direitos, a autorização legal para revogação de atos jurídicos, entre outros (BRAGA NETTO, 2008, p. 10-11); ficando este trabalho, todavia, restrito aos desdobramentos da responsabilidade civil.

Ademais, o conteúdo do dever jurídico nem sempre estará precisamente delimitado nas obrigações originárias, havendo ocasiões em que o sujeito alvo da norma deverá integrá-la, a fim de alcançar a conduta necessária para o fiel cumprimento do dever jurídico. No negócio de compra e venda, a obrigação do vendedor em fornecer a coisa vendida é clara, não sendo, contudo, igualmente precisa a do depositário, que deverá realizar atos indispensáveis à conservação do bem em sua posse; atos que não estão pré-determinados e variam de acordo com o objeto a ser guardado e com as circunstâncias fáticas que o cercam. Neste caso – bem como em todos os outros em que há obrigação de conteúdo indefinido – caberá ao indivíduo obrigado identificar o agir necessário e executá-lo, a fim de cumprir o dever jurídico. A obrigação de não causar dano é, pois, uma obrigação de conteúdo indefinido. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 6).

Em sentido amplo, o dever indenizatório da responsabilidade civil abrange quaisquer danos causados de forma antijurídica aos interesses de outrem. Nesse contexto, os danos podem ter origem em conduta humana (atos comissivos ou omissivos) reprovada pelo direito; em acontecimentos naturais, especialmente quando houver relação com alguma atividade realizada por aquele que será responsabilizado pelo prejuízo; e mesmo em atos lícitos, quando há justificativa legítima para a conduta do responsável, mas, ainda assim, sua ação resultou em

dano antijurídico a terceiro. No último caso, somente há essa justificativa legítima nas hipóteses previstas na legislação. (NORONHA, 2008, p. 373-374, 428).

A responsabilidade civil pode ser abordada por distintos aspectos de sua configuração, cabendo-lhe diferentes classificações de acordo com o enfoque selecionado. Para os fins do presente estudo, analisaremos a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, sem nos aprofundarmos quanto à distinção entre responsabilidade negocial e responsabilidade civil geral – para utilizar a terminologia de Fernando Noronha<sup>1</sup> – uma vez que indiferente para a aplicação da função satisfativa da indenização por dano moral a ser defendida nesse estudo.

### 2.1.1 Responsabilidade civil subjetiva

De acordo com a doutrina clássica, a responsabilidade civil configura-se quando presentes quatro pressupostos essenciais, sendo eles: o ato (comissivo ou omissivo) que viola direito alheio, o dano oriundo dessa violação, a culpa e o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. A identificação da responsabilidade civil a partir desses pressupostos caracteriza a responsabilidade subjetiva. (LIMA, 1960, p. 47-48).

Mais precisamente, nessa construção clássica do dever de reparar, o elemento culpa é o principal pressuposto, porquanto é a ausência de cautela no comportamento humano que, via de regra, é capaz de qualificar a reprovabilidade da conduta e, por conseguinte, gerar uma resposta negativa do ordenamento à sua ocorrência. Por essa teoria, aquele que sofreu dano só obtém reparação se provar a culpa do agente. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 17-18).

---

<sup>1</sup> O jurista utiliza as designações “responsabilidade negocial” e “responsabilidade civil geral” ou “responsabilidade civil em sentido estrito” em contraposição, respectivamente, à terminologia “responsabilidade contratual” e “responsabilidade extracontratual” ou “responsabilidade aquiliana”. Entende ser inapropriada a denominação “responsabilidade contratual” porque ela também abrange a obrigação de indenizar não oriunda de contratos, como é o caso dos negócios jurídicos unilaterais; bem como a qualificação “responsabilidade extracontratual”, que se originou no período de formação do novo sistema capitalista, em que as obrigações contraídas no âmbito da autonomia privada protagonizavam o cenário jurídico, sendo os deveres “não contratuais” secundários, o que não corresponde ao papel de destaque que essa modalidade indenizatória ocupa no nosso sistema atual. Também assinala a impropriedade da designação “responsabilidade aquiliana” quando em referência à responsabilidade civil geral, porquanto o vocábulo “aquiliana” remete à *Lex Aquilia de damno*, a qual introduziu a culpa como pressuposto da obrigação de indenizar, não fazendo correta correspondência com a responsabilidade civil geral, que sempre contemplou hipóteses de reparação dos danos mesmo quando inexistisse culpa no agir do ofensor. Ressalva, contudo, que a designação “responsabilidade aquiliana” será adequada quando houver intenção de indicar a responsabilidade civil em sua modalidade subjetiva (NORONHA, 2008, p. 430-432).

Segundo Alvino Lima (1960, p. 76), a culpa pode ser descrita como “[...] um êrro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato”. Como requisito da responsabilidade civil subjetiva, a culpa é entendida em seu sentido amplo, conforme se infere do art. 186 do Código Civil de 2002<sup>2</sup>, uma vez que abrange a culpa em sentido estrito, traduzida pela alusão à “negligência ou imprudência”; bem como o dolo, pela referência à vontade consciente do ofensor, expressa nos termos “ação ou omissão voluntária” (MELO, 2012, p. 10).

A exigência de agir culposo para a configuração da responsabilidade civil explicita que, tradicionalmente, só o ilícito entendido em sua acepção subjetiva era capaz de gerar a obrigação de indenizar. Dessa forma, independentemente de a violação do direito alheio ser em função de um dever negocial ou de um dever legal – como o respeito à vida, à saúde ou à intimidade –, a obrigação reparatória só nasce quando provada a reprovabilidade do ato causador do dano.

Especificamente, o dano em questão precisa ser antijurídico, como visto no tópico anterior, porque o dano legítimo não gera obrigação indenizatória. Cita-se, a título exemplificativo, o caso do inadimplente cujo crédito fora restringido em razão de ter sido inscrito em algum sistema de proteção ao crédito. Na hipótese, há dano, ficando o devedor com sua reputação prejudicada e sem possibilidade de utilizar crédito perante o mercado, mas tal lesão não originará direito à reparação, uma vez que a dívida vencida efetivamente existe, sendo lícita a conduta do credor.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico exclui do campo da ilicitude o dano causado no exercício regular de um direito. O mesmo ocorre, nos termos do art. 188 do Código Civil de 2002<sup>3</sup>, em relação ao dano causado com a finalidade de promover a legítima defesa, quando o agente utiliza os meios estritamente necessários para impedir agressão ilegítima a direito seu ou de terceiro. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 20).

---

<sup>2</sup> Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>3</sup> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Cabe frisar, entretanto, a possibilidade excepcional de ocorrência de dano injusto, mesmo quando o ofensor agiu dentro dos limites da lei e, conseqüentemente, sem merecer juízo de reprovação pelo Direito, como é o caso do inc. II do art. 188 supracitado, em que há violação danosa do direito alheio a fim de remover perigo iminente. Em tais circunstâncias, conforme sustenta Sergio Cavaliere Filho (2012, p. 9), não há responsabilidade civil em sentido técnico, por não ocorrer violação de dever jurídico, existindo tão somente obrigação legal de indenizar.

Apesar de estar prevista em cláusula geral do Código Civil de 2002 – art. 186 combinado com o art. 927<sup>4</sup> – a responsabilidade subjetiva vem cada vez mais cedendo espaço, no campo da reparação civil, à responsabilização objetiva pelos danos causados à esfera jurídica alheia. A conduta do ofensor foi gradativamente deixada de lado, cedendo lugar à preocupação com a reparação dos danos e com a situação da vítima. Atualmente, a obrigação de indenizar independentemente de culpa protagoniza o cenário da responsabilidade civil.

### **2.1.2 Responsabilidade civil objetiva**

O processo produtivo industrial, as invenções modernas e o condensamento populacional nos centros urbanos trouxeram significativas mudanças na vida social, especialmente no século XX. O maquinário das fábricas e os veículos nas ruas foram algumas das causas para o expressivo aumento do número de acidentes, os quais criaram, de forma geral, uma situação de insegurança material das vítimas; a complexidade probatória quanto à culpa dos responsáveis ou à causa dos acidentes tornou a reparação de danos uma meta demasiadamente difícil de alcançar. Esse quadro fático, que foi tomando forma cada vez mais definida através das décadas do último século, forçou legisladores e julgadores a buscarem um modelo jurídico alternativo, a fim de restaurar a igualdade entre autor do dano e ofendido. (LIMA, 1960, p. 342-343).

A noção amplamente aceita no passado de que cabia à vítima suportar o dano a menos que se provasse ter o seu causador agido de forma moralmente reprovável deixou de responder, de modo minimamente satisfatório, os anseios da

---

<sup>4</sup>Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.  
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

sociedade. O sentimento de abalo da justiça em razão do evento lesivo passou a estar cada vez mais presente; a equidade clamava a restauração do equilíbrio rompido pelo dano, aumentando-se progressivamente a pressão sobre os julgadores para que fosse encontrado o responsável pela indenização. A vida mais confortável proporcionada pela industrialização e avanço científico cobrou o preço da multiplicação dos riscos, os quais se tornaram a própria condição do progresso e atividade moderna. Os acidentes produzidos massivamente por essa nova organização social passaram a compor a estrutura econômica; fator inevitável de sua disposição. (SILVA, W. 1962, p. 287-288).

Dentro desse contexto, o formato de responsabilidade subjetiva não mais solucionava de modo adequado os problemas da era moderna com que se deparavam os operadores do Direito. A necessidade de se questionar os pressupostos do dever de indenizar impunha-se de maneira inafastável, e a culpa não resistiu à análise do novo paradigma social, não se sustentando enquanto fator essencial da responsabilidade civil.

A teoria da responsabilidade independentemente de culpa fortaleceu-se e, gradualmente, foi inserida nos diplomas legais. Nas palavras precisas de Alvaro Lima:

Assim agindo, não se procurava arquitetar uma teoria especulativa, filosófica ou abstrata, mas acudir às necessidades imperiosas da vítima, haurindo na própria vida, nas suas manifestações reais, inconfundíveis, brutais, às vezes, a lição dos fatos para a confecção dos preceitos. [...] A teoria objetiva da responsabilidade civil, partindo de uma verdade real e incontestável que a vida forneceu ao jurista – a criação da insegurança material da vítima, da desigualdade manifesta entre os criadores de riscos e aqueles que suportam os efeitos nocivos destes perigos criados – procurou na segurança jurídica, responsabilizando o homem pelo fato decorrente da sua atividade, aquela igualdade a que se refere o jurista italiano<sup>5</sup>. (1960, p. 343).

A configuração da responsabilidade objetiva em forma de cláusula geral é, como frisa Felipe Braga Netto (2008, p. 84), sem dúvida, a maior alteração em matéria de responsabilidade civil trazida pelo Código Civil de 2002. A responsabilidade subjetiva, que imperava no Código Civil de 1916 através do art.

---

<sup>5</sup> O jurista italiano aludido é Silvio Trentin. O autor faz menção aos seus ensinamentos em “La Crise du Droit et de l'État”, sobre o esforço do homem para colocar-se em igualdade com os indivíduos com quem se relaciona.

159<sup>6</sup>, cedeu considerável espaço à responsabilização objetiva pelos danos causados no Código Civil de 2002, como se pode observar no art. 187, no parágrafo único do art. 927, no art. 928<sup>7</sup>, entre outros dispositivos.

Ela já era reconhecida em alguns casos pela jurisprudência, independentemente de expressa previsão legal, tendo o Supremo Tribunal Federal já no longínquo ano de 1969 editado a Súmula 492, prevendo a responsabilidade objetiva da empresa locadora de veículos pelos danos causados a terceiros, de forma solidária com o locatário: “A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado”.

Em que pese a responsabilidade objetiva também ser conhecida como “responsabilidade pelo risco”, vê-se dos dispositivos supramencionados que não só o risco a fundamenta, mas inclusive o uso abusivo do direito, verificado objetivamente em razão da violação dos limites ditados pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim econômico ou social do direito em exercício. Ainda, a equidade também poderá justificar a responsabilização independentemente de culpa nas hipóteses em que o agente for incapaz. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 29).

Sobre a responsabilização objetiva em razão do risco, preconizada no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, são diversas as correntes doutrinárias que embasam a sua incidência e aplicação, mas pode-se reduzir, essencialmente, em três os riscos que a fundamentam: risco de empresa, que determina que o responsável pela atividade econômica é quem deve arcar com os ônus do processo produtivo e distributivo; risco administrativo, segundo o qual os danos causados na persecução do bem comum devem ser arcados pelo ente público para que, dessa forma, os danos sejam redistribuídos pela coletividade de beneficiados; e risco-perigo, em que o beneficiário dos frutos da atividade lícita

---

<sup>6</sup> Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

<sup>7</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. [...]

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

potencialmente perigosa é quem deve arcar com as consequências danosas. (NORONHA, 2008, p. 485).

## 2.2 Conceito de dano

De todos os elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil, o dano é, sem dúvida, a única constante. Sendo a responsabilidade civil obrigação de indenizar uma lesão injusta, a fim de adequar a realidade para o estado de coisas em que se encontrava anteriormente ao fato ofensivo, é de pressuposto lógico a existência de um dano. “Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77). Portanto, mais importante que questionar se há ato doloso ou culposos, para haver dever de reparar é indispensável existir o que ser reparado.

O dano a ser tutelado pelo ordenamento jurídico, todavia, não é ou foi sempre o mesmo. Judith Martins-Costa frisa que o seu conceito está historicamente ligado ao valor atribuído à relação da pessoa com os diferentes bens da vida que a cercam, bem como ao valor dado à pessoa em si mesma. Nas irretocáveis palavras da jurista:

[...] como tudo no Direito, o conceito de dano não é “dado”, mas “construído” e, mais ainda, para usar uma expressão cara aos existencialistas, um “conceito situado”. De uma perspectiva claramente nominalista – vale dizer, dano seria tão-só o prejuízo sofrido por um bem determinado, calculado segundo a “Teoria da Diferença”<sup>8</sup> – se alcança uma noção normativa, ou jurídica, pela qual o dano é a lesão a interesse jurídico. E o “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, considera-se digno de interesse, haverá imediato reflexo no conceito de dano (2001, p. 22).

Assim, se o contexto histórico-cultural prioriza a relação entre a pessoa e seus bens dotados de expressão econômica, o indivíduo é visto primordialmente como titular de patrimônio, ganhando destaque a responsabilidade patrimonial. Contudo, se o foco é o próprio ser humano considerado em si mesmo, “[...] isto é, a

---

<sup>8</sup> Autora explica que a teoria define o dano como a exata diminuição patrimonial verificada após a sua ocorrência, aludindo às observações feitas por Clóvis do Couto e Silva na página 218 da obra “O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva”, organizada por Véra Fradera (publicação de 1997, da Livraria do Advogado).

pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente [...]” (MARTINS-COSTA, 2001, p. 21), a elaboração de princípios e regras jurídicas passa a normatizar essa dimensão existencial, possibilitando o surgimento da responsabilidade extrapatrimonial.

O dano é, portanto, não uma noção natural, mas o resultado da ofensa antijurídica provocada na esfera de direito alheio, cabendo a cada sociedade, em determinado intervalo temporal, definir o que é de interesse jurídico. Para Fernando Noronha, pode ser considerado “[...] o prejuízo, econômico ou não, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada” (2008, p. 555). É de se destacar a menção do jurista ao “valor inerente à pessoa humana” ou ainda à “coisa do mundo externo juridicamente tutelada”, uma vez que, em ambas as situações, a definição do conteúdo capaz de gerar a tutela do Estado está atrelada a uma inexorável carga valorativa, cuja atribuição, não raro, é incumbida ao magistrado.

