

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Alexandre Castro Sousa

**A impossibilidade de indenização punitiva no direito brasileiro
como vontade incontestável do legislador**

Doutorado em Direito

**São Paulo
2022**

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Alexandre Castro Sousa

**A impossibilidade de indenização punitiva no direito brasileiro
como vontade incontestável do legislador**

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito – Efetividade do Direito Privado e Liberdades Civis, núcleo de pesquisa em Direito Civil Comparado, sob a orientação do Prof. Dr. Gilberto Haddad Jabur.

**São Paulo
2022**

Alexandre Castro Sousa

A impossibilidade de indenização punitiva no direito brasileiro
como vontade incontestável do legislador

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito – Efetividade do Direito Privado e Liberdades Cíveis, núcleo de pesquisa em Direito Civil Comparado, sob a orientação do Prof. Dr. Gilberto Haddad Jabur.

Aprovada em _____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gilberto Haddad Jabur

*Dedico a meus pais, AMINADAB e RAQUEL,
que são fonte de amor, inspiração e apoio
permanente.*

*O presente trabalho foi realizado com apoio da
Coordenação de Aperfeiçoamento de
Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) –
n.º do processo 8887.161459/2017-00.*

*This study was financed in part by the
Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal
de Nível Superior – Brasil (CAPES) – n.º do
processo 8887.161459/2017-00.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, criador do universo, por todas as bênçãos a mim concedidas nessa jornada acadêmica.

Aos meus pais, Aminadab e Raquel, pelo apoio incondicional.

Aos meus irmãos, Leonardo e Rafaela, pelo companheirismo.

Ao meu orientador, Professor Gilberto Haddad Jabur, pelos ensinamentos.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pela excelência no ensino.

À Solange de Oliveira, pela amizade nesses anos de PUC/SP.

RESUMO

SOUSA, Alexandre Castro. *A impossibilidade de indenização punitiva no direito brasileiro como vontade incontestável do legislador*. 2022. 125f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

O objetivo do presente estudo é defender a impossibilidade de indenização punitiva no direito brasileiro, por ser esta a vontade incontestável do legislador. A tese principal apresentada é a de que não há consonância sobre o assunto entre o Legislativo e o Judiciário e, por essa razão, sustenta-se que o entendimento que deve prevalecer é daquele que representa a vontade do povo, pois, na democracia, ao legislador cabe a última palavra. Para tanto, são abordados elementos suficientes para o estudo do ordenamento e sistema jurídicos, especialmente acerca da aplicação, integração e correção do direito, funções da responsabilidade civil e dano moral, para, então, defender a impossibilidade de indenização punitiva, seja por vontade legislativa, seja pelas incongruências do instituto dentro do sistema jurídico.

Palavras-chave: Dano moral; indenização punitiva; função punitivo-pedagógica; *punitive damages*; ordenamento jurídico; legislador; responsabilidade civil; valor de desestímulo.

ABSTRACT

SOUSA, Alexandre Castro. *The impossibility of punitive damages in Brazilian law as an undisputed will of the legislator*. 2022. 125p. Thesis (Doctorate) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

The aim of this study is to defend the impossibility of punitive damages in Brazilian law, as this is the undisputed will of the legislator. The main issue presented is that there is no agreement on the matter between the Legislative and the Judiciary powers and, for this reason, it is argued that the understanding that should prevail is the one that represents the will of the people, since, in democracy, the legislator has the final word on the matter. Therefore, enough elements are addressed for the study of the legal order and system, especially about the application, integration and correction of the law and about the functions of civil liability and moral damage, so it can defend the impossibility of punitive damages, whether by the will of the legislative or by the inconsistencies of the institute within the legal system.

Keywords: Moral damage; punitive damages; punitive-pedagogical function; punitive damages; legal order; legislator; civil responsibility; discouragement value.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
METODOLOGIA.....	10
1. ORDENAMENTO E SISTEMA.....	12
1.1 Ordem jurídica e poder como seu instrumento	12
1.2 Norma e ordenamento jurídico.....	15
1.3 A ciência do direito e o sistema jurídico (função do jurista)	17
1.4 A fonte jurídica por excelência	20
1.5 Aplicação do direito	26
2. DANO MORAL	33
2.1 Conceito de responsabilidade civil.....	33
2.2 Pressupostos da responsabilidade civil.....	35
2.2 Funções da responsabilidade civil na atualidade.....	40
2.3 Definição de dano moral.....	50
2.4 Reparação e indenização punitiva no dano moral.....	52
2.5 Indenização punitiva no Brasil (valor de desestímulo)	54
2.6 Indenização punitiva em Portugal e na Argentina	58
3. IMPOSSIBILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO .	60
3.1 O posicionamento do Poder Legislativo sobre a indenização punitiva.....	60
3.2 Legislativo <i>versus</i> Judiciário na democracia	78
3.3 Ausência de lacunas na fixação do dano moral	81
3.4 Incompatibilidade da indenização punitiva com o direito brasileiro	85
3.4.1 Violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa	88
3.4.2 Violação ao princípio da igualdade e a criação do cidadão inimputável	101
CONCLUSÃO.....	116
REFERÊNCIAS.....	119

INTRODUÇÃO

A indenização por danos morais foi o grande tema de direito civil debatido na década de 1990. Fruto dessa importante discussão, o Judiciário, com base em teorias estrangeiras, passou a reconhecer a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, quando se trata de indenização extrapatrimonial.

Entretanto, o que não se sabe, ou o que não se deixa saber, é que tal comportamento jurisprudencial é totalmente contrário às ideias existentes e já decididas pelo Poder Legislativo, desde a elaboração do projeto do atual Código Civil.

Assim, pretende-se resolver a seguinte questão: não havendo consonância sobre o assunto entre os Poderes citados – a (im)possibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro –, qual entendimento deverá prevalecer? Ou melhor: na democracia, a quem cabe a última palavra?

A presente tese tem o objetivo de responder essa indagação e demonstrar a incompatibilidade, dentro de um sistema, do direito brasileiro com qualquer teoria que pretenda valer-se da função punitivo-pedagógica para dar soluções jurídicas a casos reais de indenização por danos morais.

Procura-se, portanto, apresentar elementos suficientes para o estudo do ordenamento e sistema jurídicos, especialmente sobre aplicação, integração e correção do direito, funções da responsabilidade civil e dano moral, para, então, defender a impossibilidade de indenização punitiva, seja por vontade legislativa, seja pelas incongruências do instituto dentro do sistema jurídico.

METODOLOGIA

Utiliza-se neste trabalho a técnica da tópica de Theodor Viehweg como forma de argumentação para defesa da tese.

Sua obra, *Topik and Jurisprudenz*, publicada em 1953, tinha como ideia fundamental o interesse de pensar a teoria e prática jurídicas de modo tópico ou retórico.¹

Trata-se de uma técnica de discussão de problemas, cujo foco são as aporias² jurídicas e, por conseguinte, o problema das lacunas e antinomias.³

A tópica tem como características principais três elementos, ligados entre si: *técnica de pensamento problemático*, do ponto de vista de seu objeto; noção de *topos* ou *lugar-comum*, da perspectiva do instrumento com que opera; e uma *busca e exame de premissas*, sob a ótica de atividade. Isso significa que, para a tópica, a ênfase recai nas premissas, e não nas conclusões.⁴

O aspecto que se destaca na análise da tópica “constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema”,⁵ isto é, dado um problema, a técnica procura indicar possibilidades, desvendando caminhos em busca da decisão.⁶

Procura-se um sistema (ou mesmo um sistema geral ou uma pluralidade de sistemas) que ajude a encontrar uma solução.⁷ Havendo a possibilidade de vários sistemas, consideram-se possíveis também várias soluções, uma vez que a tópica

¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 37.

² O termo aporia, segundo Theodor Viehweg, “serve, propriamente, para designar a questão que se coloca e a qual não se esclarece, a ‘falta de um caminho’, a situação problemática que não pode ser apresentada em parte e que Boezio traduziu, ainda que não precisamente, com a palavra *dubitatio*” (*Tópica e jurisprudência*. 5. ed. Porto Alegre, 2008. p. 33).

³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 512-513.

⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito* cit., p. 42-43.

⁵ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência* cit., p. 33.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito* cit., p. 513.

⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito* cit., p. 44.

pressupõe sempre a consideração dinâmica do direito e a adoção da ideia de sistema aberto, pois a elasticidade é exigida para que se possam oferecer soluções ideais que se integram à sistemática jurídica.⁸

Na presente linha de pesquisa, sob a qual se constrói esta tese – efetividade do direito privado e liberdades civis e a impossibilidade de indenização punitiva no direito brasileiro, respectivamente –, utiliza-se, portanto, a tópica como técnica para levantar, principalmente, problemas, com ênfase nas premissas, apontando possíveis soluções, sem, contudo, esquivar-se de propor e, sobretudo, defender, uma solução aceitável para o concreto problema da impossibilidade de indenização punitiva no sistema jurídico brasileiro.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito* cit., p. 514.

1 ORDENAMENTO E SISTEMA

1.1 Ordem jurídica e poder como seu instrumento

Em uma sociedade, há convicções variadas sobre o que é justo e injusto, sobre o que é bom e mau, sobre o que é conveniente e inconveniente. A ausência de unanimidade faz com que haja conflito de certezas entre os mais diversos grupos de indivíduos existentes.

Isso, em princípio, levaria à destruição da sociedade, mas, na verdade, para a própria sobrevivência, estabelece-se, como sempre aconteceu na história, um conjunto convergente de convicções fundamentais sobre os bens soberanos da vida, funcionando como a ética dominante, ou seja, “como o sistema de referência vigente, para a discriminação entre os comportamentos tidos como normais e os comportamentos tidos como anormais, naquele ambiente e naquele tempo”.⁹

Nesse contexto, considerando as inúmeras espécies de relações entre os seres humanos e as diversas convicções sobre o justo, o bom e o conveniente, surge a necessidade, ante o choque de ideais e aspirações, de fazer uma opção para determinar a norma que deverá ser obrigatoriamente seguida, incluindo-a na ordenação jurídica da sociedade.¹⁰

Percebe-se, com isso, uma convergência do comportamento social para que haja uma organização entre a multiplicidade de convicções e comportamentos possíveis.

Tem-se, assim, a ordem jurídica como resultado do esforço de buscar, por meio da unidade, o bem comum.¹¹

Há que considerar que, para a subsistência da ordem, isto é, sua continuidade e integridade, é necessária a existência de um poder, que dá a ideia de

⁹ TELLES JR., Goffredo. *O povo e o poder*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.

¹⁰ FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 42.

¹¹ TELLES JR., Goffredo. *O povo e o poder* cit., p. 39.

força. Não sendo por outra razão que Ihering, no século XIX, ensinou que o direito é uma força viva, não havendo ordem jurídica perfeita sem que a energia com a qual a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança.¹²

Poder é a força exercida pela ideia de um bem comum a realizar capaz de impor atitudes e assegurar a ordem jurídica.¹³ É o criador da norma jurídica, pois é ele quem faz a opção do modo de agir considerado preferido, entre as diversas opções possíveis.

No Estado, segundo Goffredo Telles Jr., tais escolhas são feitas pelo governo,¹⁴ por intermédio de seus órgãos legislativos e planejadores. Ao governo cumpre, então, mediante uma interferência decisória (um ato de poder), definir as normativas soberanas que determinarão o comportamento a ser seguido.¹⁵ Só por meio do governo que normas podem ser consideradas jurídicas.

É importante ressaltar que é possível a existência de certa tensão entre a norma e a realidade.¹⁶ Isso significa que os anseios sociais pela ordem podem não estar devidamente descritos no texto que o governo elegeu como norma de direito (jurídica), gerando grave conflito entre direito e poder. Daí a discussão sobre legitimação e legitimidade.

Primeiramente, indaga-se: o governo cria ou declara o direito?

Ora, se cabe ao governo elegeu entre as opções de modo de agir existentes o comportamento preferido e transformá-lo em norma jurídica, logo, compete ao governo tão somente declarar o direito.

¹² IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-2.

¹³ TELLES JR., Goffredo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1973. t. II, p. 452.

¹⁴ Entende-se por governo, neste capítulo, com base nas lições de Goffredo Telles Jr., como uma organização estruturada, feita de órgãos voltados a conduzir politicamente o Estado, definindo suas diretrizes supremas. Frise-se que “governo” é o exato termo utilizado por Goffredo Telles Jr. em seus livros.

¹⁵ TELLES JR., Goffredo. *O povo e o poder* cit., p. 50.

¹⁶ FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade* cit., p. 42.

Escolha pressupõe existência, o que acarreta sempre uma preexistência daquilo que se declara. O governo observa os comportamentos existentes e estabelece o que vai ser jurídico ou não jurídico, lícito ou ilícito.

Convém deixar claro que a declaração do governo, na verdade, é uma decisão, pois sempre haverá um poder de optar entre vários caminhos normativos.¹⁷

Cabe, agora, a seguinte questão: quando um governo é legítimo?

Um governo para ser legítimo deve ser efetivamente um órgão de poder.¹⁸ É necessário, então, que o governo seja instrumento do poder, isto é, deve estar a serviço da ideia de um bem comum a realizar capaz de impor atitudes e assegurar a ordem jurídica. governo legítimo pressupõe coincidência entre poder e governo. O primeiro como ideia e o segundo como instrumento. Havendo tal identidade, tem-se um governo legítimo.

Só o governo legítimo é capaz de atender os anseios do povo, pacificando as relações por meio de normas jurídicas, evitando, assim, a desobediência civil (direito de resistência).

O governo legítimo servirá como instrumento repleto de poder para a declaração do direito. Isso significa que a ideia de ordem jurídica¹⁹ – bem comum – estará plenamente refletida nas normas eleitas pelo governo como obrigatórias, ou seja, haverá evidente harmonização entre as convicções vigentes de ordem e de bem comum.²⁰

É dessa conclusão de governo legítimo para declaração de normas que se forma o ordenamento jurídico.

¹⁷ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 11.

¹⁸ TELLES JR., Goffredo. *O povo e o poder* cit., p. 53.

¹⁹ TELLES JR., Goffredo. *Filosofia do direito* cit., p. 452.

²⁰ TELLES JR., Goffredo. *O povo e o poder* cit., p. 55.

1.2 Norma e ordenamento jurídico

Toda norma jurídica decorre de ato decisório do poder.

Dentro da sociedade, diversas são as escolhas que definem o comportamento humano como permitido, obrigatório ou proibido. O conjunto dessas escolhas, ou melhor, o conjunto de normas jurídicas, constitui o ordenamento jurídico.²¹

A necessidade da norma jurídica, ou mesmo do conjunto delas, deriva da coexistência entre os homens, que, espontaneamente, são levados a formar grupos sociais, por exemplo, famílias, escolas, associações esportivas, recreativas, culturais, religiosas, profissionais, partidos políticos etc.²²

Por essa razão, diz-se que o direito é um fato ou fenômeno social: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o direito); ou, *ubi jus, ibi societas* (onde está o direito está a sociedade). Em todos os grupos sociais o direito está presente, pois sempre haverá a necessidade de uma convivência ordenada (um mínimo de ordem).²³

A simples existência de mais de um indivíduo faz com que, entre eles, haja relações de coordenação, subordinação, integração e de delimitação.²⁴ Logo, toda norma jurídica requer alteridade (duas ou mais pessoas).