O Brasil, que iniciou recentemente, do ponto de vista histórico, o regime democrático, passou por um processo de reconstrução axiológica da noção de pessoa; mudança que alterou a compreensão herdada do século XIX, em que pessoa, para fins de tutela jurídica, era o ente capaz de contrair direitos e obrigações: sujeito considerado individualmente, sem qualquer contextualização enquanto membro de algum grupo ou classe, visto objetivamente como ser capaz de ser parte de uma relação obrigacional. A ideia de pessoa apreciada em si mesma, fora de um contexto patrimonial, como titular de dignidade pelo simples fato de ser humana e a consideração de sua subjetividade enquanto elemento merecedor de tutela jurídica foram concepções erigidas a partir das experiências do século XX. Essa mudança de paradigma social e, por conseguinte, jurídico, que modificou o fundamento das Constituições concebidas após a II Guerra Mundial, foi o que permitiu que as dores do corpo, da mente e a turbação anormal do espírito humano fossem elevadas à condição de dano juridicamente relevante. (MARTINS-COSTA, 2001, p. 22-24).

A partir da Constituição Federal de 1988, a lesão sem valor econômico passou a ser amplamente tutelada, sendo a sua reparação elevada à categoria de direito fundamental (art. 5º, inc. V). A noção de dano alargou-se de modo sem



precedentes históricos, calcada nos novos anseios sociais que demandavam a proteção da dignidade.

### 2.2.1 Dano patrimonial

O dano patrimonial decorre da ofensa a bens jurídicos passíveis de avaliação pecuniária. Na cultura jurídica brasileira, é frequentemente tido por sinônimo de dano material, inclusive na legislação<sup>9</sup>. Apesar de consagrado o seu uso, o emprego da expressão “material” como equivalente de “patrimonial” é etimologicamente inadequado, uma vez que existem direitos imateriais de interesse econômico, os quais integram o patrimônio jurídico das pessoas e são protegidos pelo Direito. (NORONHA, 2008, p. 557, 566).

A violação de bens, corpóreos ou incorpóreos, pode acarretar prejuízo ao patrimônio da vítima; tanto a destruição dos equipamentos de trabalho quanto o ataque calunioso à reputação do profissional ocasionarão a ele dano patrimonial. Cabe frisar que, nessa última hipótese, o mesmo ato danoso importará, simultaneamente, em dano extrapatrimonial, pelo ataque à honra, e em dano patrimonial, em razão da perda de clientes, não havendo nenhum impedimento à reparação de ambos, sendo eles prejuízos distintos e indenizáveis. (MIRANDA, 1984b, p. 24-25).

Segundo o art. 402 do Código Civil de 2002<sup>10</sup>, os prejuízos patrimoniais podem ser, basicamente, de duas espécies, consistindo a primeira na diminuição real do patrimônio ocasionada pelo dano e a segunda no que razoavelmente o ofendido deixou de ganhar em função dele. Em que pese a opção do legislador pelas expressões “credor” e “inexecução”<sup>11</sup>, que poderiam sugerir a necessidade de um vínculo prévio entre as partes, as duas formas de dano patrimonial podem ocorrer envolvendo pessoas sem qualquer relação obrigacional prévia, como é o caso de alguém que provoque ofensa à saúde de terceiro e o torne temporariamente

---

<sup>9</sup> No Código Civil de 2002 e na Constituição Federal de 1988, por exemplo, o legislador optou pela expressão “material” para referir-se a lesões de interesse econômico, conforme se verifica, respectivamente, no parágrafo único do art. 953 e no inc. V do art. 5º.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Art. 403. 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.

incapacitado, ficando o ofensor obrigado a pagar-lhe as despesas de tratamento, bem como eventuais lucros cessantes<sup>12</sup>.

Em suma, o Direito protege o patrimônio atual dos indivíduos e o patrimônio futuro – aquele que, com boa margem de certeza, pertencer-lhe-ia acaso inexistisse o fato lesivo. A lesão àquele é chamada de dano emergente, e a este de lucro cessante. Por tratar-se de dano posterior à conduta lesiva, o lucro cessante é de configuração mais delicada, exigindo a verificação do nexo de causalidade entre o que se alega deixar de receber e a ofensa sofrida. A indenização só será devida quando havia a possibilidade e a volição por parte do lesado em obter o ganho, que deveria ser lícito e aguardado pelo curso normal dos fatos. (MIRANDA, 1984a, p. 213).

### **2.2.2 Dano extrapatrimonial**

Em que pese o dano extrapatrimonial ser tópico frequentemente abordado no campo jurídico e até mesmo fora dele, os contornos precisos de sua abrangência não são consenso entre os operadores do direito. Segundo Fernando Noronha, é aquele infligido a quaisquer bens e direitos sem conteúdo econômico, isto é, àqueles interesses que não podem ser compreendidos na noção de patrimônio (2008, p. 566). Esse conceito segue a linha majoritária da doutrina, que projeta a definição com um critério negativo, por meio de exclusão, condicionando a classificação do dano ao resultado da análise patrimonial da vítima antes e após a ofensa. (SANTANA, 2009, p. 149).

No Brasil, bem como em outros ordenamentos de tradição romano-germânica, o dano extrapatrimonial é tido por sinônimo de dano moral – expressão que ficou consagrada na jurisprudência e foi adotada por grande parte da doutrina. Seu uso está associado a quaisquer formas de sofrimento, angústia e aflição possivelmente experimentadas pela vítima, seja em função de um abalo psicológico<sup>13</sup>, seja por algum sofrimento físico tolerado<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Nos termos do art. 949 do Código Civil de 2002: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

<sup>13</sup> O abalo psicológico compreende tanto a saúde mental, capaz de ser atingida por um dano físico direto ao corpo ou pelo acometimento de uma enfermidade psíquica; quanto o estado da mente, que pode ser prejudicado pelo sofrimento, estresse em nível elevado, alto constrangimento, entre outras situações.

Muitas são as críticas ao uso dessa nomenclatura, pois que, para alguns, o dano moral seria espécie do dano extrapatrimonial, o qual compreenderia todas as formas de ofensa aos bens da personalidade humana. (MELO, 2012, p. 119). A despeito das divergências, o problema conceitual inicia já na redação dos diplomas legais, uma vez que o legislador optou pela expressão "dano moral" como contraponto ao "dano material" ou "dano patrimonial", o que pode ser observado no art. 5º, inc. V e X da Constituição Federal de 1988; art. 186 do Código Civil de 2002; e art. 6º, inc. VI e VII do Código de Defesa do Consumidor de 1990<sup>15</sup>.

Em que pese o dicionário do vernáculo defina "moral" como "conjunto de regras de conduta ou hábitos julgados válidos, quer de modo absoluto, quer para grupo ou pessoa determinada" ou ainda como "relativo ao domínio espiritual (em oposição a físico ou material)" (FERREIRA, 1986, p. 1158), o dano moral, na ciência

---

<sup>14</sup> Os seguintes precedentes ilustram bem o emprego da terminologia e sua abrangência: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PRIVADO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. CARACTERIZADA A LESÃO CORPORAL. VALOR. RAZOABILIDADE. CONCLUSÕES ALCANÇADAS PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no AREsp 158.313/RO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 24/10/2013) e DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AGRAVADO EM CADASTRO RESTRITO AO CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO DE DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL. IMPROVIMENTO. 1.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo. 2.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, para a inscrição indevida em cadastro de inadimplemento, foi fixado o valor de indenização de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais) a título de dano moral, consideradas as forças econômicas do autor da lesão. 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 369.783/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 02/10/2013)

<sup>15</sup> Constituição Federal de 1988:

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;

Código Civil de 2002:

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

Código de Defesa do Consumidor de 1990:

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;

do Direito, costuma ser definido por grande parcela de seus operadores como aquele que fere a dignidade humana em algum – ou vários – de seus aspectos<sup>16</sup>, representando toda forma de atentado ao corpo e à mente. Conseqüentemente, é seguro admitir que o termo “moral” foi incorporado ao vocabulário jurídico com sentido próprio, o qual ultrapassa a definição original, da linguagem não técnica, para apropriar a noção de dignidade humana<sup>17</sup>.

Certamente, outro importante e impreciso conceito no ramo jurídico é o do termo "dignidade humana", todavia, não nos aprofundaremos nas divergências doutrinárias. Talvez a mais feliz definição de dignidade seja aquela encontrada no dicionário: “honra, respeitabilidade, [...] Respeito a si mesmo, amor-próprio [...]” (FERREIRA, 1986, p. 589). A ideia contida no significado é a de que o ser – no caso, humano – tem valor em si mesmo, é digno de respeito, merecedor de estima pelo simples fato de ser. O dano moral, portanto, enquanto violação da dignidade, é a lesão a qualquer aspecto humano, acarretando prejuízo ao bem-estar; é o desrespeito intenso e anormal à pessoa enquanto ser humano, afetando sua integridade física ou psicológica.

Deste modo, utilizar-se-á nesse trabalho a expressão “dano moral” para referir a existência de dano à pessoa humana, resultante da violação de qualquer aspecto de sua dignidade; seja o dano fruto de lesão direta ao corpo ou à mente, seja o dano reflexo indireto de lesão a bens externos, materiais ou imateriais<sup>18</sup>. Tal opção, feita

---

<sup>16</sup> A exemplo, leciona Héctor Valverde Santana: “O ser humano tem natureza complexa, diversificada no aspecto subjetivo, variável no tempo e no espaço, sujeita a constantes mutações. Desta forma, não há como elaborar rol exaustivo ou fechado de valores inerentes à dignidade da pessoa humana e limitar os casos de dano moral.” (2009, p. 150).

<sup>17</sup> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. BRASIL TELECOM/OI. AÇÃO DE DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM E DANO MORAL. COBRANÇA DE SERVIÇO NÃO CONTRATADO. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. – **O dano moral é a lesão/violação de um direito personalíssimo que cause na vítima sensações negativas ou desprazerosas, que transborda a normalidade e a tolerabilidade do homem médio. É o rompimento do equilíbrio psicológico, é a violação da dignidade da pessoa humana.** E por isso, seu reconhecimento deve ocorrer em situações graves e sérias. - O mero dissabor, decorrente de uma violação de relação negocial, mesmo com repercussão econômica, por si só, não gera direito ao recebimento de indenização por dano moral. As frustrações de relacionamentos devem ficar fora do judiciário. - Não violado direito personalíssimo indevido o reconhecimento de dano moral. - Verba sucumbencial mantida. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70057018046, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 21/11/2013, grifo nosso)

<sup>18</sup> Assim como o interesse pecuniário pode ser lesado pela ofensa a bens e valores internos ao ser humano – como a difamação, que pode repercutir na esfera econômica do indivíduo –, o estado psicológico pode ser atingido pelo dano a um bem externo e material – uma pintura herdada de família que é destruída, por exemplo (NORONHA, 2008, p. 557).

em detrimento do termo “dano extrapatrimonial”, dá-se por ela não situar o patrimônio como referencial da tutela da responsabilidade civil.

Também se prefere a sua utilização à nomenclatura “danos à pessoa” – utilizada por alguns juristas para delimitar o conceito ora defendido<sup>19</sup> –, pois esta não deixa explícita a exclusão das pessoas jurídicas de sua abrangência, as quais, segundo a noção aqui estabelecida, são incapazes de sofrer dano moral. Embora possam as pessoas jurídicas ter sua imagem atacada, o dano eventualmente suportado é patrimonial; ainda que a ofensa se dê em relação à reputação, que é bem imaterial, o fato só é juridicamente relevante porque causa perda econômica – visto que uma pessoa jurídica é, naturalmente, incapaz de sentir outra forma de prejuízo<sup>20</sup>. Ante a dificuldade experimentada na tentativa de definir um termo apropriado aos danos que violam a dignidade humana, em razão de sua natureza complexa, a escolha terminológica privilegiará o uso consagrado na doutrina e na jurisprudência.

## **2.3 Obrigação de indenizar o dano moral**

### **2.3.1 Previsão indenizatória na legislação**

Como visto anteriormente, a previsão indenizatória do dano moral está positivada entre as garantias fundamentais, no art. 5º, inc. V e X da Constituição de 1988. Não há qualquer limitação à forma como deve dar-se esta indenização, ou mesmo estipulação de que parâmetros devem ser adotados para a sua realização. Mais tarde, com a edição do Código Civil de 2002, não houve grande avanço, porquanto estipulou em seu art. 944 que “A indenização mede-se pela extensão do dano”, o que também não é de grande ajuda para determinar o valor da condenação, visto que inexistente qualquer método natural e objetivo para aferir a “extensão” de um dano moral.

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, Judith Martins-Costa (2001, p. 31-38) e Fernando Noronha (2008, p. 557-572).

<sup>20</sup> Excepcionalmente, poderá admitir-se a ocorrência de danos imateriais desprovidos de conteúdo econômico em face de pessoas jurídicas sem fins lucrativos, como expõe Maria Celina Bodin de Moraes ao falar sobre a possibilidade de um “dano institucional” (2007, p.191). Eventuais danos desta espécie, contudo, também não caracterizam dano moral por faltar às pessoas jurídicas a noção de “valor em si”, reconhecida aos seres humanos e positivada na forma de proteção à dignidade humana, nos termos do art. 1º, inc, III da Constituição Federal de 1988.

Em termos literais, o prejuízo moral não pode ser indenizado. O verbo “indenizar” tem origem no latim, deriva da expressão “*in dene*”, que significa eliminar o dano e seus efeitos, restabelecendo o estado existente antes da ocorrência lesiva. (MORAES, 2007, p. 145). Não se compatibilizando o significado do termo “indenização” com essa forma de ofensa e não tendo a legislação definido novo sentido a ele – ou mesmo elementos orientadores de sua aplicação –, apresenta-se novamente um problema terminológico.

Por essa razão, muitos operadores do Direito preferem utilizar os verbos “ressarcir” e “compensar”: o dano patrimonial é ressarcível, enquanto o dano moral é compensável. O ressarcimento busca o retorno ao estado anterior à ocorrência da lesão, seja pela reposição do bem atingido, seja pelo pagamento de soma equivalente ao prejuízo. (BRAGA NETTO, 2008, p. 19). A compensação procura conceder um meio de atenuar as consequências do dano, visto que a sua completa eliminação não é praticável. (SILVA, A. 2005, p. 43).

Uma vez que o objetivo desse estudo é defender o exercício de outras funções pela responsabilidade civil que não a meramente compensatória em hipóteses de violação moral, é preciso definir um termo que designe o conteúdo da condenação em face do prejuízo injusto, independentemente de quais – e quantas – sejam as funções por ele exercidas. Atualmente, contudo, não há nomenclatura que indique, simultaneamente, as noções de compensação, punição e dissuasão.

Assim, tendo em vista a ausência de restrição constitucional em matéria de responsabilidade civil, bem como a ausência de fatores delimitantes para a concessão de verba indenizatória na legislação, utilizaremos o termo “indenização” para designar a resposta dada em razão de um dano ilícito, patrimonial ou moral, independentemente da função que essa resposta – pecuniária ou de outro tipo – assumira. Em que pese fugir à acepção original da palavra, preferimos o seu uso por não demandar a criação de uma nova expressão ou o emprego de múltiplos vocábulos para aludir ao valor da condenação, bem como por ser o termo utilizado tanto no Código Civil de 2002 como na Constituição Federal de 1988.

### **2.3.2 Funções da responsabilidade civil**

No intuito de compreender os pressupostos da responsabilidade civil, suas diferentes modalidades, bem como garantir seu êxito na manutenção do equilíbrio

social, é essencial entender seu papel enquanto estrutura jurídica. Assim, far-se-á uma breve explanação a respeito das principais funções atribuídas à responsabilidade civil atualmente.

A função reparatória é a mais antiga e tradicional da responsabilidade civil, exprimindo a ideia de que os prejuízos causados devem ser eliminados, de modo que o bem da vida alvo de ofensa seja restabelecido ao estado em que se encontrava anteriormente ao dano. Essa noção também está presente nas expressões “ressarcir” e “indenizar”, razão pela qual a função reparatória também é conhecida como função indenizatória ou função ressarcitória. Há juristas que utilizam o termo “reparação” com significado mais amplo, englobando os conceitos tanto de indenização quanto de compensação. (NORONHA, 2007, p. 435-436). Percebe-se que o conceito está vinculado a uma visão estritamente patrimonialista, porquanto só os bens de natureza econômica podem ser recompostos ao seu estado original, seja pela reparação *in natura*, seja pelo pagamento do equivalente exato em dinheiro. (SANSEVERINO, 2010, p. 34).

A função compensatória, por outro lado, é o fim almejado pela condenação pecuniária nos casos de responsabilidade civil por dano moral. Seu objetivo é atenuar os sentimentos negativos causados na vítima pela experiência danosa, seja em sua esfera social, seja em sua esfera psicofísica. Assim, diferentemente do que ocorre com os danos patrimoniais, a compensação não é o preço do prejuízo, mas o conforto proporcionado ao ofendido para melhorar sua situação fática agravada pela conduta danosa<sup>21</sup>, auxiliando na superação desta, de modo que a vítima não será

---

<sup>21</sup> Essa noção de compensação, intrínseca aos valores concedidos a título de dano moral, pode ser observada pela aplicação do conceito na jurisprudência, conforme se vê no seguinte precedente: APELAÇÃO CÍVEL. CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ADMINISTRADORA DO CARTÃO. REJEIÇÃO. Não há falar em ilegitimidade da administradora do cartão de crédito para responder a demanda em que se reclama indenização por danos morais em razão de inscrição em órgãos restritivos, realizada em função da utilização do cartão de crédito gerido pela referida pessoa jurídica. PAGAMENTO COMPROVADO. INSCRIÇÃO ILEGAL. Demonstrado que o autor efetuou o pagamento dos valores devidos em razão da utilização dos dois cartões de crédito de que era titular, inarredável a conclusão de que a anotação aposta em seu desfavor carece de legalidade. PEDIDO DE CANCELAMENTO DE APENAS UM DOS CARTÕES, O QUAL, ADEMAIS, NÃO FOI FEITO POR ESCRITO. IRRELEVÂNCIA. É de somenos importância que o autor tenha solicitado o cancelamento de apenas um dos cartões de crédito emitidos em seu nome, bem como que isso não tenha sido feito por escrito. Não havendo inadimplência, a inscrição afigura-se irregular, a despeito de tais circunstâncias. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO. **Para a avaliação do dano moral sofrido, o órgão julgador deve atentar para a dupla finalidade da indenização: a compensatória, que visa proporcionar lenitivo ao prejuízo causado ao consumidor e a pedagógica, cujo objetivo é desestimular a repetição de condutas semelhantes.** No caso, o valor fixado na sentença mostra-se excessivo, merecendo ser reduzido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. O valor dos honorários advocatícios foi fixado com observância dos critérios estampados no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil,

reconduzida ao estado em que se encontrava antes da lesão, mas ficará em situação melhor do que aquela estabelecida logo após o dano. (SANTANA, 2009, p. 190-191).

Enquanto as funções reparatória e compensatória focam-se na vítima, a função punitiva prioriza a pessoa do ofensor, realizando uma análise do ato ilícito cometido a fim de estipular a adequada resposta do ordenamento jurídico à ação do infrator, consistindo, em síntese, em uma diminuição patrimonial que desencoraje a repetição de tal comportamento. (MORAES, 2007, p. 217-219). Seu surgimento no Brasil teve inspiração direta no instituto da *punitive damages*, presente no sistema da *common Law*, que consiste em uma verba autônoma em relação ao valor reparatório ou compensatório e visa à punição exemplar do agente, sendo concedida em casos de ilícito civil em que a conduta do ofensor é especialmente reprovável<sup>22</sup>.

A existência de uma finalidade punitiva na responsabilidade civil moderna, no entanto, é ponto mais que controverso. Muitos doutrinadores defendem que o caráter punitivo seria exclusivo do Direito penal, pertencente ao ramo de Direito público, uma vez que é atribuição deste coibir condutas incompatíveis com o escopo social. Dentre as principais objeções, afirma-se que a agregação de um aspecto punitivo à indenização sujeita o ofensor a duplo sancionamento pelo mesmo fato, o que é vedado pelo ordenamento, bem como fere o princípio da legalidade a que estão adstritas as penas. (SANTANA, 2009, p. 193-195). Ainda, não há previsão expressa da função punitiva em nenhum dispositivo legal de nosso sistema, o que também gera oposição à sua aplicação. (SANSEVERINO, 2010, p. 273). A despeito das críticas, a função punitiva é defendida por parcela considerável da doutrina e faz-se presente na jurisprudência, mesmo que de forma mitigada<sup>23</sup>.

---

impondo-se sua manutenção. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. A repetição do indébito pressupõe pagamento a maior, de cuja ocorrência inexistente prova, não havendo falar na adoção da referida medida. Preliminar rejeitada e apelos das rés parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70048552517, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 28/08/2013, grifo nosso)

<sup>22</sup> A análise mais detalhada do instituto será realizada em tópico específico.

<sup>23</sup> EMBARGOS INFRINGENTES. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Quantum indenizatório fixado em 10 (dez) salários mínimos em razão dos prejuízos advindos da inscrição indevida do nome do autor nos cadastros de inadimplentes que se mostra adequado para o caso concreto, pois cumpre as funções reparatória, punitiva e pedagógica esperadas da condenação, sem causar enriquecimento excessivo àquele. Mormente no caso concreto, em que não evidenciado qualquer outro prejuízo além daquele inerente à simples restrição indevida. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS. (Embargos



Paralelamente, encontra-se a função preventiva, também conhecida como dissuasória ou pedagógica<sup>24</sup>, a qual tem íntima relação com a função punitiva, sendo seus objetivos, do mesmo modo, similares aos do Direito penal. Seu intento é desestimular a prática de condutas danosas, tanto pelo ofensor quanto pelos demais membros da sociedade – finalidades conhecidas no âmbito penal, respectivamente, como prevenção especial e prevenção geral – principalmente quanto aos danos que podem ser evitados, oriundos de atos culposos. (NORONHA, 2007, p. 439-440).

Por fim, tem-se a função de satisfação da indenização, que, segundo a noção desenvolvida pela doutrina alemã, compreende diversas finalidades atribuídas à responsabilidade civil, abarcando um conjunto de objetivos que o valor imposto ao ofensor em favor do ofendido busca alcançar. Traduz-se na ideia de que, entre o autor de dano pessoal e a vítima, surge uma relação diferente daquela envolvendo outras formas de prejuízo, e que demanda a consideração de todas as circunstâncias relativas ao fato lesivo, a fim de se determinar o *quantum* indenizatório. Assim, a função satisfativa estipula que o montante condenatório deve, simultaneamente, proporcionar à vítima um sentimento de realização da justiça, infligir ao ofensor perda patrimonial significativa e ser suficiente ao desestímulo de conduta semelhante no futuro. (KERN, 1999, p. 26).

O termo “satisfação” também pode ser utilizado com conotação distinta, paralela à ideia de compensação (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 249) – como, aliás, frequentemente vê-se na nossa jurisprudência<sup>25</sup> – para aludir ao valor

---

Infringentes Nº 70034441535, Sexto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 26/02/2010)

<sup>24</sup> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANO MORAL. SERVIÇO NÃO CONTRATADO. Prejuízo moral indenizável confirmado, tendo em vista que o autor restou cobrado por serviço não solicitado. Quantum indenizatório majorado. Observância das funções reparatória, punitiva e dissuasória da responsabilidade civil. A ré deverá ser intimada, pessoalmente, para cumprimento da determinação (verbete de súmula 410 do STJ), no prazo de cinco (5) dias, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais), consolidada, desde já, em 6.000,00 (seis mil reais). Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da condenação, pois em conformidade com o art. 20, § 3º do CPC. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70052698974, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 15/05/2013)

<sup>25</sup> Há julgadores que utilizam a expressão “satisfação compensatória” para assinalar a ideia de mitigação do sofrimento causado pelo dano – terminologia também utilizada por Fernando Noronha (2007, p. 436) –, conforme se constata pelo uso da expressão no seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça – STJ: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURADA A MÁ-FÉ DA PARTE E

arbitrado com o fito de proporcionar à vítima alegrias futuras, capazes de lhe restabelecer o bem-estar perdido em razão do dano. Nesse caso, o montante equivaleria à reparação concedida em hipóteses de dano patrimonial, sendo uma tentativa de aproximação do efeito alcançado por ela.

A mais abrangente concepção de “satisfação”, contudo, vem do Direito suíço, em que o termo inclui tanto a noção de compensação do dano quanto a de punição – explícita na noção de satisfação construída pelos juristas alemães. (KERN, 1999, p. 28). A quantia conferida à vítima a título satisfativo, pois, exprimiria o conjunto de todas as respostas devidas pelo ordenamento em razão do evento lesivo.

As finalidades que fogem à atual sistemática reparatória e compensatória da responsabilidade civil serão objeto de análise no tópico a seguir, estudando-se a sua aplicação no que tange ao dano moral. Utilizaremos, assim, a função satisfativa com o conteúdo dado pela doutrina alemã, o qual engloba as funções hoje não expressamente acolhidas pela nossa legislação.

---

OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE.

- Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão.

**- Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação.**

- É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes.

- Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes - É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte e seja observado o contraditório. Precedentes.

- A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes.

Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido. (REsp 931.556/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 05/08/2008, grifo nosso).

### 3 FUNÇÃO SATISFATIVA DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL

#### 3.1 Função punitiva no Direito romano: a pena privada

O Direito romano estipulou a separação entre o que era considerado agressivo à coletividade e o que atentava contra o indivíduo, dividindo os atos ilícitos em *crimina publica* e *delicta privata*, respectivamente. Os ilícitos que se enquadravam nesta última categoria seguiam os procedimentos do processo civil; isto é, o seu processamento dependia unicamente da iniciativa privada. Portanto, todos aqueles que fossem lesados por atos considerados *delicta privata* só teriam alguma resposta estatal se tivessem a iniciativa de buscar o julgamento do ilícito, competindo-lhes, com exclusividade, o impulso processual. (LOURENÇO, 2006, p. 35).

Enquanto os delitos públicos abrangiam os crimes contra o equilíbrio social – como o atentado à segurança do Estado e o homicídio de homem livre –, os delitos privados abrangiam as ofensas à pessoa da vítima ou a seus bens – como as lesões corporais e o furto. Os primeiros eram punidos com penas públicas, impostas por tribunais especiais, as quais variavam entre pena de morte, castigos corporais ou multa, que era paga ao Estado. Os delitos privados eram punidos pecuniariamente, se houvesse sido intentada a ação adequada pelo lesado, e a condenação era a ele destinada. (ALVES, 2010, p. 579). Essa quantia cominada no julgamento era a chamada “pena privada”, que, como frisam Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, p. 235), não diz respeito à “justiça privada” ou à “vingança privada”, e menos ainda a uma pena infligida por sujeitos privados.

Os romanos, contudo, não conheceram uma teoria geral da responsabilidade civil. Todas as ofensas ilícitas passíveis de reação judicial estavam previstas na legislação, inexistindo uma obrigação genérica de responder por quaisquer danos causados. Ocorrendo a lesão de bem particular protegido por lei, o ofendido poderia intentar tanto uma ação penal privada (*actio poenalis*), visando à punição pecuniária do ofensor, a qual consistia em um múltiplo do valor do prejuízo sofrido; quanto uma ação reipersecutória (*actio reipersecutoriae*), buscando a recuperação do bem subtraído ou, não sendo esta opção possível, o pagamento de quantia equivalente. Essas ações eram independentes e cumuláveis, ficando a critério do lesado propor

uma ou ambas. Alternativamente, era disponibilizada a ação mista (*actio mixta*), que abarcava a reparação e a punição da ofensa, excluindo a possibilidade de intentar qualquer outra. A ação penal era ainda cumulável com outras ações penais, nos casos em que o dano tivesse sido provocado por diversos agentes, ficando todos eles sujeitos à integralidade da pena. (LOURENÇO, 2006, p. 36-38).

Entre os delitos privados, nos é de particular interesse o ilícito da *iniuria*. Na etimologia da palavra, indica ato contrário ao direito, mas em acepção estrita, demarca infração específica, que na época clássica contemplava os danos causados à integridade física ou moral de alguém. (CRETELLA JÚNIOR, 2003, p. 215). É a figura que nesse trabalho delimitamos como o dano moral.

A evolução histórica da *iniuria* fez com que a pena pecuniária de valor fixo, estipulada em lei, fosse substituída pelo arbitramento casuístico. A partir dos fatos comprovados no processo, o juiz estipulava a quantia a ser paga pelo lesante, ficando a individualização do valor, nos casos de maior gravidade, a cargo do Pretor, que avaliava as peculiaridades da situação. Para quantificar o montante, eram consideradas a lesão em si, o local em que tivesse sido cometida, e a pessoa do ofendido. A condenação passou a sopesar a importância da ofensa moral, ponderando inclusive a posição social do lesado. (LOURENÇO, 2006, p. 46-47).

No Direito clássico romano, iniciou-se a passagem da *iniuria* do campo dos delitos privados para os públicos, facultando ao ofendido o julgamento da infração, se grave, pelos *Quaestiones Perpetuae* – tribunais que julgavam os delitos públicos – o que possibilitava a aplicação das penas públicas, que eram, como visto, usualmente mais severas. A partir do período do principado, no entanto, foi estabelecido que a vítima que optasse pelo julgamento criminal da ofensa perderia o direito de mover a ação privada. (ALVES, 2010, p. 588).

Percebe-se, pois, que a função punitiva fazia-se presente no Direito civil romano, e não só na esfera penal. A classificação dos ilícitos entre esta e aquela área dava-se pela divisão dos bens atacados, se considerados particulares ou de interesse coletivo. O fato de um bem ser enquadrado como particular não eliminava, entretanto, a necessidade de coerção estatal quando a vítima se sentisse prejudicada. A repressão aos ilícitos que atentavam contra a integridade psicofísica do ser humano, que em um primeiro momento veio na forma de sanção pecuniária tarifada pela lei, passou a ser quantificada caso a caso, avaliando-se as particularidades de cada episódio lesivo. Por fim, a importância reconhecida a esse

tipo de ofensa em casos mais graves motivou os romanos a procurarem uma forma de proteção mais intensa ao indivíduo enquanto pessoa, buscando suprir essa necessidade com a opção de uma resposta penal.

### **3.2 Ressurgimento da função punitiva no Direito ocidental: os *punitive damages***

Os *punitive damages*, também conhecidos como *exemplary damages* – esta última nomenclatura mais usual na Inglaterra –, são uma figura originária do sistema da *common Law*, e consistem em uma verba indenizatória, autônoma ao valor compensatório (*compensatory damages*), concedida em razão de um dano ilícito. Diferentemente dos *compensatory damages*, que buscam colocar o lesado, tanto quanto possível, na posição em que estaria se não tivesse sido alvo da ofensa ilícita, a incidência dos *punitive damages* não ocorre em qualquer hipótese de lesão civil, mas somente nos casos em que a conduta do ofensor foi tão ultrajante que merece também uma punição e uma resposta estatal que iniba comportamentos semelhantes no futuro, não sendo suficiente a mera compensação do dano. (BROOKE, 2009, p. 1).