O grande desafio do direito é permitir a convivência do homem em sociedade com o mínimo de conflitos e o máximo de tolerância, na busca de uma ordem social justa.²⁵

É esse o objetivo da norma jurídica: reger comportamentos humanos sociais.

²¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 190.

²² DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19.

²³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito cit.*, p. 2.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência cit.*, p. 20.

²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve introdução ao direito*. São Paulo: RT, 2010. p. 26.

Em cada comportamento humano em que haja relacionamento entre semelhantes, existe o que se chama de fenômeno jurídico. O direito procura, por meio de normas jurídicas, regular múltiplos campos de interesses que, com a evolução social, renovam a estrutura normativa.²⁶ É evidente que em uma sociedade inúmeras normas jurídicas surgirão, formando diversos ordenamentos jurídicos (conjunto de normas jurídicas).

Daí surgem, dessa imensidão jurídica, problemas. O fato de o governo²⁷ eleger (declarar) dentre as opções de modo de agir existentes o comportamento preferido e transformá-lo em norma jurídica não implica perfeição de seu trabalho.

O relacionamento humano é complexo e evolutivo. Prever e entender o comportamento social e antecipar-se na elaboração da norma jurídica, de modo coerente e exaustivo, é uma utopia para o governo.

Por esse motivo, em todos os ordenamentos jurídicos sempre haverá problemas.

É aí que surge a ciência do direito, que, por meio do jurista, cuida de resolver as questões aparentemente não solucionáveis ao aplicador, a saber: problemas decorrentes de unidade, hierarquia, consistência e completude do ordenamento.

Essa é a razão pela qual o jurista cria o sistema, em sua própria imaginação, para estudar o ordenamento, resolver seus problemas e apresentar critérios para aplicação do direito (natureza criptonormativa), auxiliando, desse modo, o aplicador.

²⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito* cit., p. 3.

²⁷ O termo governo segue a nomenclatura utilizada por Goffredo Telles Jr. no livro *O povo e o poder*.

1.3 A ciência do direito e o sistema jurídico (função do jurista)

O papel da ciência do direito é sistematizar o direito para resolver problemas do ordenamento jurídico, com base na decidibilidade²⁸ (porque a norma decorre de ato do poder), trazendo uma resposta que cause menor perturbação social possível.

A ciência do direito é tecnológica, pois, primeiramente, o conhecimento científico pretende ser um saber coerente.²⁹ Sendo tecnológica, o jurista deve demonstrar conhecimento dos meios para atingir um fim, isto é, deve usar corretamente as técnicas interpretativas, integrativas e corretivas para corrigir as supostas imperfeições do ordenamento, dando soluções ao aplicador.

Por ser um técnico, o jurista não emite mera opinião.³⁰ O jurista se baseia numa teoria e a ela deve fidelidade ao resolver os problemas do ordenamento jurídico.

Como mencionado, a linguagem do poder pode ser incoerente (imperfeita), mas a linguagem do jurista jamais, porquanto a ciência é constituída por proposições jurídicas, que só podem ser verdadeiras ou falsas.

Na concepção realeana, a qual se adota, o jurista tem como função resolver quatro problemas do ordenamento: unidade, hierarquia, consistência e completude.³¹

Pode-se dizer, assim, que o jurista cria o sistema, em sua própria imaginação, para estudar o ordenamento, resolver seus problemas e apresentar critérios para aplicação do direito (natureza criptonormativa), auxiliando, portanto, o aplicador.

²⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 42.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito* cit., p. 35.

³⁰ *Ibidem*, p. 38.

³¹ O conhecimento constante neste item advém de anotações realizadas na disciplina “Ordenamento e Sistema” ministrada pela Professora Maria Helena Diniz no doutorado da PUC-SP em 2017/2.

Como dito, o jurista é, deveras, um técnico, uma vez que deve demonstrar conhecimento nos meios para atingir um fim, usando corretamente as técnicas interpretativas, integrativas e corretivas, cabendo, ainda, definir os institutos jurídicos.

Observando a ciência do direito pelo seu modelo analítico,³² compete ao jurista a função organizatória, ou seja, a sistematização de normas, fatos e valores, colocando-os em ordem. Por essa ótica, averigua-se a vigência no espaço e no tempo das leis, por exemplo, questões de retroatividade, irretroatividade, territorialidade, extraterritorialidade etc.

Examinando a ciência do direito pelo seu modelo hermenêutico, o jurista passa a ter função interpretativa, empregando meios adequados para aplicação das normas e indicando caminhos ao aplicador para subsunção, preenchimento de lacunas e correção das incoerências.

Por sua vez, analisando a ciência do direito pelo seu modelo empírico, tem-se que o jurista busca uma possível decisão hipotética para determinado caso hipotético. Isso significa que ele exerce função de previsão.³³ O jurista, como analista

³² Ensina Tercio Sampaio Ferraz Jr. que, por envolver sempre um problema de decidibilidade de conflitos sociais, a ciência do direito se articula em diferentes modelos, determináveis conforme o modo como se encare a questão da decidibilidade (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito* cit., p. 47). Trata-se dos modelos analítico, hermenêutico e empírico. O modelo analítico imagina a decidibilidade como uma relação hipotética, conflito hipotético e decisão hipotética. Apenas imagina. Nesse modelo, a ciência do direito tem uma função organizatória, isto é, vai sistematizar normas, fatos e valores, colocando-os em ordem (Ibidem, p. 47). O modelo hermenêutico trata a decidibilidade pelo ângulo de sua relevância significativa (Ibidem, p. 48.), de modo que ela passa a ter uma função interpretativa para empregar os meios adequados para aplicação das normas e indicar caminhos ao aplicador para subsumir, preencher lacunas e corrigir antinomias. Assume, pois, a ciência do direito uma atividade interpretativa (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito* cit., p. 215). O modelo empírico vê na decidibilidade uma busca de condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético. Há, portanto, nesse modelo função de previsão. Investiga-se normas de convivência para explicar o comportamento humano (enquanto controlado por normas). (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito* cit., p. 215). Segundo ensina Tercio Sampaio Ferraz Jr., é a partir desses modelos que é possível mostrar os diferentes modos como a ciência do direito se exerce enquanto pensamento tecnológico (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito* cit., p. 48). Por esses modelos, em que há uma inter-relação, é possível verificar que se criam condições para que certos conflitos sejam decididos com o mínimo de perturbação social. (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito* cit., p. 215).

³³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito* cit., p. 215.

do conteúdo da norma, define conceitos indeterminados, vocábulos imprecisos, sanando as indeterminações semânticas.

Ademais, é função do jurista suprir a falta de informação dos fatos por meio de presunções, definição de ônus da prova para, a partir daí, traçar parâmetros para solucionar a ignorância do aplicador.

É importante ressaltar, novamente, que a ciência do direito é uma ciência prática. Por essa razão, para Miguel Reale, o jurista estuda o direito para apontar caminhos ao aplicador, diferentemente de Hans Kelsen, que entende que a ciência do direito é uma ciência teórica, ou seja, conhece por conhecer.

Convém dizer, ainda, que o jurista deve ter um discurso racional, pois a ele compete o convencimento de alguém. Necessita, portanto, de racionalidade, que advém da fundamentação. Deve provar o que diz, mediante lei, jurisprudência e texto de outros autores.

Para Miguel Reale, o jurista deve analisar o conteúdo da norma, porque o direito não é só norma, mas também fato e valor.³⁴

O jurista deve definir os termos usados em lei.

Por fim, deve sistematizar sem apresentar contradição lógica, conforme método escolhido (método lógico dialético).

A teoria do direito aqui adotada (teoria tridimensional do direito) não é somente uma teoria científica do direito, mas uma proposta de manifestação ontológica do próprio direito. Não é uma redução ao normativismo (teoria pura do direito), nem uma camisa de força teórica para um fenômeno concreto.

A tridimensionalidade é, ao mesmo tempo, um modo de compreender filosoficamente o direito e a postulação do acontecer fenomenal do próprio direito.

³⁴ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 120.

É de suma importância entender a diferença entre ordenamento e sistema, bem como a função do jurista, para compreensão do problema da impossibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro.

Sabendo que o ordenamento jurídico (imperfeito e incoerente) é o conjunto de normas jurídicas e que o sistema jurídico (perfeito e coerente) é um sistema criado na imaginação do jurista para estudar o ordenamento, resolver seus problemas e apresentar critérios para aplicação do direito, auxiliando o aplicador, é possível, desde logo, deduzir que o problema da tese passa por aí, isto é, passa por demonstrar, dentro de um sistema, a incompatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com qualquer teoria que pretenda valer-se da função punitivo-pedagógica para dar soluções jurídicas a casos reais de indenização por danos morais.

Após esse primeiro passo, passa-se a fornecer elementos necessários, e somente os necessários, para a formação de pilares que sustentarão a defesa desta tese.

1.4 A fonte jurídica por excelência

É importante falar sobre as fontes jurídicas justamente pelo fato de ser relevante, neste trabalho, saber a origem do direito, ou, mais especificamente, quem pode criar (declarar) direitos e obrigações.

Como explicado anteriormente, o poder é o criador da norma jurídica, pois é ele quem faz escolhe o modo de agir considerado preferido entre as diversas opções possíveis. Foi dito também que tais escolhas são feitas pelo governo,³⁵ por meio de seus órgãos legislativos e planejadores.

Mencionou-se ainda que ao governo (por intermédio do Poder Legislativo) cumpre, por meio de uma interferência decisória (um ato de poder), escolher as normativas soberanas, que determinarão o comportamento a ser seguido.³⁶

³⁵ O termo governo segue a nomenclatura utilizada por Goffredo Telles Jr. no livro *O povo e o poder*.

³⁶ TELLES JR., Goffredo. *O povo e o poder* cit., p. 50.

Pois bem.

A afirmação de Goffredo Telles Jr. é de suma importância para este trabalho, destacando-se que o autor diz, claramente, Poder Legislativo.

É possível, assim, fazer referência à teoria da separação de poderes.

Segundo Montesquieu, a função de editar leis é dada ao Poder Legislativo. Em virtude de sua representação popular, esse poder tem o papel de descobridor de leis, uma vez que resultante dos interesses da nação ou da comunidade, sendo o parlamentar a pessoa qualificada para expressá-la (não para criá-la). Assim, a legitimidade democrática está representada pelo ideal da lei como símbolo da vontade geral representada no Parlamento.³⁷

Nas palavras de Goffredo Telles Jr., o Poder Legislativo é o poder do povo de elaborar todas as leis, exceto a Lei Magna.³⁸

É o legislador quem observará os comportamentos existentes e declarar o que vai ser jurídico ou não jurídico, lícito ou ilícito. É ele quem deverá buscar na fonte material elementos que emergem da própria realidade social e dos valores que inspiram o ordenamento jurídico, a saber: fatores sociais, históricos, religiosos, naturais (clima, solo, raça, natureza geográfica do território, constituição anatômica e psicológica do homem), os demográficos, os higiênicos, os políticos, os econômicos, os morais (honestidade, decoro, decência, fidelidade, respeito ao próximo). Além disso, é ele quem deverá buscar os valores de cada época, isto é, valores que emergem da própria realidade social e dos valores que inspiram o ordenamento jurídico.³⁹

Eis um ponto importantíssimo para este trabalho: valores de cada época, que emergem da realidade social.

³⁷ FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 80.

³⁸ TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 147.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito* cit., p. 305.

Por essa razão que Montesquieu diz que as leis devem ser relativas ao físico do país; ao clima frio, quente ou temperado; à qualidade do terreno, à sua situação e à sua grandeza; ao gênero de vida dos povos, trabalhadores, caçadores ou pastores; que elas devem se relacionar ao grau de liberdade que a Constituição pode sofrer; à religião de seus habitantes, às suas inclinações, riquezas, número, comércio, costumes, maneiras. Ainda, que as leis têm, enfim, relações entre si; têm relações com sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais são estabelecidas.⁴⁰

A legislação é a fonte formal imediata, a mais importante e a fonte jurídica por excelência. Mas vai além: a lei é a principal característica do Estado Democrático de Direito.⁴¹ É a autoridade suprema que advém da vontade geral, submetendo a todos, e ninguém escapa ao limite ou foge do compasso de uma regra.

Todos se submetem às leis. O Judiciário, por exemplo, está sujeito à lei, que aplica, e que não pode suprir com criações suas. Também está o Executivo, uma vez

⁴⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 81.

⁴¹ A expressão “Estado Democrático de Direito” utilizada pelo art. 1.º da Constituição da República de 1988 reflete em toda interpretação do ordenamento jurídico. Com base nos ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos, os movimentos políticos do final do século XIX, início do XX, transformaram o velho e formal Estado de Direito num Estado Democrático, em que, além da mera submissão à lei, deveria haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 225). Cumpre aqui destacar a participação popular nesse modelo de Estado, uma vez que a vontade do povo é pressuposto de validade de todo ato administrativo, pois é de lá que verdadeiramente emana o poder num Estado Democrático de Direito. No Estado Democrático de Direito, além da mera submissão à lei, deve haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos, já que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Convém ressaltar as lições de Miguel Reale, quando da análise do termo “democrático”: “Poder-se-á acrescentar que o adjetivo ‘Democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. ‘Estado Democrático de Direito’, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise a ‘Estado de Direito e de Justiça Social’. [...] Não concordo, por conseguinte, com os juristas que consideram sinônimo os termos ‘Estado de Direito’ e ‘Estado Democrático de Direito’. Tal entendimento não me parece admissível em Hermenêutica Jurídica, notadamente no plano da Carta Magna, porquanto, em princípio, a termos novos deve corresponder nova interpretação” (REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e os conflitos de ideologias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 2). Isso demonstra que os elementos centrais do Estado Democrático de Direito envolvem a cidadania e a dignidade da pessoa humana, refletidos no art. 1.º, para consecução dos objetivos estabelecidos no art. 3.º da Constituição da República Federativa do Brasil.

que necessita concretizar o que abstratamente fora previsto. O próprio Legislativo legisla sob censura de normas.⁴² Todos devem obediência às leis, sem exceção.

Em resumo, e o que é mais importante, como ensina Ives Gandra da Silva Martins, o certo “é que, nos regimes democráticos, a elaboração legislativa, a produção das leis, cabe fundamentalmente ao Poder Legislativo”.⁴³

Logo, pela teoria da tripartição dos poderes, cabe ao Poder Legislativo legislar, ao Poder Executivo, executar as leis e administrar, e ao Judiciário, julgar e manter a ordem.

Tais ensinamentos adéquam-se, em teoria, perfeitamente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Na prática, mesmo parecendo óbvias, simples e bem definidas as funções de cada poder, a função legislativa tem sido usurpada conscientemente pelo Poder Judiciário.

Isso provoca não só um enfraquecimento do Legislativo, que perde a supremacia de sua principal função, mas também promove a criação de um superpoder (ou um superlegislador): o Judiciário, que não só julga, mas também cria direitos e obrigações a seu arbítrio, isto é, sem qualquer legitimidade, ferindo constantemente o princípio da separação dos poderes.

Não é por demais repetir. A lei é a garantia do cidadão prevista na Constituição Federal em seu art. 5.º, II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A lei deve ser feita, como dito anteriormente, de acordo com valores de cada época, que emergem da realidade social. Por essa razão, em nosso regime democrático o povo elege regularmente os membros do Legislativo.