A ideia de uma indenização que exceda o valor dos danos suportados pelo ofendido na responsabilidade civil está presente no Direito inglês desde 1278, quando houve a introdução dos *multiple damages*, feita pelo *Statute of Gloucester*<sup>26</sup>. A imposição de uma quantia, múltipla do prejuízo suportado, era um instrumento pelo qual o parlamento inglês buscava despertar o interesse do público em efetivamente aplicar a previsão legal. (BLAKEY, 1997, p. 101). Interessante notar que já na Idade Média buscavam-se mecanismos que não permitissem a legislação virar “letra morta”, utilizando-se a coerção econômica como forma de garantir a vinculatividade do Direito.

O surgimento dos *exemplary damages* no Direito inglês, em sua configuração atual, deu-se em meados de 1760, durante uma série de casos em que o governo da época estava tentando impedir a publicação do jornal *North Briton*, associado a um notório político da época, John Wilkes. Os juízes consideraram que houve abuso

---

<sup>26</sup> Referido equivocadamente pelo autor como “Statute of Cloucester”, conforme informação constante da *Encyclopædia Britannica Inc.*, no tópico “Early statute law”, disponível em: <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/128386/common-law/40228/Early-statute-law#ref465700>

de poder pelos funcionários públicos, que interferiram indevidamente na liberdade de cidadãos, e concederam indenização além da compensatória – ou permitiram que júris a concedessem – quando o comportamento do réu tivesse sido especialmente reprovável. (BROOKE, 2009, p. 1). Um dos casos mais famosos foi o processo contra a Coroa inglesa em razão da prisão ilegal do editor do jornal, que criticava o rei George III. (SEBOK, 2009, p. 159).

Nos Estados Unidos, o primeiro caso de concessão de *punitive damages* foi em 1784, na ação de Genay vs. Norris. O episódio envolvia um médico que havia colocado uma grande quantidade de droga no copo de vinho de um homem com quem tinha certa rivalidade, fazendo este entrar em colapso publicamente na ocasião em que se enfrentariam em um duelo e perder o embate (SEBOK, 2009, p. 160).

Atualmente, consta da sistematização do Direito norte-americano feita por influentes juristas, o *Restatement of the Law (Second) – Restatement of Torts*, no § 908, que podem ser concedidos *punitive damages* quando o ato que causou o dano foi ultrajante, porquanto se deu em razão da motivação cruel do agente ou em função de sua imprudente indiferença para com os direitos alheios. A função do instituto é voltada para a punição do ofensor por seu comportamento insultuoso, e para o desencorajamento de condutas semelhantes no futuro, seja por ele, seja por outros indivíduos. (*apud* MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 257, tradução nossa).

A destinação dos *punitive damages* varia entre os estados norte-americanos que admitem esta forma de condenação<sup>27</sup>. Em 1987, a American Bar Association realizou proposta a fim de estipular uma divisão das verbas entre o ofendido e o Estado, no intuito de conferir àquele o valor necessário ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, ficando o restante com este. A ideia central da proposta foi acolhida por alguns estados, gerando diversas reformas legislativas. (LOURENÇO, 2006, p. 186).

Na maior parte dos estados, a integralidade do valor é conferida ao autor da ação. Os estados de Georgia, Indiana e Iowa, contudo, direcionam 75% dos *punitive damages* obtidos pelo autor a fundos públicos, embora em Iowa só seja feita a

---

<sup>27</sup> Cinco estados proíbem a condenação em *punitive damages*: Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire, e Washington. Louisiana, Massachusetts e Washington, no entanto, permitem a concessão quando houver autorização legal (SEBOK, 2009, p. 155).

divisão se a conduta do réu não foi dirigida especificamente ao autor. Em outros estados, como Missouri, 50% do valor é retido para fundos públicos. Já em Illinois, a quantia concedida à vítima fica a critério do tribunal que julgou a causa, o qual decide, no caso concreto, como é feita a divisão entre o autor, o seu advogado e o estado. (SEBOK, 2009, p. 175-176).

Em que pese os *punitive damages* tenham sido confundidos em sua origem com os *compensatory damages*, só sendo conferidos em casos de dano moral, hoje não há nenhuma restrição formal para que sejam aplicados em casos de dano patrimonial, desde que configurada a conduta ultrajante do ofensor. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 239). Destaque-se o caso *BMW of North America, Inc. vs. Gore*, em que o autor Ira Gore comprou um veículo da marca BMW, tendo percebido só nove meses após a aquisição que a pintura era retocada, e não a original de fábrica. Houve uma avaria no veículo no transporte da Alemanha para os Estados Unidos, tendo a empresa feito um retoque na pintura e vendido o veículo sem avisar sobre o reparo. O autor alegou fraude e convenceu o júri, que além de conceder indenização compensatória pela desvalorização do bem, concedeu *punitive damages*. (VAZ, 2009, p. 61-62).

Apesar de todas as diferenças estruturais entre os sistemas da *common Law* e da *civil Law*, os *punitive damages* foram o instituto que mais influenciou o desenvolvimento de uma função punitiva e dissuasória na responsabilidade civil brasileira. Inspirando-se nele, por vezes até de forma expressa, a jurisprudência superou o paradigma reparatório presente na legislação e consagrado pela doutrina para buscar outras funções na resposta ao ilícito danoso, agindo na vanguarda da crise enfrentada pela responsabilidade civil ante a dificuldade em eliminar certas condutas extremamente reprováveis e reiteradas, que sobrecarregam o Judiciário e, principalmente, disseminam o sentimento de impunidade no meio social.

### **3.3 Funções da responsabilidade civil na indenização por dano moral no Direito brasileiro**

No Direito brasileiro, o reconhecimento de outras funções que não a reparatória, atribuíveis à obrigação de indenizar, surgiu na jurisprudência, independente de manifestação legal. Especificamente, foi com o reconhecimento final da indenizabilidade do dano moral na Constituição Federal de 1988 que o

paradigma reparatório da responsabilidade civil passou a sofrer crescentes e numerosos ataques.

Após cessar de vez a controvérsia sobre a possibilidade de impor condenação pecuniária em favor das vítimas de ofensa moral, o diploma constitucional abriu espaço para distinta, mas não menos polêmica discussão. O dano moral tornou-se protagonista da revolta contra o sistema reparatório, considerado já insuficiente para responder aos prejuízos sociais e às condutas lesivas. Nos tribunais, desenvolveram-se noções de punição e de dissuasão do ofensor, atreladas à indenização do prejuízo pessoal sem conteúdo econômico<sup>28</sup>.

A aparição desses objetivos nas decisões judiciais sem um suporte legal, no entanto, instaurou um caos em termos de exame e aplicação da responsabilidade civil. Ao expor os problemas enfrentados nessa disciplina para encontrar o fundamento da obrigação de indenizar o prejuízo injustamente sofrido, Giselda Hironaka (2005, p. 57) tece considerações que se encaixam com precisão no quadro confuso das finalidades da indenização por dano moral: “[foram] as mais diferentes tendências jurisprudenciais, com respostas distintas para casos semelhantes, respostas semelhantes para casos distintos e com idênticas respostas para casos semelhantes ou não, mas oriundas de fundamentação diversa”.

As funções de punição e dissuasão hoje amplamente adotadas pela jurisprudência, abarcadas no conceito de satisfação desenvolvido pela doutrina alemã, urgem por um regramento legal, que permita a estipulação de critérios claros e objetivos em sua aplicação, de forma a permitir a plena efetivação de tais finalidades e garantir segurança jurídica ao ordenamento.

---

<sup>28</sup> É comum o reconhecimento de uma tríplice função da indenização por dano moral, buscando a compensação do lesado, bem como a punição e dissuasão do ofensor através de um caráter pedagógico da condenação, consoante o precedente a seguir: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITOS DE VIZINHANÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL PARA CUMPRIMENTO. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. VALOR DA INDENIZAÇÃO ARBITRADA A TÍTULO DE DANOS MORAIS QUE VAI MANTIDO. Multa cominatória para o caso de descumprimento da obrigação de fazer que tem seu termo inicial a partir da intimação pessoal da parte obrigada. Incidência da Súmula 410 do STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DANOS MORAIS. Observância da tríplice função da indenização por dano moral - compensatória, punitiva e pedagógica -, sopesadas as peculiaridades do caso concreto. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70044533818, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Renato Alves da Silva, Julgado em 31/10/2013)



### **3.4 Por que a função satisfativa da indenização por dano moral deve ser incorporada à legislação brasileira?**

No Direito romano, o reconhecimento da gravidade de certos atos praticados contra o ser humano provocou, como visto, o abandono da tarifação legal na aplicação da pena privada, outorgando ao julgador, no caso concreto, a quantificação do valor adequado a ser pago pelo ofensor. Posteriormente, ainda possibilitou a repressão dessas condutas pela imposição de penas criminais.

A solução dos romanos seria provavelmente a mais confortável, se não fosse a própria crise do Direito moderno em coibir os comportamentos ilícitos – inclusive na esfera penal – que tivesse ocasionado o ressurgimento de outras funções além da reparatória na responsabilidade civil:

O avanço da Responsabilidade Civil punitiva não se explica apenas pela plasticidade que lhe permite infiltrar-se em cada relação individual, criando uma infinidade de microcosmos normativos. É claro que essa capilaridade tem sido razão primeira de sua expansão funcional, todavia, se ela preencheu esses espaços é porque, de algum modo, estavam vazios.

Seja porque jamais foram preenchidos, seja porque já não existe conteúdo normativo suficiente para preenchê-los, fato é que, cada vez mais, vemos condutas ilícitas ficarem à mercê de uma sanção puramente civil. Some-se a isso um movimento de despenalização de certas condutas sobre as quais o sistema punitivo clássico já não tem – e não quer ter – mais qualquer eficácia. (LEVY, 2012, p. 119).

A esfera penal deve, pois, ser a última instância do Direito a se recorrer para a resolução de conflitos sociais. Assim, o Direito público pode ocupar-se das situações ilícitas em que seria impraticável ou, no mínimo, desaconselhável deixar os particulares buscarem soluções por conta própria. Seria inviável incumbir às vítimas de roubo ou de estupro o processamento direto dos responsáveis, seja porque os particulares não dispõem dos instrumentos materiais ou das prerrogativas legais para investigar e colher as provas processuais necessárias em situações dessa índole, seja porque a tentativa de realizar esses atos acarretaria grande risco à integridade daqueles que os fizessem, porquanto, pela própria natureza desses delitos, aqueles que os praticam são pessoas violentas ou, no mínimo, inescrupulosas. Havendo, todavia, possibilidade de coibir as condutas lesivas por instrumentos cíveis, essa deve ser a alternativa escolhida.

O progresso das sociedades contemporâneas nas mais diversas áreas originou uma incontável e progressiva série de condutas lesivas, tornando cada vez mais difícil a possibilidade de enquadrar normativamente os atos danosos. Foi nesse contexto que elementos de punição e dissuasão de ilícitos encontraram espaço na responsabilidade civil, levando juristas a acreditar que o afastamento entre pena e indenização retrocederá no Direito penal do futuro (PALERMO *apud* LEVY, 2012, p. 121). O atrelamento de uma função punitiva e dissuasória na indenização do dano moral funciona, pois:

[...] não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos. (ANDRADE, 2008).

Não foi, contudo, somente a crise do Direito penal na resolução de conflitos que motivou a procura de outros fundamentos no dever de indenizar. Como se compensa o dano moral? Por sua natureza, não é possível a concessão de prestação equivalente à vítima que restabeleça a situação anterior ao dano. Em função do caráter peculiar do prejuízo moral, é sempre estipulado um valor pecuniário ao agravo, em uma tentativa de aproximação do estado preexistente à ofensa pela contraprestação de algum conforto ao ofendido; conforto esse o qual se tem ciência não guardar perfeita relação com o prejuízo. Dessa forma, é dever do ordenamento jurídico e, em sua efetivação, daqueles incumbidos de dizer o direito, indenizar as vítimas de dano moral da forma que melhor compense a sua dor.

Justamente pela natureza da ofensa moral, que não só impossibilita o retorno ao estado anterior à lesão como também, por violação da dignidade que é, muitas vezes não permite ao lesado encontrar consolo em qualquer que seja o valor concedido pelo magistrado – por simplesmente inexistir qualquer bem da vida adquirível com recursos pecuniários capaz de dissipar certos efeitos lesivos –, o mais próximo que se pode alcançar na diminuição do sofrimento e suas consequências malélicas sobre a vítima é dissipar o sentimento de impunidade gerado por esse tipo de dano e aproximar ela de um bem-estar ligado ao sentimento de justiça realizada. Essa perspectiva é talvez o maior mérito da função satisfativa concebida pelos alemães, uma vez que visualiza a punição e a dissuasão da conduta lesiva não como uma relação linear entre Estado e ofensor, a fim de garantir um caráter genérico de justiça pela reafirmação da vinculatividade do ordenamento, mas sim, uma relação triangular em que incluso o ofendido, garantindo-lhe o sancionamento do ato lesivo de forma a desestimular a sua repetição e, ainda, beneficiando-o com parcela dessa sanção.

A concepção de justiça incutida na satisfação relaciona-se com a própria noção de tratamento isonômico à coletividade. Ainda que o ofensor seja condenado somente ao valor necessário à compensação do dano, se seus meios econômicos são limitados, a resposta do ordenamento jurídico não deixa de ser um fator de desestímulo e mesmo de punição à sua conduta lesiva – mesmo que de maneira não intencional –, porquanto o pagamento da indenização é um ônus que lhe acarretará um prejuízo patrimonial. Entretanto, se seus meios econômicos são profusos, não tendo a indenização o condão de desequilibrar o seu orçamento, a violação de direitos torna-se apenas uma mercadoria que um determinado grupo de pessoas tem condições financeiras de suportar, ou mesmo auferir da própria conduta violadora da esfera jurídica de terceiros os recursos pecuniários precisos para arcar com a reação do Direito à prática ofensiva. Tal lógica simplifica o ato de respeitar os direitos alheios a uma mera equação de custo-benefício, que para alguns é vantajosa e para outros não, tendo o ofensor a opção de seguir o Direito ou “pagar” o preço imposto por ele. Há no próprio Direito penal construções doutrinárias que afastam o juízo ético do sistema penal, negando a existência de culpabilidade de uma conduta pelo fato de ser contrária à norma penal<sup>29</sup>, visão com a qual,

---

<sup>29</sup> Partindo da teoria das subculturas criminais, segundo o autor, não haveria um único sistema de valores gerais na sociedade, mas diversos subgrupos culturais, com valores e normas próprios, em

entretanto, não convergimos. O sistema cível de compensar danos tem-se mostrado, portanto, ineficiente. Como frisa André Gustavo Corrêa de Andrade (2008):

O “paradigma reparatório”, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como se dá, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes, de natureza reparatória e/ou compensatória; ou quando o ofensor se mostra indiferente à sanção reparatória, vista, então, como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática.

A consideração pelos direitos alheios não pode ser tratada como mera questão de conveniência. Os bens tutelados pelo Direito o são porque uma comunidade em um determinado lapso temporal valorou tais bens como relevantes, dignos de proteção, devendo sua segurança ser buscada e mantida pelo aparato estatal. As opções do legislador não podem ser vistas como imposições arbitrárias ou neutras, sem qualquer motivação ética, porquanto as escolhas legislativas refletem o escopo da sociedade – a despeito de quaisquer vícios de representação política que são de conhecimento público – a qual não nomeia de modo aleatório um conjunto de bens para resguardar juridicamente, mas sim, valora quais atitudes são “certas” ou “erradas”, ainda que essa valoração não seja absoluta ou definitiva, e que determinados valores e deveres positivados não sejam unânimes na sociedade, tenham diferente grau de apelo junto aos indivíduos ou mesmo existam pela simples necessidade de definir-se uma forma padrão de comportamento (como o são, via de regra, as normas de trânsito).