⁴² DANTAS, San Tiago. *Problemas de direito positivo: estudo e pareceres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 39.

⁴³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve introdução ao direito* cit., p. 103.

Praticamente, todo o Poder Legislativo é renovado a cada quatro anos (exceto o Senado, que é a cada oito anos), a depender da vontade popular. Isso corrobora a necessidade de as leis serem feitas por aqueles que possuem os valores de determinada época. Se existe a reeleição de alguns membros do Legislativo, é porque o eleito ainda representa, de alguma forma, os valores daqueles que o escolheram.

Por esse motivo também que o Judiciário nunca deveria criar obrigações genéricas. Os membros do Judiciário não são eleitos, não há vínculo de representatividade entre juízes e cidadãos. Para ingresso na magistratura, exige-se concurso ou indicação (Tribunais Superiores), realizado entre pessoas com qualificações técnicas e notório saber jurídico e, frisa-se, não há renovação periódica de seus membros.

Exemplo disso tem-se no Supremo Tribunal Federal, em que o Ministro Celso de Mello lá permaneceu por 31 anos, 2 meses e 14 dias.⁴⁴ Pergunta-se: que representatividade popular teria o Ministro Celso de Mello mais de 30 anos após sua nomeação como Ministro do Supremo?

Portanto, repita-se, a função de editar leis é dada ao Poder Legislativo.

Apenas nele há, de fato, representação popular. Somente nele a legitimidade democrática está simbolizada pelo ideal da lei como símbolo da vontade geral de determinada época.

Mesmo o silêncio legislativo acerca de determinada matéria não pode ser usado como desculpa para que o Judiciário usurpe sua função e crie normas genéricas. É preciso que se investigue, antes de tudo, o porquê da omissão legislativa.

A atuação do Poder Judiciário deve restringir-se a julgar e a manter a ordem com base na lei, e jamais poderá representar a vontade popular.

⁴⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-04/ministro-longevo-republica-celso-inicia-ultimo-trimestre-stf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

O juiz não tem o poder de legislar, ou, nas palavras de San Tiago Dantas, o Judiciário está sujeito à lei, que aplica, e que não pode suprir com criações suas.⁴⁵

Nesse sentido, o ensinamento preciso do processualista Alexandre Freitas Câmara, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

O princípio da legalidade deve ser entendido como uma exigência de que as decisões sejam tomadas com apoio no ordenamento jurídico. Não incumbe ao Judiciário *fazer* a lei, mas interpretar e aplicar a lei que é democraticamente aprovada pelo Legislativo. Quem vai ao Judiciário busca ver seu caso solucionado de acordo com o que consta do ordenamento jurídico, não tendo os juízes legitimidade para criar soluções, segundo sua consciência ou seus valores pessoais, para os casos que lhes são submetidos. O papel criativo do juiz se limita à interpretação, a qual é evidentemente limitada por textos que ele não está legitimado a criar. Deve-se, pois, julgar cada causa submetida ao Judiciário conforme o ordenamento jurídico vigente. A Constituição e a lei não são meras sugestões.

Este, aliás, é um ponto que merece ser destacado. Não cabe a juízes e tribunais “reescrever” a lei conforme seus valores ou preferências. Leis que não sejam inconstitucionais devem ser aplicadas, ainda quando o juiz não goste delas. Leis ruins existem, claro, mas o local apropriado para modificá-las ou revogá-las é o Legislativo, e não o Judiciário. Nem se pode admitir que, sob o disfarce de uma suposta “interpretação” se deixe, simplesmente, de aplicar a lei sem que se realize seu controle de constitucionalidade, o que viola não só o princípio da legalidade, mas também o enunciado da Súmula Vinculante n.º 10 e o art. 927, II, do Código de Processo Civil.⁴⁶

Não se pode negar, contudo, que a produção jurisprudencial é fonte jurídica. Todavia, deve-se encarar a atividade judicial tão somente como forma supletiva para preenchimento de lacunas direcionadas a casos concretos, mesmo assim com muita cautela.

Por se entender que a realidade é complexa e dinâmica, porquanto há um eterno movimento que gera evolução da vida social, trazendo novos fatos e conflitos

⁴⁵ DANTAS, San Tiago. *Problemas de direito positivo: estudo e pareceres cit.*, p. 39.

⁴⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788597024098/>. Acesso em: 16 fev. 2021.

diariamente, admite-se ser impossível ao legislador prever todas as situações presentes e futuras que podem cair sob a égide da norma.⁴⁷

Assim, é possível a produção jurisprudencial como fonte jurídica, repita-se, com muita cautela.

1.5 Aplicação do direito

Pelo art. 3.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Trata-se do princípio da obrigatoriedade da norma.

Embora não se possa presumir que tal dispositivo expresse uma presunção de que todos conhecem as leis, é possível dizer que a intenção da norma é garantir sua obrigatoriedade.⁴⁸

Tal obrigatoriedade fundamenta-se no processo rígido de sua elaboração, que tem na publicação sua ampla divulgação. Isso significa que é garantido a todos os cidadãos o prévio conhecimento daquilo que se terá obrigatoriamente que observar, o que não ocorre nas hipóteses de criação de obrigações pelo Judiciário.

A imposição pelo Judiciário de comportamentos que fujam à previsão legal e que, se realizados, gerem ônus ao cidadão, traz insegurança jurídica, ou seja, não bastaria ao cidadão somente conhecer a lei, seria necessário conhecer a lei e a jurisprudência do Tribunal que poderia vir a julgá-lo.

Adianta-se que o problema da presente tese passa por essa imposição. Será que existe previsão legal vigente para a indenização punitiva no direito brasileiro?

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 129.

⁴⁸ VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil: artigos 1.º ao 6.º*. 2. ed. Belém: Unama, 2005. p. 69.

Por essa razão, defende-se veementemente que o Judiciário deve se ater a julgar e a manter a ordem. Não pode adentrar, em regra, na esfera que cabe ao legislador. Se o conteúdo da norma parece injusto ou não se presta ao objetivo, que haja, então, uma reforma legislativa, mas nunca uma mudança (ou criação) de conteúdo disfarçada de interpretação judicial. Norma injusta, a princípio, não é problema do juiz, e sim do legislador.

Pergunta-se: poderia um juiz aplicar pena de prisão perpétua ao autor de homicídio premeditado? Óbvio que não. Embora o sentimento de justiça pessoal do magistrado possa levá-lo a querer aplicar pena mais elevada, a lei obriga-o a decidir conforme pena cominada.

Outrossim, poderia um juiz ignorar a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil em nome da equidade (do que é justo)? Claro que não. O juiz, como o cidadão, deve obediência irrestrita à lei.

Interessa a este trabalho dizer que o Judiciário pode tão somente atuar de forma integrativa na hipótese do art. 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: quando a lei for omissa, mas, mesmo assim, com muita cautela.

Nesse sentido, Alípio Silveira, ao dizer que “nosso legislador não iria, evidentemente, pôr nas mãos do juiz um verdadeiro cartucho de dinamite para que fizesse ir pelos ares a certeza do direito e desse curso à torrente arrasadora do subjetivismo anárquico”.⁴⁹

Pois bem. O termo integração é utilizado para designar o preenchimento de lacunas da lei, quando de sua aplicação ao caso concreto. Dizer integrar corresponde à ideia de tornar a lei integral, quando defeituosa.⁵⁰

Assim, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁴⁹ SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1968. p. 24.

⁵⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 35.

Maria Helena Diniz ensina que, ao solucionar um caso, se o juiz não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito por falta de conhecimento sobre um *status* jurídico de certo comportamento, em virtude de um defeito do sistema que pode se dar em razão de ausência de norma, na presença de disposição legal injusta, ineficaz socialmente, ou seja, em desuso, está-se diante do problema de lacunas.⁵¹

Tercio Sampaio Ferraz Jr. muito bem escreve a respeito do assunto. Diz o autor que o problema da integração está para uma concepção do direito que distingue a atividade legislativa da executiva e da judiciária. Explica que se analisa a legitimidade de o intérprete ir além da compreensão da norma, criando novas hipóteses normativas, quando o direito vigente não as prevê ou mesmo quando as prevê, mas de modo insatisfatório.⁵²

É preciso deixar claro que, para esta tese, muito mais importante do que a forma de preenchimento de lacunas é a sua constatação.

Para tanto, é preciso dizer sobre a possibilidade de sua existência.

Antes de tudo, deve-se deixar claro que *lacuna* é um problema de sistema, isto é, problema lógico da completude do sistema das normas.⁵³

Admitindo-se ser o sistema completo, deve-se reconhecer também a inexistência de lacuna, como faz Kelsen. Para ele, tudo está previsto, visto que considera permitido tudo aquilo que não está proibido, ou seja, o direito, como sistema de normas, não deixa nenhum comportamento sem qualificação: ou o comportamento em exame é proibido, ou não está e é permitido.⁵⁴

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada* cit., p. 115.

⁵² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito* cit., p. 80.

⁵³ *Ibidem*, p. 81.

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 47.

Na presente tese, por se adotar a teoria realeana, defende-se que o sistema é incompleto,⁵⁵ aberto e dinâmico. Logo, admite-se a existência de lacuna.

Por mais perfeito que seja, não pode o direito prever todos os comportamentos.⁵⁶ Há que considerar sempre a complexidade da realidade e do ordenamento jurídico, como ensina Miguel Reale.⁵⁷

Portanto, o sistema pode apresentar uma desordem, que é a lacuna.

Adianta-se que o direito será sempre lacunoso, mas é também sem lacunas. Assim é porque o próprio dinamismo do direito apresenta soluções que serviriam de base para qualquer decisão.⁵⁸

Como bem ensina Maria Helena Diniz, a realidade é complexa e dinâmica, pois há um eterno movimento que gera evolução da vida social, trazendo novos fatos e conflitos, “de modo que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais, de forma constante, estabelecem novos precedentes, e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida”.⁵⁹

Tal realidade complexa contém várias dimensões: normativa, fática e axiológica, uma vez que o direito, para a teoria tridimensionalista, não é só norma, mas também fato e valor.

⁵⁵ Interessante, mas não utilizada no presente trabalho, é a teoria dos sistemas de Luhmann, que traz a visão do direito como sistema autopoietico que transforma a realidade ao mesmo tempo que transforma a si mesmo, no labor predeterminado de sua estrutura interna. Luhmann diz que o direito tem a força de reconhecer, produzir e resolver conflitos por meio da complexidade do sistema jurídico, sendo o direito um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto (PAIM, Eline Luque Teixeira. Luhmann: o direito como sistema autopoietico. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 24 nov. 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41735/luhmann-o-direito-como-sistema-autopoietico>. Acesso em: 24 nov. 2021).

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada* cit., p. 118.

⁵⁷ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito* cit., p. 95.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada* cit., p. 130.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 120.

Existe entre esses elementos uma correlação, formando um subsistema de normas, um subsistema de valores e um subsistema de fatos, isomórficos entre si.⁶⁰ Logo, norma, fato e valor estão em pé de igualdade.

Haverá lacuna quando existir quebra de isomorfia entre os sistemas normativo, fático e valorativo, que passam a ser heteromórficos. Nesse sentido, como ensina Maria Helena Diniz, o juiz, ante o caráter dinâmico do direito, passa de um subsistema a outro, até suprir a lacuna. Consigna-se que esta é sempre provisória, pois o direito tem temporalidade própria.⁶¹

Existem três principais espécies de lacunas, quais sejam: 1.^a) lacuna normativa, quando não tiver norma sobre determinado caso, isto é, há fato e valor, mas sem norma específica; 2.^a) lacuna ontológica, quando há norma, mas ela não corresponde aos fatos sociais, isto é, há norma e valor, mas sem fato (desuso – ausência de norma eficaz socialmente); 3.^a) lacuna axiológica, ausência de norma justa, ou seja, há fato e norma, mas, sendo aplicada, a solução será injusta.

Aqui cabem duas indagações, no momento, apenas para reflexão: admitindo-se a existência de lacuna por conta da fixação do valor de indenização por danos morais, qual espécie de lacuna seria? A ausência de norma justa dá ao juiz poderes para aplicar sua própria justiça em detrimento da norma existente, ou mesmo da vontade do legislador?

Para finalizar o presente capítulo, compete falar do que é mais importante e o que é mais delicado no tema lacuna voltado à defesa da tese: sua identificação.

Convém ressaltar, antes disso, que é tema interessante, mas não a esta tese, a questão dos meios supletivos das lacunas. No entanto, desde logo já se adianta, não importa para este estudo a forma como a lacuna é colmatada, mas tão somente sua identificação, seja normativa, ontológica ou axiológica. E mais: importa

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada cit.*, p. 123.

saber se há lacuna e se o Poder Judiciário pode colmatá-la, como no caso específico da fixação do valor de danos morais.

Maria Helena Diniz ensina que a problemática da identificação da lacuna abrange dois aspectos: 1.º) o que concerne ao ordenamento jurídico, que se caracteriza por saber em que limite a norma é omissa, isto é, até que ponto não é aplicável sem um complemento, até onde pode-se interpretar a lei e até onde integrá-la; 2.º) a dificuldade da determinação da medida em que a ausência de norma pode ser tida como lacuna.⁶² Pode-se dizer, então, que o grande problema está na identificação da lacuna e no limite da função integradora pelo Judiciário.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. é certo ao registrar lições que fazem referência ao ponto crucial da presente tese:

Pode-se dizer, nestes termos, que o procedimento argumentativo, tendo em vista a integração nos casos de lacuna, tem dois aspectos correlatos: o primeiro se refere a uma avaliação dos quadros em que um caso “revela” um problema de lacuna – questão da constatação da lacuna –; o segundo diz respeito ao seu preenchimento. Correlatos, eles são, porém, independentes. São correlatos à medida que o preenchimento pressupõe a constatação, e a constatação, curiosamente, exige o uso de instrumentos integradores (analogia, nesse sentido, não é usada apenas para completar um vazio, mas também para mostrar o vazio). São *independentes porque pode haver constatação de lacunas cujo sentido ultrapasse os limites de preenchimento possível (lacunas técnicas que só o legislador pode completar)* e porque o preenchimento da lacuna, salvo disposição expressa, não impede a sua constatação em novos casos e circunstâncias (o preenchimento não elide a lacuna como tal, que continua a subsistir e a ser passível de constatação até que um dispositivo legislativo a elimine), donde uma espécie de “criação” contínua do direito pelo intérprete⁶³ (grifo nosso).

No Capítulo 3, novamente será abordado o assunto da identificação da lacuna e do limite da função integradora pelo Judiciário, porém direcionado ao tema da tese: a impossibilidade da indenização punitiva no sistema jurídico brasileiro.

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada* cit., p. 132.

⁶³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito* cit., p. 85.

De antemão, deixa-se uma pergunta ao leitor: será que existe lacuna no direito brasileiro quanto à fixação do valor do dano moral passível de preenchimento pelo juiz, ou está-se diante de usurpação consciente da função legislativa pelo Poder Judiciário?

2 DANO MORAL

2.1 Conceito de responsabilidade civil

Como pressuposto lógico da investigação proposta, entende-se necessário o exame do conceito de responsabilidade civil, de seus pressupostos e de sua função na atualidade para, depois disso, trazer fundamentos para o estudo do dano moral.

Naturalmente, após tais constatações, será possível, no Capítulo 3, estabelecer a correta relação entre ordenamento e sistema jurídicos e dano moral, para defender a impossibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro.

Pois bem. O termo “responsabilidade” advém do verbo latino *respondere*, que, por sua vez, significa o fato de alguém ser constituído garantidor de alguma coisa. Por sua vez, o vocábulo *respondere* possui raiz latina em *spondeo*, “fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais”.⁶⁴

O conceito de responsabilidade, como ensina Maria Helena Diniz, deve ter o enfoque de corrigir uma situação quando alguém não cumpre seu dever, seja fruto de uma relação contratual, seja de uma infração à norma. Não é por outro motivo que a responsabilidade civil, aquela que tem repercussão no direito privado,⁶⁵ divide-se em contratual e extracontratual.

Diversas são as concepções de responsabilidade. Por sua completude, traz-se o conceito de Maria Helena Diniz, que a define como o emprego de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou fato de coisas ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.⁶⁶

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7, p. 49.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 50.

Convém destacar, em face do conceito apresentado, o termo “reparar”.

É nele que se baseia toda a responsabilidade civil, que pode ter outras variáveis, por exemplo, a presença da culpa com elemento de existência.

As codificações de origem latina de direito civil já trazem no preceito legal o termo reparação. É o caso do art. 2.043 do Código Civil italiano, que preceitua que “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.⁶⁷

Também é o caso do direito francês, em que há a mesma concepção do dever de reparação, estabelecido no art. 1.240 do novo Código Civil francês: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”.⁶⁸

Nesse mesmo sentido, o art. 483.º do Código Civil português: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.⁶⁹

Convém ressaltar que o dever de reparação consta em todos os dispositivos citados, uma vez que indissociável da presença do dano como pressuposto da responsabilidade civil.

O direito brasileiro, com forte influência europeia, também está nesse mesmo sentido.

⁶⁷ ITÁLIA. *Código Civil italiano*. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ix/art2043.html>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁶⁸ FRANÇA. *Código Civil francês*. Disponível em: <http://www.senat.fr/rap/r19-663/r19-66311.html#:~:text=Art.,est%20arriv%C3%A9%20%C3%A0%20le%20r%C3%A9parer.&text=%2D%20Chacun%20est%20responsable%20du%20dommage,n%C3%A9gligence%20ou%20par%20son%20imprudence>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁶⁹ PORTUGAL. *Código Civil português* cit.

Estabelece o art. 927 do Código Civil brasileiro que: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a *outrem*, fica obrigado a repará-lo”.

São, pois, a reparação e o dano elementos imprescindíveis à responsabilidade civil e que merecem atenção nesta tese, já que se está a falar de indenização punitiva em dano moral.

Defende-se aqui que a complexidade do direito em nada aproveita à sociedade. Elocubrar-se em diversos conceitos de responsabilidade civil não contribui para o entendimento da matéria. Prioriza-se a simplicidade. Por essa razão, adota-se como conceito e como ponto de partida para o presente capítulo o que ensina Agostinho Alvim, que, de forma simples e direta, diz que haverá responsabilidade civil em todos os casos em que uma pessoa é obrigada a reparar o dano sofrido por outra.⁷⁰

Responsabilidade civil é, portanto, o dever de reparar um dano.

2.2 Pressupostos da responsabilidade civil

O art. 186 do Código Civil faz referência à ação ou omissão voluntária. Portanto, num primeiro momento, erroneamente poder-se-ia acreditar que o termo “voluntária” daria a ideia da vontade de o agente causar dano. Entretanto, não é dessa maneira que deve ser entendido tal palavra. O vocábulo “voluntária” quer dizer que, para que seja responsabilizado, o agente deve praticar a ação ou omissão por livre e espontânea vontade e em plena consciência do ato.⁷¹

Nota-se a presença do primeiro pressuposto da responsabilidade, a ação ou omissão.⁷²

⁷⁰ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 242.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil cit.*, p. 56.

⁷² STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 1994. p. 42.

Como o próprio nome sugere, ação é a conduta humana positiva, ou seja, é a iniciativa humana de atuar.

Por sua vez, a omissão é a conduta humana negativa, ou seja, é o fato de o agente não atuar que configura a omissão. Frise-se que não é toda omissão que gera responsabilidade civil ao agente, conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho, nestes termos:

A omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir de lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.⁷³

É necessário para a configuração da responsabilidade civil que o agente atue de forma consciente (voluntária) tanto na ação quanto na omissão, ressalvando que, com relação à última, o agente só poderá ser responsabilizado quando se omitir.

Continuando a análise do art. 186 do Código Civil, nota-se que, depois de prever o pressuposto da ação ou da omissão voluntária, o dispositivo estabelece o pressuposto do dolo ou culpa, quando faz menção à ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

Culpa é, em suma, a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Pode-se dizer que é uma ação consciente do agente com a finalidade de realizar algo lícito, mas que se torna ilícito diante do dever de cuidado e do resultado obtido.⁷⁴

Ensina Caio Mário da Silva Pereira que “[...] pode-se conceituar culpa como um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 24.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 31.

a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo".⁷⁵

De outra forma, o dolo é a ação consciente do agente com finalidade ilícita, que, por conseguinte, continua ilícita ante o aparecimento do resultado, qual seja o dano.

Nota-se que em ambos existe uma conduta consciente, todavia, no que tange à finalidade, a culpa tem como característica inicial a licitude, enquanto o dolo, a ilicitude, apesar de o resultado ser o mesmo, isto é, a ilicitude (dano).

Diante das figuras da culpa e do dolo esclarecidas, verifica-se maior importância para o estudo da culpa, haja vista esta ser mais frequente como pressuposto da responsabilidade civil.

Quanto à culpa, observa-se que o art. 186 faz menção a suas formas de exteriorização, mediante a negligência e a imprudência, porém olvida quanto à imperícia.

Isso não gera nenhuma consequência, pois, como nos ensina Carlos de Carvalho, citado por Silvio Rodrigues, toda culpa se manifesta por meio da negligência, *in verbis*:

Em rigor, na ideia de negligência se inclui a de imprudência, bem como a de imperícia, pois aquele que age com imprudência, negligencia em tomar as medidas de precaução aconselhadas para a situação em foco; como, também, a pessoa que se propõe a realizar uma tarefa que requer conhecimentos especializados ou alguma habilitação e a executa sem ter aquele ou esta, obviamente negligencia em obedecer às regras de sua profissão e arte; todos agiram culposamente.⁷⁶

Apesar desse ensinamento, os doutrinadores distinguem as formas de exteriorização da culpa da seguinte maneira: a primeira é a imprudência, que se configura no momento em que o agente age contra as regras básicas de cautela, ou

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 69.

⁷⁶ CARVALHO, 1915 *apud* RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17.

seja, trata-se de conduta comissiva por ação. A segunda é a negligência, que ocorre quando há ausência de observância do dever de cuidado, por conduta omissiva. Por fim, a imperícia, que é entendida como a falta de aptidão ou habilidade para a realização de uma atividade técnica ou científica.

Para que seja caracterizada a culpa, é necessária a presença de seus elementos, que são: a voluntariedade, a previsibilidade e a violação de dever de conduta.

Quanto à voluntariedade, nota-se que o ato do agente deve ser voluntário, isto é, ele tem que agir com consciência de que quer realmente praticá-lo. Frise-se que o ato não é direcionado para a ocorrência do dano, ou seja, a intenção do agente não é de lesar, pois, caso contrário, estaria configurado o dolo.

Quanto à previsibilidade, observa-se que apenas se pode culpar o agente se o dano provocado era previsível. Caso não o seja, não há que falar em obrigação de indenizar.

Sobre isto dispõe Sérgio Cavalieri Filho, *in verbis*:

Não sendo previsto, o resultado terá que, pelo menos, ser previsível. Este é o limite mínimo da culpa – a previsibilidade, entendendo-se como tal a possibilidade de previsão. Embora não previsto, não antevisto, não representado mentalmente, o resultado poderia ter sido previsto e, conseqüentemente, evitado.⁷⁷

Quanto à violação de um dever de cuidado, nota-se que o agente agirá com culpa quando estiver transgredindo um dever de conduta, ou seja, só existirá culpa se o agente tiver o dever de realizar o ato de modo diverso de que executou.

A culpa divide-se em graus: grave, leve e levíssimo.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil* cit., p. 35.

Observa-se que a culpa é sempre a violação de um dever de cuidado e em todos os casos há o dever de indenizar. No entanto, o que se analisa é a quantificação da falta de cautela.⁷⁸

Quanto à culpa grave, entende Carlos Roberto Gonçalves que é a decorrente de uma violação mais séria do dever de diligência que se exige do homem mediano.⁷⁹ Esta é a culpa mais fácil de ser demonstrada. Tem-se como exemplo quando um carro tenta ultrapassar um caminhão em uma curva. Ora, todos os homens médios sabem que isso se trata de uma falta de cuidado enorme, e, caso venha a acontecer um acidente, será facilmente verificada a culpa em grau máximo.

Quanto à culpa leve, entende-se por violação do dever de cuidado ordinário, ou adoção de diligências próprias de um *bonus pater familias*.⁸⁰ Essa culpa é a falta de cuidado que “um bom pai de família” não deixaria de tomar, por exemplo, certificar que os pneus do carro não estão carecas antes de viajar.

Quanto à culpa levíssima, configura-se “se a falta for evitável por uma atenção extraordinária, ou especial habilidade e conhecimento singular”.⁸¹ Este é o dever de cuidado que só a pessoa mais diligente toma, por exemplo, a pessoa que verifica se todos os parafusos dos pneus do carro estão apertados antes de viajar.

Essa classificação é importante porque, apesar de o *caput* do art. 944 do Código Civil afirmar que a indenização mede-se pela extensão do dano, o parágrafo único oportuniza ao magistrado reduzir a indenização conforme a apuração da culpa do agente.⁸²

Vê-se que a culpa divide-se em espécies e, entre as principais, tem-se a culpa contratual, aquela em que o dever de cuidado está previsto em um contrato, e também a culpa extracontratual, em que o dever de cuidado está previsto em lei.

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil cit.*, p. 37.

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 532.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil cit.*, p. 58.

⁸¹ *Ibidem*, p. 58.

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil cit.*, p. 533.

Há também a *culpa in eligendo* e a *culpa in vigilando*. A *culpa in eligendo* é aquela que surge da má escolha. Já a *culpa in vigilando* é aquela proveniente da falta de vigilância. Frise-se que em todas as espécies há o dever de indenizar.

Por fim, há que falar do nexos causal, uma vez que o dano será abordado em item apartado.

O nexos causal refere-se ao liame entre a ação ou omissão do agente para com o dano. Assim, não basta a existência do dano, da ação ou omissão e da culpa para gerar o dever de indenizar, é necessário que exista ligação entre estes três pressupostos para que se configure a responsabilidade.

É importante destacar quais os motivos excludentes do nexos causal, e, por conseguinte, da responsabilidade civil, são eles: culpa exclusiva da vítima, quando o agente foi apenas um instrumento para a ocorrência do acidente e somente por culpa da vítima aconteceu o evento danoso; a culpa concorrente, quando a vítima e o agente agiram por atos independentes para ocorrência de um resultado danoso; culpa comum, quando a vítima e o agente agiram conjuntamente para ocorrência do mesmo dano; culpa de terceiro, quando outra pessoa foi a causadora do evento danoso; e, por fim, a força maior ou caso fortuito, pois trata-se de eventos inevitáveis.⁸³

Quando configuradas essas hipóteses, não há que falar em indenização, uma vez não estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil.

2.2 Funções da responsabilidade civil na atualidade

Importante para esta tese, e aqui cabe aprofundamento, é tratar da função (ou funções) da responsabilidade civil.

Qual a função da responsabilidade civil na atualidade? Apenas reparadora ou, de fato, existem outras funções, como a função punitiva (ou punitivo-preventiva) e a função preventiva?

⁸³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil cit.*, p. 139.

Quanto à função punitivo-preventiva, convém ressaltar, como assevera Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, jurista português, que, ao se falar dessa função, está-se a usar a palavra sanção em sentido estrito, com conteúdo equivalente ao que tem no direito criminal. Aduz o autor que, empregando esse termo em sentido amplo, para significar a reação da ordem jurídica contra a ilegalidade, pode-se dizer que a responsabilidade civil é sanção, como também o seriam os meios compulsórios ou a invalidade dos actos *contra legem*.⁸⁴

É preciso deixar claro que não há dúvidas de que a responsabilidade civil sempre terá função punitivo-preventiva em sentido amplo, inerente a si mesma, pois consiste em uma necessária consequência da incidência da função reparadora, independentemente do reconhecimento da existência das demais funções da responsabilidade civil.

Não é difícil perceber essa situação quando se trata de dano material. O autor do dano já é, em tese, punido ao ter que indenizar o lesado. Por lógica, também estará dissuadido a repensar sua conduta, de modo a evitar futuras indenizações.

No prejuízo (dano), não há transferência de riqueza, há perda. Quem perde, na teoria, é o responsável. Perder já é uma forma de sanção.

Assim, ao se utilizar o termo função punitiva, será sempre no sentido estrito (função dissuasória intencional), que, como ensina Tereza Ancona Lopez, aparece por meio das indenizações pesadas contra o autor do dano,⁸⁵ ou, como diz Nelson Rosenvald, função consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis.⁸⁶

Pois bem. Tratando-se de responsabilidade meramente civil, sua função primária é a reparadora. Enfatiza-se que

⁸⁴ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 48.

⁸⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 17.

⁸⁶ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 95.

[...] a existência de prejuízos apresenta-se como pressuposto indispensável e, mesmo nos casos em que na graduação da indemnização se atende à gravidade do ilícito, nunca tal graduação vai ao ponto de determinar indemnização superior aos prejuízos sofridos.⁸⁷

Isso se deve ao fato de evitar que a indenização determine um enriquecimento sem causa da vítima, baseada na concepção do instituto da *compensatio lucri cum damno*.

A existência de prejuízos é requisito da responsabilidade civil e, se esta tivesse caráter de sanção, “deveria em princípio nascer imediata e necessariamente da prática do acto ilícito, houvesse ou não prejuízos”.⁸⁸

A obrigação de indenizar sempre é precedida pelos prejuízos, porque, caso a função da responsabilidade fosse punitiva, ter-se-ia que admitir sua aplicação em caso de tentativa de lesão ou de lesão frustrada, como no direito penal, bem como devia ser oficiosa a respectiva ação. Ademais, teria que excluir a transmissão *mortis causa* da obrigação de indenizar.⁸⁹

Portanto, a responsabilidade civil possui, primeiramente, função reparadora, pois ela sempre busca “a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido lesão”.⁹⁰

É possível notar, então, que a razão de ser da responsabilidade civil está no dano e, se a lei condiciona a obrigação de indenizar à prática do ato ilícito, é por entender ser justa que essa obrigação caia sobre quem tiver provocado o prejuízo.

Aqui há importante ponto para questionamento, que será respondido no Capítulo 3: se a lei, obra do Poder Legislativo, condiciona somente a obrigação de

⁸⁷ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil* cit., p. 52.

⁸⁸ Ibidem, p. 48.

⁸⁹ Ibidem, p. 49.

⁹⁰ Ibidem, p. 49.

indenizar à prática de ato ilícito, pode o Poder Judiciário ignorar essa vinculação e acrescentar uma pena civil à indenização (valor de desestímulo)?