A síntese das finalidades da satisfação, bem como o seu fundamento axiológico, justificam, pois, a sua aplicação nas hipóteses de dano moral. Isso porque, nos termos defendidos neste trabalho, o dano moral é a violação da dignidade, independentemente de originar-se da direta violação da integridade psicofísica humana ou de ser o reflexo da ofensa em um bem material<sup>30</sup>. Assim, a

---

que os sujeitos inseridos em certo grupo absorvem seus valores pela interação e aprendizagem, sendo determinados por eles concomitantemente aos valores tutelados pelo Direito. Em razão da relatividade dos valores presentes no direito penal, não poderia ser ele considerado guardião de um “mínimo ético”, sendo o comportamento desviante normal e não passível de um juízo de culpabilidade ou de responsabilidade ética. (BARATTA, 2013, p. 73-76).

<sup>30</sup> Há quem faça diferenciação no conceito de dano moral, falando em dano moral objetivo e dano moral subjetivo, sendo este último para indicar quando o dano origina-se no efeito da lesão a outro

compensação e a satisfação devem ser sopesadas em conjunto, sendo duas funções complementares que possibilitam, por meio da equidade, a restauração do equilíbrio social rompido pelo evento danoso. (KERN, 1999, p. 27).

### **3.5 Sobre as principais críticas ao instituto**

#### **3.5.1 Impropriedade da alegação de “enriquecimento sem causa”**

O Código Civil de 2002 dispõe em seu art. 884: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Muitas são as críticas direcionadas à possibilidade de concessão de qualquer valor excedente à quantia compensatória nas condenações por dano moral, não só na doutrina, mas também na jurisprudência, alegando-se gerar enriquecimento sem causa.

As decisões judiciais somente ressaltam ter tido o cuidado de estipular montante que não provocasse enriquecimento sem causa para a vítima<sup>31</sup>, e a doutrina que se opõe à função punitiva – preventiva, satisfativa – da indenização por dano moral simplesmente se limita a alegar que ela “gera enriquecimento sem causa”. Não há qualquer exame mais aprofundado sobre o assunto, qualquer

---

bem. (MORAES, 2007, p. 155-157). Contudo, não vislumbramos nenhum efeito prático em tal distinção, tampouco importância teórica a justificar uma classificação binária.

<sup>31</sup> Frequentes são as alusões dos julgadores ao cuidado no arbitramento da indenização por dano moral a fim de não causar o enriquecimento indevido. Nesse sentido são os seguintes precedentes: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRESSÃO FÍSICA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Comprovada nos autos a ofensa física praticada pelo réu contra autora, no ambiente de trabalho desta, caracterizado está o dano moral in re ipsa, restando evidente o dever de indenizar. Sentença reformada. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ARBITRAMENTO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à fixação do montante indenizatório em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigido monetariamente pelo IGP-M a partir deste julgamento e acrescido de juros legais, desde a o evento danoso, nos termos das Súmulas 362 e 54 do STJ. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70056523467, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 31/10/2013) e APELAÇÕES CÍVEIS. INDENIZATÓRIA E REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DEVER DE INDENIZAR. Dano moral. Comprovação de que a inscrição feita em nome da parte autora é indevida. Dano moral in re ipsa, independente de comprovação, ínsito ao registro indevido. Na fixação da reparação por dano moral, incumbe ao julgador, ponderando as condições do ofensor, do ofendido, do bem jurídico lesado e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar o valor da indenização que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da parte. APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA E APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70036645364, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 31/10/2013).

fundamentação teórica que demonstre a razão pela qual o deslocamento patrimonial em casos de indenização satisfativa na responsabilidade civil pode ser enquadrado – sem necessidade de explicação – como enriquecimento sem causa. Apenas repete-se a afirmação como se dogma fosse<sup>32</sup>.

Ao referir que deve ser restituído aquilo que indevidamente foi auferido, contudo, a legislação remeteu à ausência de causa, sem definir o conteúdo de “causa”. Tal conceito é indeterminado, devendo ser preenchido pelo julgador no caso concreto, a fim de averiguar se o ganho sob análise encontra-se justificado face aos princípios gerais do Direito. Na lição de Mário Júlio de Almeida Costa:

[...] reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um fato que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial; sempre que aproveita, em suma, a pessoa diversa daquela a quem, segundo a lei, deveria beneficiar. (*apud* NANNI, 2004, p. 104).

Certo é que a causa em questão remete à existência de causa *justa* ou *injusta* para o acréscimo patrimonial. Conforme frisa Nelson Rosenvald (2013, p.196): “[...] não se pode cogitar de locupletamento ilícito quando o montante destinado à vítima é proveniente de uma decisão judicial. Esta é a justa causa de atribuição patrimonial”.

Assim, pode um comerciante ser prejudicado em sua empresa em razão de um competidor que iniciou suas atividades em local próximo ao seu negócio, vindo inclusive a falir; entretanto, não se cogitará, na hipótese, de enriquecimento sem causa, uma vez que a livre concorrência é uma das bases econômicas do nosso Estado, nos termos do art. 170, inc. IV, da Constituição Federal de 1988. O lucro obtido pelo competidor é legítimo, ainda que haja nexos causal direto com o prejuízo econômico de terceiro.

Nesse sentido, ao conceituar o enriquecimento injustificado – expressão que o jurista reputa mais abrangente que o enriquecimento sem causa –, Pontes de Miranda (1984b, p. 120) afirma que: “O fundamento das relações jurídicas *personais* por enriquecimento injustificado está em exigência de justiça comutativa, que impõe

---

<sup>32</sup> O que pode ser observado nas obras “Enriquecimento sem Causa” (NANNI, 2004, p. 352-355), “O Valor da Reparação Moral” (CIANCI, 2009, p. 10), “Princípio da Reparação Integral” (SANSEVERINO, 2010, p. 59-63) “Responsabilidade Civil” (BRAGA NETTO, 2008, p. 34-35), “Dano Extrapatrimonial e Direitos Fundamentais” (FENSTERSEIFER, 2008, p. 152-153), entre outras.

a restituição daquilo que se recebeu de outrem, sem origem jurídica”. Portanto, o enriquecimento sem causa caracteriza-se quando ausente razão autorizada pelo ordenamento a provocar o acréscimo patrimonial.

A figura da cláusula penal, prevista nos arts. 408 a 416 do Código Civil de 2002, é exemplo de tal conclusão, uma vez que não é necessário que exista qualquer prejuízo para que a parte credora possa exigir o seu pagamento<sup>33</sup>. Havendo inexecução da obrigação, parcial ou total, ou mora da outra parte, surge a pretensão à cláusula penal, sem que isso configure enriquecimento sem causa.

Deste modo, se positivada a função satisfativa da responsabilidade civil por dano moral, tem-se fundamento jurídico legitimador do deslocamento patrimonial. Evidentemente, pode-se questionar se sofrer injusta lesão de ordem moral deve ser causa jurídica possível de gerar ao ofendido crédito superior àquele considerado suficiente à compensação do dano. Eventual questionamento, no entanto, tem cunho ético-político, e não jurídico, como muitas vezes se faz parecer<sup>34</sup>.

A positivação da função satisfativa da indenização por dano moral pressupõe, necessariamente, uma escolha valorativa por parte da sociedade, com o intuito de disponibilizar um instrumento jurídico mais contundente para a defesa da dignidade humana. Não há elementos de ordem legal ou constitucional que permitam concluir, de antemão, que valores impostos a título de função satisfativa são fonte de enriquecimento sem causa, impedindo o legislador de ao menos cogitar sua incorporação ao ordenamento jurídico.

Precisamente, é a demonstração da justiça dessa escolha o escopo desse trabalho. Não há qualquer impeditivo jurídico à adoção da função satisfativa na responsabilidade civil e, por conseguinte, sendo feita a opção pelo legislador, não há como sustentar a ocorrência de enriquecimento sem causa nas condenações fundadas em sua aplicação.

---

<sup>33</sup> Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

<sup>34</sup> Cláudio Michelon Jr. (2007, p. 181), ao tratar da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, aduz que a expressão aberta “causa” refere-se antes a “estruturas **jurídicas** capazes de justificar atribuições patrimoniais” (grifo nosso) do que a um fato sociocultural, buscando o fundamento do instituto na análise do ordenamento jurídico, a fim de averiguar, pelo exame do arcabouço legal, se há embasamento para o acréscimo patrimonial. Assim, a configuração do enriquecimento injustificado exige a ausência de causa jurídica para a sua ocorrência, sem passar por uma análise de mérito – embasada em convicções ético-políticas de cunho subjetivo – sobre as opções do legislador.

### 3.5.2 Inaplicabilidade do princípio da reparação integral ao dano moral

O princípio da reparação integral, consagrado pela doutrina clássica da responsabilidade civil, tem previsão expressa no art. 944 do Código Civil de 2002<sup>35</sup>. Apesar de inexistente qualquer distinção no dispositivo, sua aplicação somente se compatibiliza quanto aos danos patrimoniais, uma vez que, em razão de sua natureza, o dano moral não pode ser reparado, não havendo possibilidade de retornar a vítima ao estado em que se encontrava anteriormente à ofensa. (FENSTERSEIFER, 2008, p. 138).

Ainda assim, há aqueles que defendem sua adaptação relativamente aos danos morais. Apesar da grande atenção despendida ao princípio da reparação integral por alguns juristas, alçando-o inclusive ao patamar de fundamento único da responsabilidade civil (ANDRADE, 2008) e balizador do dever de indenizar, é o próprio artigo que abre espaço para a sua flexibilização, ao dispor em seu parágrafo único que “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. Deu o legislador margem para que o julgador verifique o grau de culpa e, em sendo ela consideravelmente menor que o dano, a possibilidade que este não seja integralmente indenizado.

Ao tratar sobre o declínio da culpa como alicerce da responsabilidade civil, Moacyr Porto (1987, p. 199-200) faz intrigante questionamento:

Objeta-se, habitualmente, que seria antijurídico e moralmente reprovável condenar alguém ao pagamento de um prejuízo para o qual não concorrera com a sua culpa.

O reparo enseja uma observação inspirada no mesmo raciocínio. E é justo, razoável, eqüitativo, impor à vítima do dano, igualmente inocente, o ônus de suportar sozinha as conseqüências do dano causado por outrem?

Em que princípio moral ou regra jurídica se apoiaria a opção favorável ao autor do dano?

Em que pese sua ponderação dirigir-se à necessidade de culpa do agente para a imputação de responsabilidade civil, podemos transpor sua dúvida à disposição do parágrafo único, art. 944, do Código Civil de 2002: o que autoriza impor à vítima que tolere os efeitos da ofensa, mesmo que parcialmente, se não agiu com qualquer culpa e sequer contribuiu de algum modo para a sua ocorrência, não

<sup>35</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.



havendo nenhum nexos de causalidade entre a sua conduta e o prejuízo gerado? De um lado, temos quem tem culpa leve e de outro, quem não tem culpa alguma, condenando este a arcar com parcela do dano, ainda que em nada tenha contribuído para ele, enquanto o culpado, mesmo que com culpa leve, tenha provocado a integralidade do prejuízo.

Se a desproporção entre culpa e dano foi fundamento suficiente para que fosse excetuado o princípio da reparação integral em favor do causador da lesão, deixando que a vítima suporte parte do prejuízo sem que tenha dado-lhe causa, qual o óbice em excetuá-lo pela via inversa, nos casos em que a culpabilidade do agente ofensor mostrar-se maior que o dano, provocando a sensação de que o valor compensatório mais se assemelha a um convite à reincidência da prática danosa do que à satisfação da vítima?

Certamente há ocasiões em que a ação do ofensor – ou a ausência dela – é notoriamente menos reprovável em comparação ao prejuízo gerado. Em franca observância a tais hipóteses, a fim de não condenar o agente ao pagamento de um valor demasiadamente alto e mesmo injusto em relação ao seu agir, foi estruturado o parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002. Todavia, nessas mesmas situações, há do outro lado a vítima da ofensa, que não agiu com qualquer censurabilidade e, ainda assim, terá de suportar, às suas expensas, uma parte do dano.

Cabe frisar que não se trata de circunstância em que o valor indenizatório será menor porque o ofendido colaborou de algum modo para a ocorrência do evento danoso, porquanto, para esses casos, já existe a previsão do art. 945 do Código Civil 2002: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Portanto, o parágrafo único do art. 944 concede aberto tratamento prioritário ao causador do dano, e não à vítima deste.

Assim, permanece o questionamento de qual o fundamento de justiça, de razoabilidade, de moral ou de direito que permite valer-se da equidade, a fim de proteger o causador do dano, mas nega sua utilização para fins de satisfação da vítima? Não pudemos encontrar justificativa para excetuar a reparação integral em favor do agente ofensor e negá-la em favor da vítima – tanto a do caso quanto as em potencial.

### 3.5.3 Separação e diálogo entre as esferas penal e civil

Muitas são as críticas face à possibilidade de um escopo penal na responsabilidade civil. Acusa-se a transposição da barreira invisível entre Direito civil e Direito penal, a violação do princípio da legalidade, especificamente à regra do art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal de 1988, bem como a ocorrência de dupla punição pelo mesmo fato e violação de garantias fundamentais. Assim, faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito.

Desde a separação rigorosa entre as áreas civil e penal feita no Código Napoleônico, não faltam vozes insurgindo-se contra qualquer tentativa de aproximação entre elas. O padrão francês passou a ser visto como pressuposto de civilidade, taxando-se a pena privada como um resquício de barbárie das civilizações antigas. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 237-238).

Entretanto, nada de bárbaro há na atribuição de múltiplas funções aos diversos ramos do Direito – uma vez que ele é uno, devendo-se sua divisão em distintas áreas e diplomas legais por motivos de ordem didática e prática (DEMO, 2004) – mormente quando se sentem os objetivos e os anseios da sociedade cada vez mais frustrados pela incapacidade do sistema jurídico em prover soluções satisfatórias para os conflitos sociais e, em última instância, para a própria manutenção do equilíbrio individual e coletivo. Portanto, apesar das objeções dos entusiastas da separação entre Direito civil e Direito penal, não vislumbramos qualquer empecilho à sua interação.

Aliás, frisa-se que a mútua influência entre penal e civil não é inovação no ordenamento, encontrando-se figuras de caráter punitivo no Código Civil de 2002, como a já mencionada cláusula penal, prevista nos arts. 408 a 416, e no Código de Processo Civil de 1973 (caso do art. 14, parágrafo único<sup>36</sup>). De igual modo, há elementos de natureza civil no Código de Processo Penal de 1941, como a fixação

---

<sup>36</sup> Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...]

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado

do valor mínimo para reparação do dano quando for proferida sentença condenatória<sup>37</sup>.

No que tange ao princípio da legalidade, dispõe o art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal de 1988 que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Não pretendemos nos estender sobre uma discussão quanto à satisfação consistir ou não em pena propriamente dita, de forma que, sendo a posição ora defendida pela positivação da função satisfativa, basta dizer que a sua incorporação legal solucionaria qualquer possível violação ao dispositivo constitucional mencionado.