A função punitivo-preventiva, nessa linha de raciocínio, fica apenas em plano secundário ou indireto.

Guido Alpa, jurista italiano, afirma que *la responsabilità civile* tem quatro funções fundamentais acolhidas pela maioria da doutrina, quais sejam: a) a função de reagir ao ato ilícito danoso, a fim de indenizar as pessoas a quem o dano tenha sido causado; b) a função de restaurar o *status quo ante* do qual o lesado gozava antes de sofrer a lesão; c) a função de reafirmar o poder sancionatório (o punitivo) do Estado, e ao mesmo tempo; d) a função de dissuasão para aqueles que pretendem, intencionalmente, ou por negligência, cometer atos prejudiciais a terceiros.⁹¹

Além disso, afirma o autor que essas quatro funções são acompanhadas por algumas outras que são subsidiárias e que mais propriamente se relacionam com os efeitos econômicos da responsabilidade civil, que são: e) a distribuição de perdas, por um lado; f) a repartição dos custos, por outro.⁹²

Sérgio Cavalieri Filho sustenta que o direito brasileiro sempre prestigiou o princípio da reparação integral, desde o Código de 1916 até o atual, em que consta que “A indenização mede-se pela extensão do dano”.⁹³

Observa, por essa razão, a síntese feita pela doutrina francesa: *tout le dommage, mais rien que le damage*, que significa: todo o dano, mas nada além do dano.

Deveras, havia a concepção de que o limite para a indenização era o tamanho do dano, independentemente de seu tipo, se patrimonial ou se extrapatrimonial.

⁹¹ ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile, IV: la responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 131-132.

⁹² Ibidem, p. 132.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

Entendia-se que a função punitiva da responsabilidade civil era automática, pois o próprio dever de indenizar *outrem* já era considerado por si só uma punição.

Constata-se esse aspecto, por exemplo, numa batida de carro. A punição já é inerente à obrigação de arcar com os prejuízos da vítima. Há sempre uma função punitiva por trás da função reparadora.

O mesmo ocorre com os danos extrapatrimoniais. Quando o agente é condenado por ter lesado algum direito da personalidade da vítima, o valor compensatório já servirá, em tese, como punição e desestímulo para que o mesmo tipo de ato não mais seja praticado.

Esse era o entendimento que prevalecia no direito. Tanto é que sempre houve clara diferenciação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

No caso da responsabilidade penal, tem-se “que seu comportamento perturba a ordem social; por conseguinte, seu ato provoca uma reação do ordenamento jurídico, que não pode se compadecer com uma atitude individual dessa ordem. A reação da sociedade é representada pela pena”.⁹⁴

Nesse caso, é indiferente para a sociedade a existência ou não de prejuízo experimentado pela vítima.

No tocante à responsabilidade civil, dá-se o contrário. O interesse lesado é o privado. Como ensina Silvio Rodrigues, o ato do agente pode não ter infringido norma de ordem pública; contudo, como sua conduta causou dano a alguma pessoa, o causador do dano deve repará-lo. A reação da sociedade é representada pela indenização a ser exigida pela vítima do agente causador do dano.⁹⁵

Logicamente, há possibilidade que o mesmo ato ilícito possa ter tanto consequência na esfera cível quanto na penal, caso viole norma de direito público, constituindo crime e dano a terceiro. Nesse caso, ainda no entendimento de Silvio

⁹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil* cit., p. 6.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 7.

Rodrigues, “haverá uma dupla reação do ordenamento jurídico, impondo a pena ao delinquente e acolhendo o pedido de indenização formulado pela vítima”.⁹⁶

Portanto, havia o entendimento de que na esfera cível buscava-se a indenização e na esfera penal, a punição do agente.

Entretanto, na atualidade, conforme referido por Guido Alpa, é possível notar que a responsabilidade civil tem outras funções, além da reparadora, a saber, função punitiva e função preventiva.

Isso foi colocado de forma explícita na IV Jornada de Direito Civil, em que fora criado o Enunciado 379 do Conselho da Justiça Federal, que diz: “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.⁹⁷

Além disso, grande parte da doutrina também reconhece tais funções da responsabilidade civil. Rogério Donnini, por exemplo, afirma que a real e efetiva prevenção de danos sucede com a fixação do valor de desestímulo quando do arbitramento da indenização. Sustenta que, diferentemente do *punitive damages* do direito norte-americano, o fator ou valor de desestímulo não tem qualquer relação com o valor de eventual reparação material, uma vez que “é dever do Judiciário fixar valor da indenização a ponto de não mais estimular a prática do ato danoso pelo ofensor. Portanto, previne-se o dano com a fixação de valores indenizatórios que, efetivamente, inibam o agente”.⁹⁸

A posição do autor indica que, para desestimular a prática de novos danos, deve-se punir exemplarmente seu autor. Isso é exatamente a terceira e a quarta função previstas por Guido Alpa: “la funzione di riaffermare il potere sanzionatorio (o

⁹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil* cit., p. 8.

⁹⁷ CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. *IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 22 maio 2015.

⁹⁸ DONNINI, Rogério. Não existe no Brasil uma indústria das indenizações. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-28/rogerio-donnini-nao-existe-brasil-industria-indenizacoes>. Acesso em: 22 maio 2015.

‘punitivo’) dello Stato, e nel contempo, la funzione di ‘deterrente’ per chiunque intenda, volontariamente o colposamente, compiere atti pregiudizievoli per i terzi”.⁹⁹⁻¹⁰⁰

Nelson Rosenvald afirma a existência de três funções para a responsabilidade civil: (i) função reparatória: “a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial”; (ii) função punitiva: “sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis”; (iii) função precaucional: “possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas”.¹⁰¹ Observa-se que o autor considera a função preventiva subjacente às três funções citadas, entendendo que a prevenção é um princípio do direito de danos, e não propriamente uma quarta função.

Teresa Ancona Lopez, de forma clara e direta, afirma que as principais funções da responsabilidade civil são a função de reparação e a função de prevenção de danos. Sustenta que a função de precaução, que é um tipo de prevenção que tem por objeto os riscos incertos, será, neste século, colocada como uma nova função da responsabilidade civil.¹⁰²

Sobre a função preventiva da responsabilidade civil, a citada autora divide-a em função preventiva do *punitive damages* e função punitiva da *deterrence*.

Quanto à primeira, assevera que tem ínsita a ideia de pena para o culpado e a de prevenção para com os outros membros da sociedade, uma vez que a indenização haveria de funcionar como exemplo para todos.

Sustenta que ao lado dos *punitives damages* aparece a figura da *deterrence* (dissuasão), ligados aos custos dos acidentes, isto é, a intimidação ou o efeito

⁹⁹ ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile, IV: la responsabilità civile cit.*, p. 132.

¹⁰⁰ Tradução livre: “A função de reafirmar o poder sancionador (ou ‘punitivo’) do Estado, e ao mesmo tempo, a função de ‘dissuasão’ para quem pretende, voluntária ou negligentemente, praticar atos prejudiciais a terceiros”.

¹⁰¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil cit.*, p. 95.

¹⁰² LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil* p. 75.

deterrente das indenizações têm que ser fundados em fatos econômicos para que tenham a finalidade intimidativa desejada perante a população.¹⁰³

Não é diferente a visão dos tribunais brasileiros. Prevalece o entendimento de que a responsabilidade civil também serve para punir e desestimular o infrator, isto é, possuindo caráter pedagógico ou mesmo punitivo-pedagógico.

Atualmente, é extremamente fácil encontrar julgados nesse sentido:¹⁰⁴

TRT-12:

Indenização por dano moral. Fixação do *quantum* indenizatório. *Caráter pedagógico da sanção*. Presentes os pressupostos para a responsabilização do agente, ou seja, a ação ou a omissão culposa ou dolosa e o nexo de causalidade entre a conduta ofensiva e a ofensa a um direito personalíssimo do empregado, é devida a indenização por dano moral. *Para a fixação do seu valor, devem ser levados em consideração determinados critérios para que seja alcançado o caráter pedagógico da sanção* (TRT-12, 6.^a Câmara, ROT 0000565-67.2015.5.12.0037, Rel. Mirna Uliano Bertoldi, data de assinatura: 26.04.2020).

Trecho do inteiro teor:

Sobre o *quantum* indenizatório, considero que o valor de R\$ 5.000,00 é compatível com a gravidade do ato e com a intensidade da culpa da lesante, com o dano experimentado pela vítima, com o objetivo de *infligir aos réus sanção capaz de coibir a prática de cobrança abusiva de metas e, em especial, com a situação patrimonial da reclamada*.

TJMG:

Apelação cível. Indenização por dano moral. *Quantum*. Majoração. Admissibilidade. *Caráter pedagógico da condenação*. Conquanto o arbitramento do valor da indenização por dano moral seja de livre-arbítrio do julgador, *admite-se a sua majoração objetivando atender ao caráter punitivo-pedagógico da condenação*, tendo em vista as condições econômicas do ofensor, desde que não implique enriquecimento sem causa do ofendido (TJMG, AC 10000200012508001/MG, Rel. José de Carvalho Barbosa, j. 18.02.2020, data de publicação: 21.02.2020).

Trecho do inteiro teor:

Assim, entendo que o valor fixado em primeiro grau – R\$3.000,00 – não se mostra consentâneo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, *sendo insuficiente tanto para reparar a dor moral sofrida pela autora quanto para atender ao caráter punitivo-pedagógico da condenação, pelo que, levando em conta especialmente a condição econômica da ré, tenho por necessária sua majoração para o montante de R\$15.000,00, que reputo suficiente e*

¹⁰³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil* p. 82.

¹⁰⁴ Todos os grifos são nossos. Os julgados são trazidos apenas para demonstrar como o assunto tem sido tratado nos tribunais.

condizente com as peculiaridades do caso. Por todo o exposto, dou provimento ao recurso, e faço-o para majorar o *quantum* indenizatório para o importe de R\$15.000,00.

TJSP:

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Conjunto probatório indicando a culpa exclusiva do corréu pelo acidente. Responsabilidade solidária da proprietária do veículo. Justiça gratuita deferida aos corréus, tendo em vista os documentos juntados durante a instrução, bem como em razão da ausência de sinais exteriores de riqueza. Danos materiais. Reforma do valor da condenação, já que somente se comprovou gastos com medicamentos. Danos morais configurados. Redução do valor da condenação para o equivalente a 50 salários mínimos, atendendo-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como levando-se em consideração as condições pessoais do autor e a capacidade econômica das partes, não se olvidando do *caráter pedagógico da medida*. Sentença reformada em parte. Recurso de apelação parcialmente provido (TJSP, 34.^a Câmara de Direito Privado, APL 10028330320178260220/SP 1002833-03.2017.8.26.0220, Rel. Cristina Zucchi, j. 18.02.2019, data de publicação: 20.02.2019).

Trecho do inteiro teor:

Assim sendo, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como levando-se em consideração as condições pessoais do autor e a capacidade econômica das partes, reduzo o valor da condenação a título de danos morais para o equivalente a 50 salários mínimos. *A presente condenação atende satisfatoriamente à dupla finalidade de punição pela conduta culposa e de desestímulo à prática dos mesmos atos (caráter pedagógico da medida).*

TRF3:

Administrativo. Apelações em ação ordinária. Legitimidade passiva da União. Pedido de antecipação de tutela recursal deferido. Indenização por danos morais. Majoração de valor. Apelação da União desprovida. Apelação da autora parcialmente provida. 1. Reitera-se a legitimidade da União de figurar no polo passivo, uma vez que as universidades atuam por delegação desta quando analisam os requisitos para concessão de bolsas do programa Prouni. 2. Pedido de antecipação de tutela recursal formulado pela autora deferido para que seja emitida a declaração de matrícula da aluna, referente ao terceiro semestre, e que sejam cessados quaisquer tipo de cobranças de mensalidades, bem como não criem quaisquer obstáculos ou constrangimentos à aluna dentro da universidade, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais). 3. No que se refere a eventual pagamento de multa diária por suposto cumprimento parcial da antecipação dos efeitos da tutela anteriormente deferida, este deverá ser apurado e pago em fase de liquidação. 4. Majoração do valor da condenação indenizatória para o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), metade para cada ré, sendo *este valor proporcional aos ditames do caráter punitivo-pedagógico da compensação por danos morais* (TRF-3, 6.^a Turma, Ap 00005623720134036142/SP, Rel. Des. Federal Johanson Di Salvo, j. 31.01.2019, e-DJF3 Judicial 1, 08.02.2019).

Trecho do inteiro teor:

No mérito, restou demonstrado, nos termos da sentença prolatada, que a autora entregou os documentos necessários para a concessão da bolsa universitária pelo programa Prouni, verificando, assim, a ilegalidade dos atos praticados pela universidade ré. Com relação aos danos morais, entendo por majorar o valor da condenação para o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), metade para cada ré, *sendo este valor proporcional aos ditames do caráter punitivo-pedagógico da compensação por danos morais.*

STJ:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual civil. Decisão da Presidência. Reconsideração. Ação de indenização por danos morais. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Ausência de prévia notificação. Danos morais. *Quantum* indenizatório. Valor irrisório. Honorários advocatícios. Montante razoável. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial.

1. Agravo interno contra decisão da Presidência que não conheceu do agravo em recurso especial, em razão da ausência de impugnação específica de fundamento decisório. Reconsideração.

2. O valor arbitrado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais somente pode ser revisado em sede de recurso especial quando irrisório ou exorbitante.

3. No caso, o montante fixado em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) se mostra irrisório e desproporcional aos danos decorrentes de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, bem como não reflete os parâmetros da jurisprudência desta Corte, motivo pelo qual se majora a indenização para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

4. Somente é admissível o exame do valor fixado a título de honorários advocatícios, nesta instância especial, em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou a natureza irrisória da importância arbitrada, situação não caracterizada na espécie.

5. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de majorar os danos morais para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (AgInt no AREsp 1474388/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 20.08.2019, DJe 09.09.2019).

Trecho do inteiro teor:

Considerando a reprovabilidade da conduta da agravada, bem como o caráter coercitivo e pedagógico da indenização, e que a reparação não pode servir ao enriquecimento sem causa, é imperioso majorar o valor arbitrado a título de indenização por danos morais para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Não obstante o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, não se pode reconhecer que há função punitivo-preventiva em sentido estrito na responsabilidade civil.

Como será aprofundado no Capítulo 3, filia-se ao entendimento que reconhece essa função apenas no plano secundário, mas nunca como função primária, como a maioria da doutrina e da jurisprudência nacional sustenta.

2.3 Definição de dano moral

Considerando que o escopo desta tese é defender a impossibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro, o estudo do dano moral é fundamental.

A indenização punitiva é verificada nessa espécie de dano. É a partir da dificuldade encontrada para se estabelecer o *quantum debeatur* que se origina grande parte da discussão existente sobre o dano moral.

A questão é: como atender todas as funções da responsabilidade civil na fixação dos danos morais?

O primeiro ponto é estabelecer o conceito de dano moral.

Wilson Melo da Silva trata o dano moral pela sua concepção negativista. Entende que danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, considerando-se patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.¹⁰⁵

Embora referência no assunto, tal conceito não é capaz de esclarecer características do mencionado fenômeno em estudo.¹⁰⁶

Interessante é o conceito trazido por Déborah Regina Lambach Ferreira da Costa, para quem o dano moral, imaterial, extrapatrimonial ou não patrimonial é o menoscabo a um direito da personalidade, compreendido este em toda a sua extensão, para a salvaguarda da dignidade da pessoa, natural ou jurídica, por ato ou omissão de outrem que, em contrariedade ao ordenamento jurídico, cause

¹⁰⁵ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 1.

¹⁰⁶ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 95.

uma reação da vítima de modo a merecer reparação, por repercutir em sua esfera patrimonial e, em algumas circunstâncias, até mesmo patrimonial.¹⁰⁷

Convém dizer que duas correntes dominam a doutrina brasileira quanto à definição de dano moral. A primeira entende esse tipo de dano como lesão a direitos da personalidade. A segunda compreende o dano moral como efeitos não patrimoniais da lesão, independentemente do direito atingido.¹⁰⁸

Sobre a primeira, Sérgio Cavalieri Filho ensina que

[...] enquanto o dano material atinge o patrimônio, o dano moral atinge a pessoa. Este último é a reação psicológica que a pessoa experimenta em razão de uma agressão a um bem integrante de sua personalidade, causando-lhe vexame, sofrimento, humilhação e outras dores do espírito.¹⁰⁹

Sobre a segunda, José de Aguiar Dias, ao falar da distinção entre dano patrimonial e moral, ensina que esta não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. Sustenta que, dessa maneira, é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material.¹¹⁰

O autor é claro ao dizer que dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito, e não a própria lesão, abstratamente considerada. Afirma que o conceito de dano é único e corresponde à lesão de direito. Sustenta, assim, que os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não e acarretam, desse modo, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Conclui dizendo que os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais.¹¹¹

¹⁰⁷ COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Reparação do dano à imagem das pessoas jurídicas*. 2010. 238 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 82.

¹⁰⁸ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 74.

¹⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 94.

¹¹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. II, p. 729.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 737.

Há, ainda, uma terceira e mais moderna corrente, que vê no dano moral a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana. Considera o princípio da dignidade humana como ápice do ordenamento jurídico, de modo que todas as manifestações contrárias a esse princípio devem ser repelidas, visualizando o dano moral, não como um fim em si mesmo, mas como meio de proteção à dignidade humana.¹¹²⁻¹¹³

2.4 Reparação e indenização punitiva no dano moral

Embora evidenciada no título do trabalho a posição sobre indenização punitiva e sua possibilidade, é preciso dissertar sobre o que a doutrina entende do assunto.

A princípio, importante dizer que a defesa contrária à indenização punitiva será realizada no Capítulo 3.

Como mencionado, é majoritário o entendimento de que a responsabilidade civil tem três funções: reparadora, punitiva (pedagógica) e preventiva.

A intenção por trás das funções punitiva e preventiva é oferecer meios dissuasivos à atividade danosa.

Rogério Donnini, por exemplo, afirma que os baixos valores fixados no País atinentes aos danos morais propiciam o arbitramento de uma importância a título de desestímulo pela prática, que passa a ter efeito pedagógico, dissuasório, de um ato que atinge toda a sociedade.

Segundo o autor, há o dever de instituir um desestímulo ao lesante, com a finalidade de que o ato ou a atividade danosa cesse e, como consectário, não atinja outras pessoas, especialmente se praticado de forma contumaz. Justifica tais alegações nas ponderações de justiça que integram o ordenamento jurídico

¹¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 156.

¹¹³ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor cit.*, p. 74.

constitucional e infraconstitucional, a saber, dignidade da pessoa humana, justiça social, solidariedade, vedação ao abuso de direito, função social dos institutos de direito privado, entre outros.¹¹⁴

Cláudio Antônio Soares Levada considera o dano moral como um misto de compensação à vítima e de punição ao ofensor. Frisa que, assim, dá-se ao julgador a possibilidade de reparar o dano de forma não só a satisfazer hedonisticamente a vítima, como também desestimular, inibir a prática de atos semelhantes por parte do ofensor, o que reverte não só em prol da comunidade, mas também serve-lhe de exemplo do que pode acarretar, a seus membros, o ato moralmente lesivo. Resume seu posicionamento dizendo que, após a Constituição Federal de 1988, a indenização devida pelo dano moral tem caráter punitivo ao ofensor (à maneira dos *punitive damages*), visando ao desestímulo de atos semelhantes.¹¹⁵

Caio Mário da Silva Pereira posiciona-se no sentido de que, quando se trata do dano moral, o cerne do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças, quais sejam, “*caráter punitivo* para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter *compensatório* para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”.¹¹⁶

É importante frisar que não há qualquer tipo dúvida/divergência na doutrina e jurisprudência quanto à necessidade da presença do caráter compensatório do dano moral.

Praticamente, não há adeptos da doutrina de que a fixação da indenização por danos morais deva ter um caráter essencialmente punitivo, ou seja, que se deve procurar na culpa do agressor os parâmetros para definir o *quantum* indenizatório. A

¹¹⁴ DONNINI, Rogério. Responsabilidade civil na pós-modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015. p. 94-95.

¹¹⁵ LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de danos morais*. Campinas: Copola Livros, 1995. p. 85-86.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade civil. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 26 fev. 2021.

divergência está entre aqueles que defendem unicamente o caráter compensatório e aqueles que defendem o duplo caráter da indenização: compensatório e punitivo.¹¹⁷

2.5 Indenização punitiva no Brasil (valor de desestímulo)

Como já demonstrado, define-se responsabilidade civil como o emprego de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou fato de coisas ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.¹¹⁸

Destacou-se, no conceito dado, o termo *reparar*, que, como se sabe, é a base da responsabilidade civil. Tanto é assim que há no direito brasileiro, art. 927 do Código Civil, expressa previsão nesse sentido: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A responsabilidade civil, como já explicado, tem uma função principal, qual seja a função reparadora.¹¹⁹

Embora haja discussão acerca da existência de outras funções que não a reparadora, o Judiciário, majoritariamente, utiliza-se de teorias que ratificam a adoção dessas outras funções citadas.

A aplicação de teorias como a do *punitive damages* e a do valor do desestímulo por tribunais e juízes brasileiros faz com que a decisão, que antes só examinava o caráter puramente reparador da responsabilidade por danos morais, precise analisar nuances subjetivas para influir na fixação do *quantum* e, conseqüentemente, atender a todas as funções da responsabilidade.

Isso quer dizer que, considerando apenas a função reparadora, deve o magistrado tão somente obedecer ao preceito de que a indenização deve ser medida

¹¹⁷ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral: problemática do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 230-231.

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7, p. 51.

¹¹⁹ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil* cit., p. 52.

pela extensão do dano (art. 944, *caput*, do CC). Já considerando que a responsabilidade civil também serve para punir e desestimular o infrator, terá o juiz que se valer de critérios para chegar a uma punição justa e a uma sanção que de fato desestime o causador do dano.

Cria-se então o problema dos parâmetros da fixação dos danos extrapatrimoniais.

A princípio, quando ocorre esse tipo de dano, pretende-se proporcionar à vítima principalmente uma compensação que atenuie sua dor.¹²⁰ Por esse motivo, a doutrina ensina que o dano moral não se indeniza, compensa-se, justamente por ser impossível que se volte exatamente à condição anterior ao dano.

Uma das maiores dificuldades, quando da fixação do *quantum* compensatório a título de danos morais, é saber sua extensão na pessoa considerada singularmente.¹²¹

Por essa razão, a fixação do *quantum* indenizatório no dano moral é tão complexa, mesmo considerando como única função da responsabilidade a função reparadora.

Considerando-se as outras funções da responsabilidade, a complexidade na fixação aumenta, pois outros aspectos devem ser levados em conta no arbitramento dos danos morais.

O caráter punitivo-pedagógico no dano moral foi inserido no direito brasileiro por meio de duas teorias semelhantes, amplamente utilizadas pelo Judiciário brasileiro.

A primeira delas, chamada de *punitive damages*, visa imputar uma indenização pecuniária ao ofensor, capaz de puni-lo pelo ato ilícito praticado,

¹²⁰ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil* cit., p. 375.

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais* p. 310.

possibilitando, assim, inibir a repetição da conduta danosa e ainda servir de exemplo para a sociedade, mostrando-se como uma ferramenta preventiva contra o cometimento de atos ilícitos.¹²²

A segunda, denominada teoria do valor do desestímulo, considerada mais branda, defende que o fator ou o valor de desestímulo não pode exceder o valor compensatório, mas deve permitir ao magistrado, de maneira proporcional e compatível com o *quantum* fixado a título de compensação pelo dano moral suportado, aumentar o valor da indenização a ponto de não mais estimular a prática do ato danoso pelo ofensor.¹²³

A linha seguida por grande parte da doutrina brasileira e da maioria do Judiciário é a de que a fixação do valor da reparação do dano moral deve ter caráter punitivo-pedagógico e que, para tanto, devem-se levar em consideração: o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, bem como o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ilícito.

Predomina no Judiciário, então, uma fusão entre as teorias (seja de caráter punitivo, seja de caráter desestimulante), em que a indenização visa desestimular o autor à prática de atos semelhantes e também para servir de exemplo para que outros não os perpetrem.

Nesse sentido, veja jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Agressão física ao condutor do veículo que colidiu com o dos réus. Reparação dos danos morais. Elevação. Ato doloso. *Caráter punitivo-pedagógico e compensatório*. Razoabilidade e proporcionalidade. Recurso provido. 1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o

¹²² JOÃO, Mayana Barros Jorge. *Punitive damages* ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 115, ago. 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550. Acesso em: 10 jun. 2015.

¹²³ DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: DONNINI, Rogério; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 499.

bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito. 2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no *caráter punitivo e pedagógico da compensação*, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima. 3. Na hipótese dos autos, os réus espancaram o autor da ação indenizatória, motorista do carro que colidira com a traseira do veículo que ocupavam. Essa reprovável atitude não se justifica pela simples culpa do causador do acidente de trânsito. Esse tipo de acidente é comum na vida diária, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra, ainda mais, a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio de força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida. 4. Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte *a quo*, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais. 5. Considerando o comportamento altamente reprovável dos ofensores, deve o valor de reparação do dano moral ser majorado para R\$ 50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 6. Recurso especial provido (REsp 839.923/MG, 4.^a Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.05.2012, DJe 21.05.2012 – grifos nossos).

Convém frisar que a diferença entre a teoria do *punitive damages* e a teoria do valor do desestímulo é a limitação imposta na fixação do valor, porque a natureza de ambas as teorias é a mesma, isto é, pune-se o autor do dano para que ele próprio não venha mais a cometer ato semelhante e para que outros vejam a punição e também se sintam desestimulados a agir de tal forma.

O fator ou valor de desestímulo não pode exceder o valor compensatório na teoria do valor de desestímulo, enquanto na teoria do *punitive damages* não há limitação.

Como visto no julgado *supra*, o Superior Tribunal de Justiça utiliza-se de parâmetros para atender a finalidade da responsabilidade civil, que é fixar compensação justa que puna o infrator e que tenha caráter pedagógico perante a sociedade.

Para tanto, são adotados os seguintes critérios (parâmetros): o bem jurídico lesado, as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, o grau de

reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social (culpa ou dolo) e a gravidade do ato ilícito.

Passa-se, agora, ao cerne da presente tese: defender a impossibilidade de indenização punitiva no direito brasileiro como vontade incontestável do legislador.

2.6 Indenização punitiva em Portugal e na Argentina

Em Portugal, o Código Civil adotou os danos punitivos e a jurisprudência busca seguir os parâmetros estabelecidos pelo legislador.

Assim, dispõe o art. 496:

1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.
2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.
3. Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes.
4. O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos dos números anteriores.¹²⁴

Portanto, o *quantum* indenizatório é fixado equitativamente pelo Tribunal, com atenção, em qualquer caso, às circunstâncias do art. 949, quais sejam o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso.¹²⁵

Isso quer dizer que a solução para o problema da indenização punitiva foi dada democraticamente pelo Legislativo, sem a interferência ativista do Judiciário.

¹²⁴ PORTUGAL. *Código Civil português*. Disponível em: <https://www.codigocivil.pt/>. Acesso em: 22 jan. 2021.

¹²⁵ MARINANGELO, Rafael. *Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina dos contratos*. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 72.

A Argentina foi um dos primeiros países a aceitar os danos punitivos na América Latina. Assim como no Brasil, lá também havia a discussão, no Legislativo, acerca da possibilidade desse instituto no direito. Todavia, essa divergência foi dirimida em 2008, quando foi incorporado um novo artigo na Ley de Defensa del Consumidor,¹²⁶ qual seja:

Artigo 52 bis. Dano Punitivo. O fornecedor que não cumprir suas obrigações legais ou contratuais com o consumidor, a pedido da parte lesada, o juiz poderá impor ao fornecedor uma multa civil, que se graduará de acordo com a gravidade da ofensa e outras circunstâncias, além da indenização compensatória. Quando mais de um fornecedor é responsável pelo inadimplemento, todos responderão solidariamente frente ao consumidor, sem prejuízo das ações de regresso devidas. A multa civil que será imposta não poderá superar o máximo previsto no inciso b, do artigo 47 desta Lei (tradução livre).¹²⁷

Assim como em Portugal, na Argentina, a solução para o problema da indenização punitiva foi dada democraticamente pelo Legislativo, sem a interferência ativista do Judiciário.¹²⁸

¹²⁶ ARGENTINA. *Ley de Defensa del Consumidor*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texto.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.

¹²⁷ No original: Artículo 52 bis. Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

¹²⁸ O novo Código Civil argentino de 2014 não fez menção à indenização punitiva.

3 IMPOSSIBILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Como fruto da pesquisa realizada, eis o ponto principal desta tese: defender a impossibilidade de indenização punitiva no direito brasileiro.

Diversas são as razões para se concluir nesse sentido. A principal delas, sem dúvida, e aquela que atesta ser esta uma pesquisa científica original, é resultado de um exame histórico sobre a vontade legislativa, no que diz respeito à fixação de indenização por danos morais.

3.1 O posicionamento do Poder Legislativo sobre a indenização punitiva

O atual Código Civil é fruto de décadas de discussão legislativa. No entanto, para ter o que discutir, foi formada uma comissão elaboradora do anteprojeto do Código Civil, supervisionada pelo jurista Miguel Reale.

A parte da elaboração do Direito das Obrigações, em que se encontra a Responsabilidade Civil, coube ao Professor Agostinho Neves de Arruda Alvim.

Em sua exposição de motivos, o referido professor, em 25 de março de 1973, assim comentou o atual art. 944 do Código Civil:

61. Consagra o art. 1.003 do Anteprojeto (atual 986) a regra de que a indenização não se mede pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano, artigo este que, numa das últimas sessões da Comissão, foi modificado, tendo recebido a seguinte redação: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Realmente, assim deve ser, *porque se o dano tiver sido causado dolosamente, o caso repercutirá na esfera criminal, com as consequências que lhe são próprias. Mas o Direito Civil, como observa Ripert, não pune; apenas cogita do reequilíbrio do patrimônio do lesado.*

Aliás, o Anteprojeto é expresso a respeito: art. 398 (atual 397). O dolo influi, isso sim, quando se trata de atribuir responsabilidade – não se medir. Exemplos: art. 389, 395 do Anteprojeto (atuais 388, 394), e outros mais.