Contudo, adiantando-nos a possíveis críticas quanto à ausência do “tipo penal”, explicitando de maneira pormenorizada a conduta e a específica pena a ser imposta, assinala-se o seu completo descabimento no âmbito civil. Embora seja denominado “penal” o ramo do Direito que trata dos crimes e contravenções, as penas não estão restritas a ele, estando presentes em outras áreas, como a civil e a administrativa – caso da multa prevista no § 1º, art. 1.336 do Código Civil de 2002<sup>38</sup> e das sanções dispostas no art. 72 da Lei 9.605 de 1998<sup>39</sup>. A pena privada, porém, não se confunde com a pena criminal, sendo os requisitos quanto a esta, naturalmente, muito mais rígidos quanto àquela, uma vez que o Direito penal é uma forma violenta de repressão estatal, o último recurso para a solução dos problemas sociais. (HASSEMER, 2008, p. 248).

<sup>37</sup> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

<sup>38</sup> Art. 1.336. São deveres do condômino:

[...]

§ 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de 1% (um por cento) ao mês e multa de até 2% (dois por cento) sobre o débito.

<sup>39</sup> Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X – (VETADO)

XI - restritiva de direitos.

[...]

De fato, ao analisar a compatibilidade da função satisfativa do “dinheiro da dor” (expressão que seria equivalente ao nosso “dano moral”) com a regra de *nulla poena sine lege* prescrita na Constituição, o Tribunal Federal Constitucional alemão afirmou que, conquanto tenha características penais, a satisfação não é pena no sentido do preceito constitucional, não havendo nela os elementos estigmatizantes da pena criminal, tampouco a previsão de cadastro em registro penal ou de privação da liberdade. (KERN, 1999, p. 25-28, 38-39). Assim, a tentativa de restringir a satisfação com base no art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal de 1988 seria inadequada, uma vez que não se enquadraria na ideia de pena nele prevista.

Ademais, a própria redação do dispositivo aponta que a “pena” em questão é a criminal, porquanto a proibição de “pena sem prévia cominação legal” vem precedida da vedação ao “crime sem lei anterior que o defina”. Frise-se que, em sendo outro o entendimento, nosso ordenamento estaria repleto de disposições penais inconstitucionais. A título exemplificativo, cita-se o art. 8º da Lei 9.933 de 1999<sup>40</sup>, que incumbe ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro, após processar e julgar infrações à referida lei e regulamentos executivos afins, optar *discricionariamente* pela aplicação de alguma das oito penalidades previstas pelo artigo, podendo ainda, de forma *também discricionária*, cumular duas ou mais dessas penalidades. Ainda, a multa prevista no artigo não tem valor certo, sendo arbitrada pela ponderação do administrador na ampla margem concedida pela lei, que vai de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)<sup>41</sup>. Verifica-se, pois, que somente em sede criminal existe a vinculação obrigatória de conduta específica a pena determinada, o que não ocorre no âmbito civil e administrativo.

No que diz respeito à alegação de dupla penalidade pelo mesmo fato, visto que sujeitaria os agentes ofensores a eventual sanção em processo criminal e em

---

<sup>40</sup> Art. 8º Caberá ao Inmetro ou ao órgão ou entidade que detiver delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações e aplicar, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - interdição;

IV - apreensão;

V - inutilização;

VI - suspensão do registro de objeto; e

VII - cancelamento do registro de objeto.

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

<sup>41</sup> Art. 9º A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

processo civil, é de se ressaltar que, em nosso ordenamento, as esferas civil, penal e administrativa são independentes entre si. Muitas são as previsões em nosso ordenamento que afirmam a possibilidade do ofensor sofrer as consequências do ilícito praticado em mais de uma área do Direito, como o art. 225, § 3º da Constituição Federal de 1988<sup>42</sup>, o art. 12 da Lei 8.429 de 1992<sup>43</sup>, o art. 125 da Lei 8.112 de 1990<sup>44</sup>, entre outras. Desse modo, não cabe falar em *bis in idem* quando as sanções vêm de campos jurídicos distintos, uma vez que a dupla punição sucedida neste contexto está autorizada pelo nosso sistema legal e constitucional. (DEMO, 2004).

Por fim, tendo em vista todas as considerações já realizadas, também não é possível sustentar a ocorrência de violação a garantias fundamentais – como a presunção de inocência –, porquanto não há como equiparar a pena civil com a pena criminal. As maiores garantias do processo criminal existem por ser o Direito penal, como já dito, uma forma violenta de coerção do Estado, que impõe severas formas de pena, dentre elas a privação de liberdade, a qual é a mais drástica em

---

<sup>42</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

<sup>43</sup> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

<sup>44</sup> Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

nosso ordenamento em tempos de paz<sup>45</sup> e estigmatiza o indivíduo, acarretando sabidamente diversas outras consequências em sua vida social além da própria sanção.

Lógica distinta levaria a concluir, novamente, que nossa legislação está repleta de disposições inconstitucionais – especialmente a administrativa – incontestadas pela comunidade jurídica. A sujeição a penas pecuniárias em âmbito administrativo – passíveis de imposição a pessoas que estejam ou não ligadas diretamente à Administração, conforme se verifica do art. 5º<sup>46</sup> cumulado com o já mencionado art. 8º da Lei 9.933 de 1999 – pode ocorrer sem que esteja pré-estipulada a exata conduta que ocasionará a sanção e em qual valor esta se dará. Há apenas uma lista de fatores a serem levados em consideração quando da análise do processo<sup>47</sup>, ficando a cargo do administrador estipular a quantia precisa no caso concreto.

A aplicação da pena nessas circunstâncias ocorre em processo administrativo, o qual certamente, a despeito das tentativas da legislação em garantir a adequada defesa do interessado, é provido com menos garantias que o processo judicial, uma vez que, só de início, o julgador não é um terceiro imparcial, mas a Administração, que é parte interessada. Assim, se o Estado legislador não encontra óbice na aplicação de sanções fora do Direito penal e do processo judicial, não há fundamento na alegação de que a função satisfativa não se compatibiliza com o Direito civil por não desfrutar a área das mesmas garantias que o Direito

---

<sup>45</sup> Excetuada somente a pena de morte, passível de ser aplicada em tempos de guerra, conforme art. 5º, inc. XLVII, alínea “a” da Constituição Federal de 1988.

<sup>46</sup> Art. 5º As pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, que atuem no mercado para prestar serviços ou para fabricar, importar, instalar, utilizar, reparar, processar, fiscalizar, montar, distribuir, armazenar, transportar, acondicionar ou comercializar bens são obrigadas ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro, inclusive regulamentos técnicos e administrativos.

<sup>47</sup> O que pode ser observado no art. 9º da referida Lei 9.933 de 1999:

Art. 9º [...]

§ 1º Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida pelo infrator;
- III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes;
- IV - o prejuízo causado ao consumidor; e
- V - a repercussão social da infração.

§ 2º São circunstâncias que agravam a infração:

- I - a reincidência do infrator;
- II - a constatação de fraude; e
- III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas.

§ 3º São circunstâncias que atenuam a infração:

- I - a primariedade do infrator; e
- II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo.

penal, uma vez que a própria sistematização do nosso ordenamento permite a aplicação de sanções fora do processo criminal.

### 3.6 Aplicação da função satisfativa

#### 3.6.1 Destinação do valor da satisfação

Até o momento, viu-se que valores prestados a título satisfativo não podem ser considerados fonte de enriquecimento sem causa. De igual modo, analisou-se o sistema jurídico norte-americano, que inspirou em grande medida a aplicação de funções punitivas e preventivas na jurisprudência brasileira da responsabilidade civil. Nele, encontra-se uma multiplicidade de destinos ao montante condenatório proveniente de *punitive damages*: ora sendo concedido integralmente à vítima do dano, ora sendo parcialmente reservado ao Estado ou a fundos públicos.

Entre as possíveis destinações às condenações de intuito satisfativo, a que melhor concilia os interesses individuais e coletivos é aquela que divide a quantia entre vítima e Estado ou fundos públicos. Como bem observa Nelson Rosendal (2013, p. 197):

O autor da demanda agiu como porta-voz de um sentimento comum a uma coletividade de pessoas. Ao levar ao tribunal o autor de um ilícito reprovável – digno de contenção e reprimenda –, consumiu o seu tempo, as suas energias, efetuou despesas processuais e com profissionais, quando muitas vezes os danos patrimoniais individuais eram de pequena monta ou de difícil comprovação, o que normalmente desestimularia muitos outros ofendidos a ingressar em uma demanda de resultados imprevisíveis. Tal como *Robin Hood*, reivindicou justiça em nome próprio e de outros muitos. O interesse do autor da demanda é o que concede efetividade à pena.

Ao ter sua dignidade atingida, o autor, vítima de dano particularmente caro ao nosso sistema constitucional, faz jus à tutela satisfativa, ainda que a uma pequena porcentagem. Tal lógica não só vai ao encontro da mais alta noção de justiça, na linha de entendimento esposada por Rudolf von Ihering na clássica obra “A Luta pelo Direito”<sup>48</sup>, como também proporciona maiores benefícios à coletividade nos casos

---

<sup>48</sup> Destaca-se a elucidativa passagem: “Mas, dir-se-á, o que pode o direito proporcionar ao interessado, quando se trata de uma questão patrimonial, que não seja o objeto do litígio ou seu equivalente? Se a opinião assim expressa fosse correta, poderíamos soltar o ladrão assim que entregasse a coisa furtada. Objeta-se que o ladrão age não apenas contra a vítima do furto, mas

em que a função compensatória mostra-se insuficiente para satisfazer a vítima e a sociedade, redirecionando grande parte da soma paga pelo ofensor à prevenção de danos.

Tal posição parte da premissa que lesões morais de direito não podem passar sem resposta do ordenamento. Havendo ofensas não resolvidas na via extrajudicial, as vítimas não só podem como devem recorrer ao Judiciário. Qualquer diminuição no volume de litígios não originada em uma paralela diminuição fática dos conflitos sociais não é uma solução que, como operadores do Direito, possamos acolher. A impunidade e o conformismo para com ela não são aceitáveis para problemas de sobrecarga processual, devendo-se buscar a redução do número de demandas pela própria consequência jurídica aos ilícitos, coibindo o surgimento de conflitos.

Acreditamos que a concessão, em favor do ofendido, de uma porcentagem aproximada de 20% do montante da condenação satisfativa<sup>49</sup> seria suficiente a cumprir todas as finalidades, individuais e sociais, almejadas com a aplicação da função de satisfação no dever de indenizar. A ideia de divisão do valor satisfativo é, pois, a que nos parece mais apropriada de uma perspectiva ético-jurídica:

A possibilidade de fracionamento da condenação entre o Estado/órgãos públicos/entidades beneficentes e o agente permite uma ideal composição entre o interesse social primário de tutela à segurança da coletividade, com o interesse pessoal da vítima que provocou o judiciário e indiretamente beneficiou um número indeterminado de pessoas. Ademais, a concessão parcial da condenação em prol da vítima é um evidente estímulo para que várias pessoas possam procurar o judiciário, conscientes de consequências positivas que excedam a simples reintegração patrimonial. Isto propiciará uma tendencial coincidência entre as titularidades dos interesses, a promoção da ação e o direito à sanção (ROSENVALD, 2013, p. 198).

---

também contra as leis do Estado, contra a ordem jurídica, contra os preceitos da moral. Será que a mesma coisa não se aplica ao devedor que maliciosamente contesta a existência do mútuo, ao vendedor ou ao locador que descumpre o contrato, ao mandatário que abusa da confiança que nele depus para locupletar-se à minha custa? O sentimento de justiça ficará satisfeito se, depois de uma luta prolongada, nada obtenho dessas pessoas senão aquilo que desde o início me pertencia? Abstraindo, porém, da ânsia, sem dúvida plenamente justificada, de obter uma satisfação adicional pela ofensa ao direito, essa situação representa um deslocamento sensível do equilíbrio entre as partes da relação jurídica. Para uma delas o risco de um desfecho desfavorável do processo representa a perda daquilo que lhe pertence, enquanto para outra apenas acarreta a restituição daquilo que injustamente retém; para uma, a vantagem resultante da demanda bem sucedida consistirá apenas na ausência de prejuízo, e para outra, num enriquecimento à custa da parte adversa. Com isso não estaremos estimulando a mentira mais deslavada e premiando a perfídia?" (2006, p. 78-80).

<sup>49</sup> Percentual próximo ao destinado ao autor da ação nos casos de condenação em *punitive damages* nos estados norte-americanos de Georgia, Indiana e Iowa, os quais, como visto, direcionam 75% do montante punitivo a fundos estatais. (SEBOK, 2009, p. 176).



### 3.6.2 Pressupostos autônomos

#### 3.6.2.1 Culpa

A preocupação com o amparo à vítima foi a motivação responsável pelo deslocamento do foco da responsabilidade civil da culpa para o dano, dando origem às diferentes espécies de responsabilidade objetiva que hoje se estabeleceram na legislação. A motivação que provoca a responsabilidade civil a, novamente, voltar sua atenção ao elemento da culpa na conduta do ofensor não difere da razão que originalmente a fez abandonar esse elemento: a preocupação com a situação da vítima – tanto aquela perante o qual o julgador está concretamente analisando uma violação de direito, quanto às eventuais vítimas que a repetição do ato ofensivo pode originar.

Evidentemente que o retorno da culpa ao campo de análise do operador do Direito não tem o intuito de diminuir ou retirar o espaço da responsabilidade objetiva, a qual se concentra exclusivamente na reparação do dano causado ao ofendido. “Ironicamente, neste novo sistema, a culpa, cujo afastamento como requisito na responsabilidade objetiva parecia sinal de evolução, reassume um papel primordial.” (LEVY, 2012, p. 222).

A verificação da culpa veio, pois, somar-se à responsabilidade objetiva, visando a proporcionar, nas hipóteses em que esta não se mostrar suficiente, a prevenção de danos e o equilíbrio rompido pelo dano por meio da realização da justiça – não apenas de modo formal, mas de maneira que corresponda ao primado ético vigente na sociedade. Trata-se da busca por proteção mais ampla à vítima, que proporcione, de um lado, satisfação a ela, apaziguando melhor a situação de conflito social – objetivo precípua do Direito (IHERING, 2006, p. 27); e, de outro, a efetiva prevenção do dano, que, em sendo de natureza moral, só permite o situamento da vítima no estado em que se encontrava antes da ocorrência do evento lesivo quando este, em verdade, nunca se perpetrou.

Dessa forma, não se almeja a imposição de uma indenização satisfativa em qualquer hipótese de dano, mas sim, nos casos em que ele poderia ter sido impedido, seja porque sua ocorrência deu-se por ter o agente desejado o resultado lesivo ou ter sido indiferente à possibilidade de causá-lo – dolo direto e indireto, respectivamente – (ANDRADE, 2008), seja porque não foi diligente, não tomou as

medidas necessárias para evitar a lesão, caracterizando um agir culposo. Somente nessas situações pode-se aplicar as finalidades punitiva e preventiva da satisfação, visto que “[...] a *sanção* é uma forma de reprimir a ação irresponsável do agente lesionador convertendo a intenção normativa em efeitos práticos de molde a garantir aos efeitos normativos sua eficácia prática” (FENSTERSEIFER, 2008, p. 139). Logicamente, não se pode punir aquele que não almejou lesar, nem desencorajar o que não se podia prevenir. Tampouco um valor excedente ao compensatório nessas ocasiões será capaz de atender a qualquer sentimento de justiça, do ofendido ou da sociedade.