62. *Sempre se entendeu em nosso direito que a indenização deverá ser proporcional ao dano causado, independentemente de qualquer outra consideração.*

Este princípio, contudo, não é perfeitamente justo, porque, como observam os civilistas, num grande número de casos a fatalidade contribui para o dano ocasionado. Basta considerar que a distração é um constante da vida do homem, por mais prudente e cuidadoso que seja. Ninguém dela se liberta.

Problema crucial, em matéria de responsabilidade, é o de saber, em certos casos, quem deverá suportar o dano.

E nem sempre será justo atribuir inteira responsabilidade a alguém que, num instante de inadvertência, deu motivo a que se consumasse um grande prejuízo, cujo ressarcimento poderá ocasionar a ruína total do responsável.

Por esse motivo, em nosso Anteprojeto original havíamos proposto no art. 673/0 o seguinte texto: “todavia, se a culpa é leve e o dano muito vultoso, pode o juiz reduzir moderadamente a indenização”.

Este ponto de vista foi acolhido pelo Anteprojeto no art. 1.003, 2.^a alínea (atual parágrafo único do art. 986), embora com outra redação, a qual, por sua vez, foi modificada, posteriormente, tendo sido afinal, redigido assim o texto: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz *reduzir, equitativamente, a indenização*”¹²⁹ (grifos nossos).

Conforme registro dos debates do Projeto do Código Civil, Agostinho Alvim mais uma vez foi enfático:

Tratou também da medida da indenização. A indenização nada tem a ver com a gravidade da culpa – se foi dolo ou se foi culpa. Tem a ver com o prejuízo sofrido. A medida da indenização é o dano. O dolo é para definir a responsabilidade. Quem está em mora, por exemplo, responde, mas, quando a mora é do credor, o devedor só responde por mora. Como definição de responsabilidade, distingue-se a culpa do dolo. Mas, como medida da indenização, não. Então, a medida da indenização é o dano. Com relação à culpa, o Código não quis graduar – culpa leve etc. O Direito suíço é pioneiro nessa matéria. Muitas vezes, por uma pequena culpa, por uma distração a que todos estamos sujeitos, a pessoa é obrigada a responder. Se alguém atira um cigarro fora, ateia um incêndio no local e o prejuízo é de milhões, responde por tudo isso, quando nisso entra uma dose de fatalidade. De sorte que o Código pretende atenuar a responsabilidade, quando a culpa é muito leve e o prejuízo é extenso. Competirá então ao juiz medir uma coisa e outra. Trata-se do art. 980, parágrafo único.¹³⁰

¹²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos. *Anteprojeto do Código Civil*. 2. ed. rev. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1973.

¹³⁰ MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org.). *Código Civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n.º 10.406, de 2002*. [recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. p. 999.

Importante destacar a rejeição apresentada pelo Deputado Raymundo Diniz:

Emenda n.º 544: Pela rejeição. Não nos parece se possa substituir, no parágrafo único do art. 980, a palavra “reduzir” por “fixar”. O poder que, no mencionado parágrafo, se outorga ao juiz é apenas o de “reduzir” a indenização, por equidade, se verificada excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Não poderá ele nunca aumentá-la, donde o acerto do emprego do verbo “reduzir”, como consta do Projeto.¹³¹

Ainda nessa discussão do que é o atual art. 944, importante e revelador é o relato de Arthur R. S. Rios:

É uma flexibilidade do Projeto 634 a regra geral encontrada no parágrafo único do art. 946, onde, ao invés da indenização pela extensão do dano, temos: a indenização do prejuízo pela intensidade da culpa do autor do dano ou o julgar pela equidade, reduzindo o “quantum” indenizatório: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. *Tal inciso foi bastante discutido na Câmara dos Deputados pelos Deps. Tancredo Neves, Cleverson Teixeira, Siqueira Campos, Fernando Cunha e outros com cerca de cinco emendas. S. Exa., que depois foi guindado à Presidência da República, afirmou: “a indenização deve ser plena, de modo a propiciar a integral reparação dos prejuízo” (Emenda 539), enquanto os demais foram para que não se desse “aos juízes tamanha atribuição de alcance impressionante” conforme expressão de um deles, enquanto outro dizia: “o perigo está em que há juízes bons, íntegros e ilustres, mas há também os maus, perseguidores e grosseiramente incultos”, todos batendo na tecla da supressão daquele dispositivo. Olvidaram suas Excelências que o juiz não é instância única, e por outro lado, não se legisla pelos possíveis erros e defeitos dos aplicadores e sim pela justiça, lógica e humanização da norma. No sentido contrário, ou seja, no sentido de se ampliar o “reduzir” para “fixar” firmou-se o Dep. José Bonifácio Neto. O Relator Geral, Dep. Ernani Satyro, recusou todas as emendas, com apoio do Plenário. Com referência à proposta de substituição do termo “reduzir” para “fixar” expressou-se: “O poder que no mencionado parágrafo se outorga ao juiz é apenas o de reduzir a indenização por equidade, se verificada excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. Realmente o “fixar” que poderia ser também “aumentar” iria ferir o restituito in integrum e transformar o dispositivo em uma apenação não razoável¹³² (grifos nossos).*

¹³¹ MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org.). *Código Civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n.º 10.406, de 2002 cit.*, p. 1819.

¹³² RIOS, Arthur E. S. Responsabilidade civil – os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2010. p. 670.

Como é notório, o texto do atual Código está da mesma maneira, tal qual proposto pelo Professor Agostinho Neves de Arruda Alvim: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Ainda assim, até a presente data, houve diversas tentativas para alterar o atual preceito de lei.

Exemplo disso, e de modo bem claro, no que se refere ao dano moral, foi o Projeto de Lei (PL) 6.960/2002, apresentado pelo Deputado Ricardo Fiuza (PPB-PE), visando a inclusão de um novo parágrafo no art. 944 do Código Civil, que disporia que: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.¹³³

Apresentou o Deputado Ricardo Fiuza a seguinte justificativa:

53. Art. 944: O dispositivo é insuficiente, segundo nos alertou a professora Regina Beatriz Tavares da Silva, já que seu *caput* se adapta somente ao dano material e não está adequado ao dano moral. O critério para a fixação do dano material é o cálculo de tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e do que efetivamente perdeu. O critério da extensão do dano aplica-se perfeitamente à reparação do dano material – que tem caráter ressarcitório. No entanto, na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, honra, liberdade etc. (v. Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária; Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por danos morais*, 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 57/65; Yussef Said Cahali, *Dano moral*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 42; Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, *Reparação civil na separação e no divórcio*, cit., p. 148 e 149). Por conseguinte, *não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano. Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se neste contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da*

¹³³ BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei 6.960/2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=50233&filename=Tramitacao-PL+6960/2002. Acesso em: 22 jan. 2021.

situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito (v. Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por danos morais*, cit., p. 221). Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, *exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas*, de modo a “inibir comportamentos antissociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade”, traduzindo-se em “montante que represente *advertência ao lesante* e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo” (cf. Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, cit., p. 247 e 233; v., também, Yussef Said Cahali, *Dano moral*, cit., p. 33/42; e Antonio Jeová Santos, *Dano moral indenizável*, 3.^a ed., São Paulo, 2001, p. 174 a 184; v. acórdãos in *JTJ* 199/59; *RT* 742/320). *Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível*, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte firme e seguro, sendo estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estímulo ao agressor¹³⁴ (grifos nossos).

Enquanto relator, o Deputado Vicente Arruda deu parecer contrário ao que fora proposto no PL 6.960/2002:

Art. 944. A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. *Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”*. Além do mais confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. *O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão*¹³⁵ (grifos nossos).

O PL 6.960/2002 foi arquivado, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.¹³⁶

¹³⁴ FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117-118.

¹³⁵ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=196514&filename=Tramitacao-PL+6960/2002. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹³⁶ “Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: I – com pareceres favoráveis de todas as Comissões; II – já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno; III – que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias; IV – de iniciativa popular; V – de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República. Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira

Em 2007, por meio do PL 276,¹³⁷ o Deputado Léo Alcântara apresentou idêntica proposta já feita pelo Deputado Ricardo Fiuza, qual seja, a inclusão de um novo parágrafo no art. 944 do Código Civil, que disporia que: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Enquanto relator, o Deputado Regis de Oliveira deu parecer favorável, neste ponto, ao projeto de lei:

Art. 944. O dispositivo é insuficiente já que seu *caput* alcança apenas o dano material. Sendo assim, propõe-se a inclusão de novo parágrafo para determinar que “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.¹³⁸

Todavia, mais uma vez, o projeto foi arquivado, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Em 2011, por meio do PL 699,¹³⁹ o Deputado Arnaldo Faria de Sá também apresentou idêntica proposta já feita pelo Deputado Ricardo Fiuza, a saber, a inclusão de um novo parágrafo no artigo 944 do Código Civil, que disporia que: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Como relator, o Deputado Felipe Bornier deu parecer contrário, neste ponto, ao projeto de lei:

Consideramos que a indenização ao dano moral deve ter por referência a vítima a ser indenizada, não o causador do dano. A adoção do “adequado desestímulo ao lesante” representa a introdução do caráter punitivo da indenização por dano moral no

sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.”

¹³⁷ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=438647&filename=Tramitacao-PL+276/2007. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹³⁸ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=815767&filename=Tramitacao-PL+276/2007. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹³⁹ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=848554&filename=PL+699/2011. Acesso em: 10 fev. 2021.

ordenamento jurídico brasileiro. Este é um passo crítico, que deve ser evitado, por razões de natureza constitucional e infraconstitucional. Nos países de tradição jurídica civilista, como é o caso do Brasil, a indenização do dano moral visa a restituir o patrimônio da vítima ao estado anterior ao dano e, se não for possível, a compensá-la da dor sofrida sem que disso decorra o enriquecimento sem causa. A indenização deve ser medida pela extensão do dano sofrido pela vítima. Essa relação entre dano e indenização deve ser preservada, em detrimento da adoção da conduta do agente como critério de quantificação da indenização. *O ramo do Direito que disciplina e pune a conduta do agente é o criminal, cujo princípio basilar é o de que não há pena sem anterior previsão legal*. A proposição agride o art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal: a punição só tem lugar se houver lei anterior tipificando a conduta e prevendo a pena correspondente. Votamos pela rejeição¹⁴⁰ (grifos nossos).

Após esse parecer, foi determinado o apensamento do citado Projeto de Lei ao PL 3.880/2012, de autoria do Deputado Domingos Neto, que traz a seguinte proposta:

Art. 1.º Altera-se a presente redação dos artigos 186 e 944 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte redação:
 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente *materal, moral ou social*, comete ato ilícito.”
 “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano *em todos os seus aspectos, seja ele moral, material, estético ou social*. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização *ou aumentá-la com o intuito de atingir a função punitiva e pedagógica da indenização*”¹⁴¹ (grifos no original).

Em trecho da justificativa, o autor do projeto afirma:

Assim as condenações, atingiriam seus objetivos, isto é o valor relativo ao Dano Moral (compensatório) e material (reparatório) seria o justo a ser concedido à vítima; *o valor relativo ao conteúdo punitivo seria suficiente a evitar repetição de condutas ilegais, capazes de gerar lucros aos causadores do dano, bem como ressarciria a sociedade por todo o dano a ela causado*. Diante destas argumentações, solicitamos aos nobres pares a aprovação desta matéria¹⁴² (grifos nossos).

¹⁴⁰ BRASIL. Câmara Legislativa. Parecer n. 1 no Projeto de Lei 699/2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=950119&filename=Tramitacao-PL+699/2011. Acesso em: 22 fev. 2021.

¹⁴¹ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=992621&filename=PL+3880/2012. Acesso em: 22 fev. 2021

¹⁴² Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=992621&filename=PL+3880/2012. Acesso em: 22 fev. 2021.

O Deputado João Paulo Lima deu parecer favorável ao PL 3.880/2012.¹⁴³

Após os pareceres, foram apensados os projetos de lei.

O Deputado Laércio Oliveira, em Parecer n. 2, já com os projetos apensados, foi veementemente contrário às propostas, no ponto aqui registrado:

A redação proposta pelo PL n.º 699/2011 para o § 2.º do art. 944 do Código Civil estabelece que o valor da reparação pelo dano moral deve funcionar como “adequado desestímulo ao lesante”. Com isso, a proposição pretende introduzir em nosso ordenamento jurídico o caráter dissuasório da indenização por dano moral, que passaria a funcionar como uma penalidade ao causador do dano. A redação atual do art. 944 do Código Civil confirmou uma longa tradição de nosso direito segundo a qual a indenização deve ter caráter exclusivamente compensatório, visando a restituir o patrimônio da vítima ao estado anterior ao dano e a compensá-la por seu sofrimento. Para que a indenização cumpra essa finalidade, a regra geral do *caput* do art. 944 estabelece como medida de seu valor o dano sofrido pela vítima. O aspecto fundamental a ser analisado em sede de responsabilidade civil não é a conduta do agente, mas sim a consequência da conduta sobre outrem. O atual parágrafo único do art. 944 somente admite o exame de conduta de quem causou o dano quando o valor da indenização compensatória é desproporcional à gravidade de sua culpa. O dispositivo não afasta a regra geral do *caput*, mas permite que o juiz evite injustiças. Como observaram Sérgio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Menezes Direito: “O dispositivo [parágrafo único do art. 944 do Código Civil] é salutar tanto para permitir a reparação integral do dano como para impedir o excesso na condenação, que tem acontecido com razoável e indesejável frequência. O juiz deverá considerar todas as circunstâncias de fato evitando que a indenização seja transformada em panaceia com o enriquecimento sem causa do lesado e a insolvência do causador do dano. O princípio da reparação integral não conduz ao despautério de uma condenação exorbitante, absurda, ou também mesquinha, irrisória”. A proposta do PL, se aprovada, como pretende o relator, permitirá que o juiz calcule o valor da indenização com base não somente na extensão do dano, mas também na possibilidade de punir o agente para desestimular a conduta. Trata-se de proposta inconstitucional, antijurídica e inconveniente. [...] Da mesma forma como faz o PL n.º 699/11, o PL n.º 3880/12 também pretende introduzir em nosso ordenamento jurídico a função punitiva da indenização por danos morais. A proposta do PL n.º 3880/12 contém ainda um agravante, pois concede ao juiz o poder de arbitrar livremente um valor para a indenização, ajustando-a sem qualquer limitação ou garantia ao administrado. Como

¹⁴³ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1252266&filename=Tramitacao-PL+3880/2012. Acesso em: 22 fev. 2021.

demonstramos acima, a proposta é inconstitucional, antijurídica e inconveniente, e também deve ser rejeitada.¹⁴⁴

Ao PL 699/2011 ainda foram apensados: PL 3.880/2012 (6), PL 568/2015, PL 1.145/2015, PL 3.872/2015, PL 8.704/2017, PL 9.574/2018, PL 2.376/2019; PL 1.598/2015, PL 3.287/2015 (7), PL 4.100/2015, PL 6.263/2016, PL 8.209/2017, PL 9.946/2018, PL 3.437/2019, PL 4.933/2019 (1), PL 5.145/2019, PL 3.712/2015, PL 6.633/2016, PL 5.888/2019, entre os quais se destaca o PL 8.704/2017, de autoria do Deputado Wilson Filho.