Assim, ainda que a modalidade de responsabilidade civil em análise seja a objetiva, poderá incidir a condenação a título satisfativo se for verificada a existência de conduta reprovável, como frequentemente ocorre com o instituto da *punitive damages* no sistema jurídico norte-americano quando produtos perigosos são postos à venda pelos produtores. (VAZ, 2009, p. 135-136). Isso porque, independentemente do fundamento reparatório ou compensatório do dano, a conduta do ofensor não pode continuar a ser ignorada pelo ordenamento. A lesão subjetiva do Direito não deve permanecer sendo tratada de forma idêntica à lesão objetiva, conforme já criticava Ihering (2006, p. 89):

O direito dos nossos dias já não faz a menor distinção entre o devedor que nega desavergonhadamente o mútuo e o herdeiro que o faz de boa-fé, entre o mandatário que agiu com fraude e aquele que apenas incorreu num equívoco, ou seja, entre a lesão intencional do direito e aquela praticada por erro ou ignorância. Sempre e invariavelmente o processo gira exclusivamente em torno do interesse pecuniário. A idéia de que não só no direito penal, mas também no direito privado, a balança de Temis deve pesar a injustiça e não apenas o dinheiro é tão estranha às concepções jurídicas atuais que, ao enunciá-la, já antevejo a objeção: é justamente nisso que consiste a diferença entre o direito penal e o direito privado. No direito dos nossos dias é assim; infelizmente, acrescento. Podemos afirmar a mesma coisa quanto ao direito em si? Não! Até hoje ninguém provou que existe qualquer ramo do direito em que não possa ser admitida a realização da idéia da justiça em toda plenitude. E a idéia da justiça acha-se indissoluvelmente ligada à efetivação da idéia da culpabilidade.

### 3.6.2.2 Vantagem econômica

O atual sistema da responsabilidade civil comporta uma ótica estritamente econômica sobre o agir em sociedade, permitindo transgressões de direito benéficas do ponto de vista pecuniário. Possibilita-se ao ofensor visualizar o respeito à dignidade alheia não como uma obrigação a qual deve se empenhar ao máximo para cumprir, mas sim, como um bem ao seu dispor, o qual pode ser “quebrado”, contanto que se arque com o seu custo. (LEVY, 2012, p. 109).

A verificação de eventual vantagem econômica auferida pelo ofensor é, assim, elemento indissociável da aplicação da tutela satisfativa na responsabilidade civil<sup>50</sup>, uma vez que desconsiderar o ganho obtido à custa de lesão a direito de terceiros é permitir – neste caso, sim – o enriquecimento sem causa, porquanto o ato ilícito, ainda que objetivo, certamente não é causa jurídica passível de originar atribuição patrimonial válida. Como é sabido, ninguém pode obter proveito com ato ilícito. (ANDRADE, 2008).

Evidentemente, há situações em que o valor auferido pelo ofensor está intimamente ligado à ofensa específica de um bem moral individual de terceiro, como ocorre, por exemplo, com o ataque à reputação de indivíduo famoso em veículo de comunicação. Em tais casos, sendo possível estabelecer o nexo causal entre a disposição de bem individual e a vantagem pecuniária obtida pelo lesante, nada impede que o lesado postule, em parcela indenizatória apartada, o lucro diretamente conquistado pela lesão à sua dignidade, fundando-se na vedação ao enriquecimento sem causa<sup>51</sup>, nos termos do art. 884 do Código Civil de 2002: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”.

Diversas situações, no entanto, não permitem a relação entre uma determinada vantagem pecuniária e um direito individual. Essas hipóteses são corriqueiras principalmente no âmbito do Direito do consumidor, em que o lucro do ofensor muitas vezes advém de minutos, mas numerosos danos individuais, como

---

<sup>50</sup> Para Nelson Rosenvald (2013, p. 109), inclusive, a reação aos ilícitos lucrativos poderia ser abarcada pela responsabilidade civil, acrescentando-se a esta o proveito econômico auferido pelo lesante na forma de sanção punitiva, ou pela tutela restitutória, a fim de promover o desestímulo das condutas danosas.

<sup>51</sup> Explica Cláudio Michelon Jr. (2007, p. 234-239, 249) que o enriquecimento sem causa, em uma de suas configurações possíveis, é a integralidade do proveito obtido pela intervenção no direito de outrem, tendo o titular desse direito crédito restitutivo contra aquele que o explorou.

a cobrança indevida de uns poucos reais ou mesmo centavos na conta de clientes; ou ainda, pelo não cumprimento de uma obrigação que acarretaria em dispêndio financeiro, mas que não tem relação direta com nenhum indivíduo em específico. Seria o caso, por exemplo, de empresas que possuem terminais telefônicos para a contratação de um serviço, mas não os têm para fins de cancelamento, economizando custos operacionais em flagrante prejuízo dos clientes.

Em tais circunstâncias, não é possível fazer uma correlação específica entre a vantagem pecuniária do ofensor e o prejuízo moral do lesado, sendo mais apropriada a consideração da vantagem econômica quando da aplicação da tutela satisfativa. O objetivo é não permitir a retenção, por parte do ofensor, de vantagem econômica conquistada com a conduta ilícita, como é feito em determinadas circunstâncias no Direito penal<sup>52</sup>. Em países como a Inglaterra, inclusive, o benefício embolsado com ato ilícito fica abrangido na ideia de reparação integral. (LEVY, 2012, p. 110). Assim, inexistindo previsão na esfera criminal para a restituição do proveito indevido e não sendo hipótese de ação por enriquecimento sem causa, deve a responsabilidade civil proporcionar ao ordenamento jurídico um mecanismo capaz de impedir que o benefício monetário ocasionado pelo dano permaneça agregado ao patrimônio do ofensor.

### **3.6.3 Critérios de aferição do *quantum* satisfativo**

A mera referência a critério de razoabilidade não é suficiente para justificar a escolha do valor indenizatório. Em que pese não ser possível estabelecer uma relação de equivalência entre a reprovabilidade da conduta e a quantia a ser fixada na condenação, é possível e necessário apontar-se as circunstâncias fáticas que foram sopesadas na estimativa da indenização, individualmente consideradas, a fim de garantir a devida motivação judicial e proporcionar adequado direito de defesa às

---

<sup>52</sup> Vejam-se as disposições da Lei 12.529 de 2011:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

[...]

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

[...]

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

partes interessadas (ANDRADE, 2008). Uma menção genérica à razoabilidade já não era suficiente para fins de arbitramento do valor compensatório, menos o será para fins de imposição de condenação satisfativa, que é espécie de pena privada (KERN, 1999, p. 32).

### 3.6.3.1 Reprovabilidade da conduta

A existência de culpa em sentido amplo determina a consideração da função satisfativa na indenização. Para fins de arbitramento do montante, contudo, deverá o julgador analisar o nível de reprovabilidade da conduta, que auxiliará na estipulação da quantia final da satisfação.

Para Héctor Valverde Santana (2009, p. 227), na verificação do grau de culpa, é necessário avaliar as condições pessoais do ofensor, bem como a conjuntura fática do caso, perquirindo-se até que ponto poder-se-ia esperar um agir distinto. Do mesmo modo, a intenção claramente lesiva não pode ser tratada de forma idêntica à conduta levemente culpável. Em que pese tenha o autor tenha restringido seu trabalho às relações de consumo, essa análise encaixa-se em qualquer área do Direito civil.

Assim, imagine-se a situação de descuido, por parte do proprietário, de seu cão de estimação: um pequeno “poodle”, saudável, vacinado e historicamente dócil em todas as interações humanas precedentes, que, em um momento de desatenção em um parque, morde um terceiro. Em tal cenário, não é possível estabelecer um evidente erro no agir de modo a justificar a função satisfativa. Diferentemente seria, no entanto, se o cão em questão fosse um “pitt bull”: ainda que possuísse histórico idêntico ao do “poodle”, o dever de cuidado é manifestamente maior com um animal potencialmente perigoso, fato de conhecimento público e notório.

Na mesma linha de entendimento, o agente causador do dano que negativa indevidamente a vítima em razão de erro operacional não pode ser condenado ao mesmo *quantum* indenizatório que o ofensor que realiza um protesto indevido porque descumpriu deveres legais. Assim, por exemplo, aquele que cobra duplicata mercantil sem aceite cambial do comprador e não se certifica da existência do negócio jurídico subjacente – não exigindo documento comprobatório do

recebimento da mercadoria conforme preconiza a Lei 5.474 de 1968<sup>53</sup> – e vem a causar dano moral a terceiro, age com grande reprovabilidade, o que repercutirá no valor da satisfação.

Tratando-se de critério que depende de análise subjetiva, ficará eminentemente a cargo do julgador sopesar a culpa do lesante, analisando o conjunto probatório. A maior ou menor necessidade de sua comprovação dependerá das circunstâncias do caso, podendo uma mesma conduta ser manifestamente culposa e prescindir, portanto, de maiores demonstrações quanto à censurabilidade; ou necessitar de ampla produção probatória pela parte interessada. Nada impede, ainda, que a própria reiteração da conduta seja averiguada nesse exame, caracterizando agir mais reprovável quando se constatar prévias reclamações sobre o dano ou, principalmente, condenação judicial por dano semelhante no passado.

### 3.6.3.2 Obtenção de vantagem econômica

Como visto anteriormente, não é admissível que o agente causador do dano beneficie-se com lucro derivado da ofensa à esfera moral alheia, ainda que, como afirma André Gustavo Corrêa de Andrade (2008), inexistente intenção de lesar ou especial reprovabilidade em sua conduta. A função satisfativa, assim como a indenização com finalidade punitiva defendida pelo autor, é aplicada em tais casos a fim de restabelecer o imperativo ético que norteia o sistema jurídico, independente de qualquer juízo sobre a culpa do ofensor. Nesse critério, abarcam-se tanto as condutas que proporcionam lucro direto ao ofensor quanto àquelas que representam benefício econômico por não ter o agente despendido valor necessário a evitar o dano<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Art 15 - A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:

I - de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não;

II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:

a) haja sido protestada;

b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria;

c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei.

<sup>54</sup> Como ocorre com o instituto da *disgorgement* (“restituição”) no sistema jurídico da *commom Law*, em que “[...] se quer privar o agente dos ganhos realizados, como também pelas despesas economizadas (*expense saved*), com a reversão completa dos valores indevidamente obtidos às expensas da vítima.” (ROSENVALD, 2013, p. 105-106).

Muitas são as situações em que ocorrem danos morais de difícil comprovação, com nenhuma ou pouquíssima expressão econômica e de caráter eventual. Nessas hipóteses, dificilmente as vítimas procuram o Judiciário, uma vez que isso implica dispêndio de dinheiro, tempo e energia – muitas vezes mais dinheiro que o eventual valor a ser auferido por dano material ou moral e ainda mais tempo e energia do que aquela já perdida por ocasião do dano – além da grande dificuldade probatória na esfera processual. Ou seja, em tais casos, o custo da justiça é simplesmente alto demais para a maior parte da população, que não possui muitos recursos econômicos nem muito tempo disponível, não restando outra saída que não suportar a lesão à sua dignidade.

Várias lesões desta espécie proporcionam alguma forma de vantagem ao ofensor e, por isso, quando levadas ao Judiciário, devem ser coibidas pela função satisfativa da indenização. Nesse sentido, o valor da satisfação não pode ser limitado ao proveito econômico obtido com a conduta ilícita. Se o objetivo primordial do Direito é amoldar incentivos para que o custo da medida repressiva seja superior ao ônus de impedi-la (ROSENVALD, 2013, p. 152), não basta igualar o peso da sanção com o do benefício ilícito.

De modo diverso ao que por vezes é sustentado pelos estudiosos da relação entre Direito e Economia<sup>55</sup>, dificilmente a limitação do montante da satisfação à vantagem auferida pelo ofensor poderá ser considerada suficiente para desencorajar o comportamento lesivo. Nessa hipótese, ao cometer o ilícito, o agente tem ciência de que, no pior cenário possível, poderá perder o benefício indevidamente conquistado em futura condenação. O lesado precisará, todavia, acionar o Judiciário, provar – o dano, o nexo causal com a conduta ilícita e o respectivo proveito auferido – e, antes mesmo, descobrir a conduta lesiva e a vantagem dela resultante, uma vez que, em nossa sociedade de meios tão complexos, a lesão não é sempre evidente. Ou seja, em um contexto negativo, o ofensor, no máximo, perde o que nunca deveria ter ganhado. Em outras hipóteses – vítima não consegue comprovar o benefício ou não quer incomodar-se com um processo judicial – o ofensor enriquece ilicitamente com a vantagem pecuniária resultante do dano. Portanto, a condenação não pode limitar-se ao proveito ilícito.

---

<sup>55</sup> Sustenta-se que a punição deve ser o mínimo necessário para desestimular a conduta do ofensor, o que, via de regra, será a quantia lucrada com o ato ilícito (ROSENVALD, 2013, p. 161).

Para fins de quantificação indenizatória, dois aspectos distintos devem ser ponderados: o primeiro, se existente vantagem monetária na conduta ilícita do ofensor; e o segundo, o montante dessa vantagem, exato ou estimado. Tal distinção mostra-se relevante para preservar a abrangência dos institutos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil – sem prejudicar o diálogo entre eles – impedindo uma dupla perda patrimonial a título restitutivo.

O primeiro aspecto consiste na simples verificação quanto à ocorrência do benefício econômico. Constatada essa circunstância, deverá haver um incremento do valor indenizatório, buscando-se atingir principalmente a finalidade dissuasória da satisfação, porquanto os danos que proporcionam vantagem monetária são, obviamente, mais atrativos para o ofensor – e para potenciais ofensores – que os demais. Cabe frisar que para esta análise não importa se o proveito é derivado de um único ato, que por si só é economicamente benéfico ao ofensor – mesmo se descontada eventual indenização reparatória e/ou compensatória – ou se advém de uma conduta que é vantajosa ao lesante por atingir um grande número de indivíduos.

No que tange ao segundo ponto, caberá averiguar a exata soma obtida com o ato ilícito para incluí-la no montante da satisfação, a fim de eliminar todo o proveito econômico do ofensor. Esse fator é o de mais difícil aplicação em termos processuais, uma vez que dificilmente poderá estipular-se a importância precisa da vantagem. Tal dificuldade, contudo, não poderá impedir que se busque aferi-la com todos os recursos disponíveis. Ademais, eventual decisão anterior que tenha incluído na condenação o valor do proveito ilícito obtido com a conduta do agente deverá ser sopesada, de modo que não se condene a devolver o que já foi devolvido.

A eliminação da vantagem econômica e imposição de sacrifício pecuniário ainda superior à possível vantagem auferida ilicitamente é, sem dúvida, fator de desestímulo às práticas danosas. Desde que aplicado com seriedade, esse critério é uma das armas mais importantes no combate à multiplicação desenfreada de condutas danosas.



### 3.6.3.3 Capacidade econômica do ofensor

Junto com a culpa, o critério da capacidade econômica do ofensor na fixação do *quantum* indenizatório é praticamente unânime entre aqueles que defendem alguma espécie de elemento punitivo nas ocorrências de dano moral<sup>56</sup>. Este fator aparece inclusive em nossa jurisprudência atual<sup>57</sup>, a qual por vezes admite, ao menos em tese<sup>58</sup>, uma função punitiva e dissuasória nas indenizações por ofensa à dignidade humana ou aos direitos da personalidade.

Assim, havendo reprovabilidade na conduta lesiva, o critério da capacidade econômica do ofensor é talvez o mais importante para fins de imposição de uma função satisfativa realmente eficaz. É o que permite coibir o dano moral como uma opção no agir dos indivíduos, de forma a tornar cogente a proteção da dignidade, um verdadeiro ônus coletivo, e não mera faculdade particular, como se a violação da esfera jurídica alheia fosse questão de custo.

Principalmente em razão deste critério, não é possível estipular um limite máximo para as condenações, a exemplo do que é feito no Direito penal, ao menos não do modo como se apresenta atualmente na legislação, na forma de um valor nominal fixo ou de uma variável que tenha por parâmetro fator externo ao agente. Qualquer limite ao valor da satisfação que não seja fundado na capacidade econômica individual do lesante, como, por exemplo, um percentual de seus rendimentos, continuará a permitir que agentes com amplo patrimônio causem dano moral quando lhes for conveniente.

<sup>56</sup> Nesse sentido é a posição de Nehemias Domingos de Melo (2012, p. 434), Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 103) Héctor Valverde Santana (2009, p. 228-229), Caroline Vaz (2009, p. 138-142), Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 259), entre outros.

<sup>57</sup> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. IMPROVIMENTO. 1.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo. 2.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, para a inscrição no cadastro de inadimplentes, **foi fixado o valor de indenização de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de dano moral, consideradas as forças econômicas do autor da lesão.** 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 359.020/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013, grifo nosso)

<sup>58</sup> Diz-se em tese porque são frequentes as menções à ponderação no arbitramento para evitar o “enriquecimento injustificado” do ofendido, o que torna impraticável qualquer função punitiva ou dissuasória quando, para estes fins, seja preciso impor quantia superior à necessária para compensar o dano.

Este tipo de restrição viola o tratamento equânime entre os indivíduos, como hoje ocorre no sistema reparatório, uma vez que os ofensores de pequeno ou médio porte ficariam sujeitos ao pagamento de valores que excedem seu lucro anual ou mesmo decenal, só não vindo a quebrar ou ser excessivamente penalizados em razão do bom arbítrio do julgador; enquanto ofensores de gigantesco porte financeiro não precisariam recear tais consequências, tendo condições inclusive de planejar seus atos para internalizar as possíveis condenações judiciais, como frisa Nelson Rosenvald (2013, p. 215-216):

Ademais, consideramos equivocada não apenas a associação entre os valores das penas e das reparações, como censuramos ainda a estipulação legal de valores mínimos e máximos de condenação a título de sanções punitivas aquilianas. É certo que a inexistência de extremas prefixadas possa gerar inquietação aos potenciais ofensores, mas contam com o inegável mérito de excluir a possibilidade de uma prévia contabilidade do agente quanto à vantagem econômica de praticar ilícitos, baseado na estimativa aproximada de uma eventual condenação por seu comportamento antissocial.

Evidente que a ausência de uma baliza rígida na verba satisfativa não significa ignorar quaisquer regras quanto à sua cominação. A análise da situação financeira do agente deve ser feita com cuidado, a fim de controlar o montante indenizatório, uma vez que o objetivo da condenação é torná-la efetiva, e não causar a falência ou insolvência do ofensor. (VAZ, 2009, p. 138). Busca-se, pois, firmar a imperatividade do ordenamento e diminuir o comportamento ilícito, sem interferir – sempre que possível for – na saúde econômica das pessoas físicas e jurídicas.

Portanto, essa verificação não é um “cheque em branco” em poder dos operadores do Direito, mas sim, uma grande responsabilidade, a qual precisará traçar seus contornos precisos sobretudo na área processual. É nela que será possível garantir a segurança jurídica para não tornar o ofensor um bode expiatório, condenando-o a arcar com valor desproporcionalmente superior à reprovabilidade de sua conduta e excedente à sua capacidade econômica.

### 3.6.3.4 Compensação do dano, cessação da conduta lesiva e atenuação dos efeitos danosos

O incentivo a condutas que diminuam as consequências lesivas do dano não é novidade em nosso ordenamento. A Lei 5.250 de 1967, antiga Lei de Imprensa, dispunha que a retratação espontânea ou pedido de retificação, independentemente de intervenção judicial e antes da propositura de ação penal ou cível, seria considerado para fins de arbitramento do dano moral<sup>59</sup>. Há também na legislação administrativa previsão para atenuar a pena quando forem adotadas medidas para minorar ou efeitos do ilícito ou para repará-lo, como pode ser observado no art. 9º, § 3º, inc. II da Lei 9.933 de 1999<sup>60</sup>.

A utilidade em sopesar a conduta do ofensor após a prática danosa está, justamente, no estímulo ao comportamento mais respeitoso à dignidade humana, uma vez que permite a diminuição ou mesmo eliminação do *quantum* satisfativo. O benefício é evidente, uma vez que, para o ofendido, serão abrandadas as consequências lesivas suportadas e até mesmo evitada uma espera de anos para a compensação do dano na via judicial. Para o ofensor, ao se verificar um agir responsável ante o evento lesivo, será realizado um proporcional abatimento no valor da satisfação; e, para a sociedade, será vantajoso na medida em que, não só estarão sendo remediados os danos suportados pela coletividade, como também esse padrão de conduta contribuirá para a redução das demandas judiciais.

Assim, conforme exemplo dado por Héctor Valverde Santanta (2009, p. 201), um laboratório que provoca dano moral ao divulgar equivocadamente que certo indivíduo é portador do vírus da AIDS, mas emite nota de esclarecimento ou pedido de desculpas, minimizará as consequências lesivas do ilícito praticado, o que merecerá apreciação por parte do julgador na estipulação do valor indenizatório. Ainda que seja comprovada a existência de culpa na hipótese, deverá ser

<sup>59</sup> Art . 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

[...]

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por êsse meio obtida pelo ofendido.

<sup>60</sup> Art. 9º [...]

§ 3º São circunstâncias que atenuam a infração:

I - a primariedade do infrator; e

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo.

ponderado o agir do ofensor que atenuou os efeitos danosos de seu ato com os demais critérios de arbitramento, culminando na diminuição da verba satisfativa ou mesmo na sua total subsunção na verba compensatória.

De igual modo, aquele que, ao provocar culposamente acidente de trânsito, prontamente socorre a vítima, comprometendo-se com despesas médicas e farmacêuticas e prestando outros auxílios que o ofendido eventualmente necessite em razão do acidente, certamente não poderá sofrer igual condenação ao motorista que tenta fugir de sua responsabilidade. Ante todos os reforços negativos nos critérios de arbitramento da satisfação, de forma a elevar a importância indenizatória, a avaliação da conduta espontânea do agente após o dano vem como um elemento de reforço positivo, premiando um agir voltado ao respeito da dignidade humana<sup>61</sup>.

### **3.6.3.5 Considerações gerais**

Para atender aos objetivos da satisfação, é indispensável uma análise interligada de todos os elementos que influenciam a sua quantificação, a fim de não se estipular soma demasiado elevada ou irrisória. Ademais, independentemente de haver um ou ambos os pressupostos da satisfação, todos os critérios de arbitramento devem ser objeto de ponderação para a estipulação do montante indenizatório.

Também o valor da compensação do dano precisará, necessariamente, ser considerado quando da aplicação da função satisfativa, porquanto esta complementa aquele, integrando o montante da indenização de modo a permitir que a responsabilidade civil atinja todas as finalidades ora defendidas. Dessa forma, apesar de servir primordialmente à elevação do valor indenizatório, a análise dos critérios de arbitramento da satisfação em razão das circunstâncias fáticas do caso, bem como da quantia estipulada para fins de compensação, poderá reduzir a importância da função satisfativa a zero. (KERN, 1999, p. 27, 43-46). Nessas hipóteses, ela ficará subsumida na compensatória, que será suficiente para punir o

---

<sup>61</sup> Reforço positivo e reforço negativo são conceitos usuais da Psicologia. O reforço negativo é um recurso que, quando utilizado, fortalece o mecanismo que elimina o comportamento do agente; enquanto o reforço positivo é aquele que incentiva o comportamento apresentado. (BOCK; FURTADO; TEIXEIRA, 1992).

ofensor, dissuadir a prática danosa e, por conseguinte, satisfazer o sentimento de justiça da vítima.

Ainda, é de se ressaltar a impossibilidade de utilização da situação econômica da vítima como critério de arbitramento. Em que pese ser frequente na jurisprudência nacional a ponderação desse fator<sup>62</sup>, não há como considerar elementos patrimoniais no juízo reparatório, uma vez que o conteúdo da dignidade não é patrimonial. (MORAES, 2007, p. 189-190). Somente as condições individuais e pessoais da vítima poderão guiar a quantificação do valor compensatório<sup>63</sup>, do contrário, estar-se-ia admitindo que a dignidade da vítima financeiramente abastada vale mais que a do ofendido de escassos recursos econômicos. (SANTANA, 2009 p. 229). Da mesma forma, também não é possível realizar essa análise para subsidiar a fixação da função satisfativa, uma vez que esta busca a punição e a dissuasão da conduta ilícita, para as quais é irrelevante a situação econômica do lesado.

Somente a previsão legal dos critérios que devem pautar o arbitramento da indenização e um controle das decisões por meio das motivações judiciais poderá proporcionar segurança jurídica à aplicação da função satisfativa, sem tornar a responsabilidade civil um ramo obscuro e temerário do Direito. Entretanto, a própria pacificação sobre quais funções o instituto deve assumir, com um regramento claro e detalhado dos elementos que devem guiar a atuação dos magistrados poderá propiciar à matéria a solidez necessária para que se dissipe a insegurança. (LEVY, 2012, p. 212-216).

---

<sup>62</sup> A título exemplificativo, precedente do Tribunal de Justiça gaúcho: APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE RESCISÃO E REVISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SALDO EM CONTA CORRENTE PARA PAGAMENTO DE DÉBITO. DESCONTO DE ENCARGOS POR ATRASO JÁ ABRANGIDOS PELO CONTRATO DE RENEGOCIAÇÃO DE DÉBITO. INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES INDEVIDA. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. - Demonstrada a ilicitude da inscrição do nome da parte autora nos cadastros de restrição de crédito devida é indenização pelo abalo moral suportado. Dano moral in re ipsa. - **A indenização deve levar em conta** o tempo de duração da ilicitude; **a situação econômico/financeira e coletiva do ofensor e ofendido**; existência de pedido administrativo do ofendido ao ofensor para a regularização; o atendimento do pedido administrativo formulado pelo ofendido; a repercussão do fato ilícito na vida do ofendido e a existência ou não de outras circunstâncias em favor ou em desfavor do consumidor. Quantum indenizatório mantido. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70057045254, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 21/11/2013, grifo nosso)

<sup>63</sup> Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 307, 310-311) refere-se a uma reparação integral da vítima, que considere suas características e peculiaridades, permitindo um ressarcimento mais justo, visto que sopesa o que foi perdido e as atividades que não mais poderão ser realizadas, tornando impraticável a aplicação de um método matemático ou mecânico na avaliação dos danos à pessoa.

## 4 CONCLUSÃO

Há mais de 25 anos a Constituição Federal de 1988 pôs fim à discussão que dividiu juristas de todo o país, assentando definitivamente o direito a receber indenização por dano moral, independente da ocorrência de prejuízo patrimonial ou de qualquer previsão taxativa sobre o fato danoso. Desde então, instaurou-se a controvérsia sobre a forma como deve dar-se essa indenização, que funções deve exercer e por que critérios deve se orientar.

Viu-se nesse estudo que instrumentos penais mostram-se incapazes de coibir práticas lesivas em função da rigidez normativa da esfera criminal, que não é capaz de abranger todas as situações de danos ilícitos, e o sacrifício patrimonial imposto pela responsabilidade civil por diversas vezes não é suficiente para desestimular as condutas danosas. A impossibilidade de reparar os prejuízos de natureza moral, que não permitem o retorno do ofendido ao estado em que se encontrava antes da lesão, bem como a completa ineficácia dos instrumentos jurídicos disponíveis em conter a multiplicação epidêmica dessas lesões torna a atribuição da função satisfativa ao dever de indenizar o dano moral medida cogente para a efetivação da dignidade humana.

Não há ofensa ao nosso sistema constitucional à positivação de fins que não o reparatório na estrutura da responsabilidade civil, não constituindo qualquer violação a direitos fundamentais. Como visto, a sanção pecuniária no âmbito cível não está restrita às garantias do processo criminal, bem como a sua aplicação com fundamento em dispositivo legal expresso não pode ensejar enriquecimento sem causa, existente quando não há causa jurídica de atribuição patrimonial. De igual modo, a reparação integral do dano é excetuada pela lei, cabendo indenização parcial se sopesada a culpabilidade do ato com o resultado danoso e verificar-se mais equânime a divisão do prejuízo, não havendo imperativo ético que impeça alteração beneficiando a vítima ao invés de privilegiar o ofensor.

A aplicação da função satisfativa deve, pois, guiar-se de forma a dissuadir os comportamentos lesivos, coibindo atos reprováveis e economicamente benéficos com sanções pecuniárias. Ainda, a destinação parcial do valor em favor da vítima instiga positivamente, em um primeiro momento, a judicialização de eventos danosos antes impunes, humanizando a disciplina que tradicionalmente tem um enfoque patrimonial arraigado.

Temos ciência da complexidade na aproximação entre escopos penais e cíveis, não podendo, contudo, as dificuldades de aplicação do instituto ser pretexto para a manutenção da atual estrutura da responsabilidade civil. O Direito deve amoldar-se às necessidades humanas, buscando sempre os recursos mais eficazes para a pacificação dos conflitos, não se permitindo tornar instrumento obsoleto, a desempenhar função exclusivamente formal no equilíbrio das relações sociais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *In: Banco do Conhecimento*. 18 ago. 2008. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a)> Acesso em: 29 out. 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. 1. reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BLAKEY, G. Robert. Of Characterization and Other Matters: Thoughts about Multiple Damages. **Law and Contemporary Problems**. p. 97-126, 1997. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol60/iss3/8>> Acesso em: 12 out. 2013.

BOCK, Ana; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria. O Behaviorismo. In: \_\_\_\_\_ **Psicologias**: Uma introdução ao estudo de Psicologia. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 38-47. Disponível em: <<http://chasqueweb.ufrgs.br/~slomp/edu01011/bock-behaviorismo.pdf>> Acesso em: 26 nov. 2013.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BROOKE, Sir Henry. A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**. Alemanha: Springer-Verlag / Wien, p. 01-03, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro, no Novo Código Civil. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito Penal e outros ramos do Direito: Interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visita holística aos diversos planos do Direito a partir do Direito Penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. EMAGIS, dez. 2004. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/roberto\\_demo.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/roberto_demo.htm)> Acesso em: 10 nov. 2013.

FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. **Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.



FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. 36. Reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

HÁSSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Beckman Meirelles *et al.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta. **EOS - Revista Jurídica da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 2, n. 1, jul./dez. 2007.

Disponível em:

<[http://www.graduacaoadistancia.com.br/faculdade/revista\\_direito/3edicao/Artigo%2005.pdf](http://www.graduacaoadistancia.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%2005.pdf)> Acesso em: 15 out. 2013.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KERN, Bernd-Rüdiger. A Função de Satisfação na Indenização do Dano Pessoal: Um elemento penal na satisfação do dano? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 17, p. 25-46, 1999.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 789, p. 21-47, jul. 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da Função Punitiva ("Punitive Damages" e o Direito Brasileiro). **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 229-262, dez. 2005.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco**: como fundamentos da responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MICHELON JUNIOR, Cláudio. **Direito Restituitório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo XXII**. 3. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado. Tomo XXVI**. 3. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 3. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTO, Mário Moacyr. O ocaso da culpa como fundamento da responsabilidade civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 14, n. 39, p. 198-205, mar. 1987.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SEBOK, Anthony J. Punitive Damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**. Alemanha: Springer-Verlag / Wien, p. 155-196, 2009.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

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