Nesse projeto, pretende-se alterar o art. 944 do Código Civil para dispor sobre as funções punitiva e preventiva da indenização por danos morais, passando a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2.º e 3.º:

Art. 944.
 § 2.º A reparação por dano moral atenderá às funções compensatória, punitiva e preventiva.
 § 3.º A fixação da parcela indenizatória de caráter punitivo e preventivo deve considerar:
 I – a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável;
 II – a natureza, a gravidade e a repercussão social da ofensa;
 III – a lucratividade e a reiteração da conduta ofensiva;
 IV – a situação financeira do responsável;
 V – sanções penais, civis ou administrativas já aplicadas.¹⁴⁵

Destaca-se o seguinte trecho da justificativa do autor do projeto:

A utilidade da indenização punitiva é, portanto, patente. Ao tempo em que garante punição exemplar para condutas especialmente reprováveis atende ao nobre fim de desestimular a reiteração de condutas antijurídicas. Para atingir a tal finalidade, acrescentamos § 2.º ao artigo 944 do Código Civil, para explicitar que a indenização por dano moral deve atender, além da finalidade compensatória, à punitiva e à preventiva. Considerando que os potenciais benefícios de regra não permitem que se deixem de lado as relevantes críticas formuladas sobretudo em relação à prática americana, optamos por trazer de forma clara os parâmetros que devem ser observados pelo intérprete quando da aplicação da norma no caso concreto. O grau de culpa (ou a intensidade do dolo) diz respeito ao grau de reprovabilidade do responsável: embora a compensação devida se meça pela extensão do dano (não havendo que se cogitar sequer da existência de culpa

¹⁴⁴ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1291928&filename=Tramitacao-PL+699/2011. Acesso em: 22 fev. 2021.

¹⁴⁵ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1602169&filename=PL+8704/2017. Acesso em: 22 fev. 2021.

nas hipóteses de responsabilidade objetiva, previstas no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e na legislação especial), o caráter punitivo não pode dispensar esse exame. A natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa são parâmetros igualmente importantes na fixação do valor devido. Determinadas condutas, embora impliquem a violação de direitos não apresentam magnitude ou repercussão tais que justifiquem a imposição de quantias muito superiores às destinadas à compensação. A lucratividade da conduta ofensiva é relevante, na medida em que impede que a indenização seja inferior à vantagem econômica auferida com o comportamento danoso. A reiteração da conduta danosa atesta com maior vigor a transferência de riscos a terceiros ou o mero desprezo às normas jurídicas, de modo a merecer especial reprimenda. A consideração da situação financeira do responsável a um só tempo evita a fixação de montante abusivo ou irrisório; por fim, tem em conta sanções aplicadas em outras esferas afasta o *bis in idem*: como um dos objetivos da sanção é também a de desestímulo, eventual condenação criminal ou mesmo cível, por convergir ao mesmo intento, autoriza o seu conhecimento quando o ordenamento se dispõe a, mais uma vez, impingir castigo ao ofensor. Ante o exposto, submetemos a presente proposição aos ilustres pares, a quem rogamos o indispensável apoio para sua aprovação e conversão em lei.¹⁴⁶

Por fim, esclarece-se que o PL 699/2011 e seus apensos encontram-se em tramitação.

No Senado Federal, o Senador Renato Casagrande apresentou proposta semelhante, por meio do Projeto de Lei do Senado (PLS) 413/2007, para acrescentar parágrafo ao art. 944 do Código Civil de 2002, incluindo a previsão das funções compensatória, preventiva e punitiva da indenização.

O novo texto, segundo o Senador, ficaria deste modo:

Art. 944.
§ 1.º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.
§ 2.º A indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva".¹⁴⁷

¹⁴⁶ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1602169&filename=PL+8704/2017. Acesso em: 22 fev. 2021.

¹⁴⁷ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4698452&ts=1593941364563&disposition=inline>. Acesso em: 22 fev. 2021.

Chama atenção a justificativa do autor do Projeto de Lei do Senado, visto que reconhece, claramente, a adoção, pela jurisprudência, da função punitiva da indenização:

Embora a jurisprudência e a doutrina pátrias reconheçam as diferentes dimensões funcionais da indenização, convém explicitá-las, mormente no que tange à possibilidade de aplicação da indenização na sua dimensão punitiva.

A jurisprudência pátria acolhe, como dito, a função punitiva da indenização, o que demonstra que não há, na iniciativa legislativa, nenhuma novidade que exacerbe a inteligência corrente do ordenamento jurídico (REsp 183508/RJ; REsp 1998/0055614-1 – Sálvio Teixeira – DJ 10.06.2002, p. 212; REsp 575023/RS 2003 – Eliana Calmon; REsp 389879/MG 2001 – Sálvio Teixeira; TJDF, Ap. Cív. 2002 01 025244-6, 5.ª T. Cível, Julgado em 17.05.2004; TJDF, Ap. Cív. 2002 015000925-1, 3.ª T. Cível, Julgado em 06.05.2002).

Merece transcrição acórdão de relatoria da Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 2005, REsp 696850/RO: “o valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano visando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir” (grifo nosso). No campo doutrinário, um exemplo que merece transcrição é a lição de Maria Helena Diniz: “Não se pode negar a sua função [da reparação pecuniária do dano moral]: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada” (O problema da liquidação do dano moral e dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório in *Atualidades Jurídicas*, 2, Maria Helena Diniz (coordenadora), São Paulo: Saraiva, 2000, p. 248, sem grifos).

A clarificação legal da hipótese de função indenizatória punitiva é desejável na perspectiva da segurança jurídica, permitindo previsibilidade semântico-textual da norma.

O foco da finalidade punitiva da reparação do dano moral é a pessoa do ofensor, ou seja, é o mecanismo de resposta do sistema jurídico voltado à sanção do agente causador do ato ilícito, e não mais a preocupação com a pessoa da vítima, que por seu lado tem a indenização com finalidade compensatória.

A Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça publicou estudo sobre os Juizados Especiais Cíveis em âmbito nacional, no qual se verifica que 94% dos usuários dos Juizados são pessoas físicas (Disponível em: [<http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Diagnóstico%20dos%20Juizados%20Especiais.pdf>] em 16/05/07).

A principal reclamação levada aos juizados é relativa à relação de consumo. Enquadram-se neste tipo de matéria 37,2% dos processos analisados. Em alguns estados essa proporção atinge níveis bastante

superiores. Em três capitais, por exemplo, tais índices atingem mais de cinquenta por cento. No Rio de Janeiro há 79 % de lides oriundas de relações de consumo, em São Paulo 50,8% e em Belo Horizonte 55,3%. As empresas concessionárias de serviços públicos e as instituições financeiras aparecem como as principais reclamadas em todas as pesquisas sobre os Juizados Especiais.

As empresas reclamadas são, em grande medida, as conhecidas litigantes habituais. São empresas que, sustenta a doutrina jurídica, se utilizam da possibilidade de descumprir a legislação e posteriormente fazer acordos em juízo para o pagamento de valores indenizatórios aos consumidores como estratégia de mercado (André Gustavo Corrêa de Andrade – Indenização punitiva. *Revista da ABPI*, n. 85, p. 55-69, nov./dez. 2006. Diogo Leandro Machado de Melo – Ainda sobre a função punitiva da reparação por danos morais: e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único do Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 26, p. 105-145, abr./jun. 2006. Vitor Fernandes Gonçalves – *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005).

As empresas atuam, assim, na perspectiva do cumprimento das determinações legais se esta medida lhes for economicamente conveniente. A lei é tratada por tais empresas como mais um componente de custo e de risco em suas estratégias de *marketing*. Assim, se for lucrativo, segundo a lógica do custo x benefício, descumprir a legislação de defesa do consumidor, ou a legislação trabalhista, por exemplo, essas empresas não titubearão em assim agir. Faz-se necessário, portanto, prover os julgadores de um instrumento conceitual positivado que permita, com segurança, determinar o quantum indenizatório que realmente dissuada aqueles que lesam, por meio de reiterados descumprimentos de determinação legal, habitualmente os indivíduos e a coletividade.

O fenômeno dos litigantes habituais é exemplarmente descrito na doutrina jurídica em obra clássica de Cappelletti & Garth sobre o tema. Os autores indicam que na concepção revolucionária do acesso à justiça, a atenção do processualista se amplia para uma visão tridimensional do direito. Sob essa nova perspectiva, o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (as normas gerais e especiais), mas é encarado principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça, enfim, sob o ponto de vista dos serviços processuais (Mauro Cappelletti & Bryant Garth. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe Editora, 2002).

Há, no ordenamento pátrio, normas cíveis de caráter punitivo, o que elide qualquer dúvida quando ao cabimento desta tipologia regulatória. São exemplos os artigos 608, 773, 939 a 941, 953, 954, 1336, parágrafos primeiro e segundo do Código Civil e artigos 42, parágrafo único, e 84, parágrafo 4.º, do Código de Defesa do Consumidor.

Por estes motivos, apresento a presente proposta legislativa esperando contar com o apoio dos nobres pares para a sua aprovação.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4698452&ts=1593941364563&disposition=inline>. Acesso em: 22 fev. 2021.

O projeto teve parecer favorável do Senador Romero Jucá, porém foi arquivado ao final da 54.^a Legislatura, nos termos do art. 332 do Regimento Interno.¹⁴⁹

Pois bem. É patente a discussão existente no Poder Legislativo acerca do problema proposto nesta tese: a (im)possibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro.

Não se exige esforço algum para reconhecer que, de um lado, há parlamentares que querem acrescentar à redação do art. 944 do Código Civil a previsão de que a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante; e, de outro, os que repugnam veementemente qualquer tipo de afastamento da indenização de seu caráter puramente compensatório.

Independentemente do lado, há, certamente, um consenso: a questão, na visão parlamentar, deve ser decidida no âmbito legislativo, senão todas essas proposições e discussões sobre o tema desde o anteprojeto do Código Civil não passariam de um simulacro infame para os participantes.

Há, ainda, outro importante ponto. Qual seria a real vontade legislativa nesse caso?

Não há dúvidas.

¹⁴⁹ “Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto: I – as originárias da Câmara ou por ela revisadas; II – as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos; III – as apresentadas por Senadores no último ano de mandato; IV – as com parecer favorável das comissões; V – as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49); VI – as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52); VII – pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3.º e 4.º, EC n.º 35/2001). § 1.º Em qualquer das hipóteses dos incisos do *caput*, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado. § 2.º Na hipótese do § 1.º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente.”

Se na atual legislação não há previsão de indenização punitiva (desestímulo) por nítida vontade dos parlamentares que participaram da elaboração do atual Código Civil e, até então, por meio de diversos projetos de lei, não houve qualquer mudança no art. 944 do Código Civil, é cristalino que o legislador, representante do povo, é adepto da corrente que repugna veementemente qualquer tipo de afastamento da indenização de seu caráter puramente compensatório.¹⁵⁰

A redação atual do Código Civil vem desde 1973. Quem elaborou e explicou o texto foi o Professor Agostinho Alvim. Não se podem ignorar suas palavras que constam na exposição de motivos: “Mas o Direito Civil, como observa Ripert, não pune; apenas cogita do reequilíbrio do patrimônio do lesado”.¹⁵¹

Nem se diga que Agostinho escrevera os artigos sobre indenização ignorando o dano moral. Em sua obra mais louvável, cuja 4.^a edição data de 1972, o autor já tinha inclusive se pronunciado sobre a indenização punitiva: “Com efeito, muitos autores consideram a indenização por dano moral, não como indenização, propriamente, mas como pena que se inflige ao autor do dano”.¹⁵²

Corroborar tal pensamento o fato de a então vigente Lei de Imprensa, de 1967, em seu art. 53,¹⁵³ prever critérios específicos ao arbitramento da indenização em reparação do dano moral.

¹⁵⁰ Nesse sentido, porém com palavras mais brandas, Daniel Hamilton Fernandes de Lima: “Dessa forma, diante dos julgados apresentados se reputa que a indenização punitiva tem implemento confuso no âmbito jurisprudencial, que não enfrenta claramente a problemática, as impropriedades técnicas nem identifica os critérios que balizam o arbitramento indenizatório com intento punitivo e dissuasório. E por meio das propostas legislativas estudadas ao longo do tempo, expressando a falta de apoio correlato no labor legiferante, fazendo com que o esvaziamento normativo atinente a matéria permaneça inalterado ou caminhe em sentido oposto a sua aceitação” (*Indenização punitiva e ativismo judicial*. Curitiba: CRV, 2018. p. 127).

¹⁵¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos. *Anteprojeto do Código Civil* cit.

¹⁵² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências* cit., p. 238.

¹⁵³ “Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II – a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; 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.”

Por que o legislador, desde o anteprojeto do Código Civil, não trouxe esses critérios ou mesmo a função pedagógico-punitiva ao art. 944, referindo-se diretamente ao dano moral? Por esquecimento ou porque realmente não o quis?

Certamente o legislador não o quis.

Por sua vez, na discussão do anteprojeto foi rechaçada qualquer participação do grau de culpa do ofensor para aumentar a indenização.

O próprio Relator-Geral, Deputado Ernani Satyro, recusou a proposta de substituição do termo “reduzir” para “fixar”, que hoje consta no parágrafo único do art. 944.

Não se pode apagar da história o que foi dito por ele: “O poder que no mencionado parágrafo se outorga ao juiz é apenas o de reduzir a indenização por equidade, se verificada excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”.¹⁵⁴

Isso foi mantido em plenário e vige até hoje.

O entendimento da época foi de que o “fixar”, que poderia ser também “aumentar”, feriria o *restitutio in integrum* e transformaria o dispositivo em uma apenação não razoável.¹⁵⁵

Além disso, para firmar mais ainda a concepção da vontade legislativa sobre o tema, Ricardo Fiuza, Deputado Federal de 1971¹⁵⁶ até 2005 (ano de seu falecimento), notoriamente conhecedor profundo do entendimento existente sobre o critério escolhido e codificado, que utilizava a extensão do dano para fixar qualquer tipo de indenização e, excepcionalmente, permitia ao juiz analisar o grau de culpa

¹⁵⁴ RIOS, Arthur E. S. Responsabilidade civil – os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale cit., p. 670.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 670.

¹⁵⁶ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/deputados/74557/biografia>. Acesso em: 22 fev. 2021.

para *reduzir* a indenização, apresentou projeto de lei para modificar o Código Civil, antes mesmo de sua entrada em vigor.

Assim, novo Código Civil foi promulgado (nasceu) em 10 de janeiro de 2002 e em 16 de junho de 2002 o Deputado Ricardo Fiuza já apresentava projeto de lei a fim de modificar, entre outros artigos, o art. 944 do Código Civil.

O Deputado tinha plena convicção de que o dispositivo era insuficiente para regular as indenizações por dano moral. Entendia que o Código que acabara de ser promulgado contemplava apenas a função indenizatória para os danos material e moral e que isso não seria suficiente. Por essa razão, apresentou projeto de lei para acrescentar a possibilidade de a reparação do dano moral constituir-se não só de compensação, mas também de adequado desestímulo ao lesante.

Por esse motivo, o Deputado afirmou quanto ao dano moral que: “não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano”. O parlamentar discordava da concepção prevista no Código de que a reparação por dano moral teria apenas caráter compensatório.

Entendia que dois critérios deveriam ser utilizados para a fixação do dano moral: a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante.

Justificou que, nesse contexto, estariam inseridos “fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito”.

É possível perceber que o Deputado Ricardo Fiuza discordava de seus antigos colegas de Congresso Nacional, uma vez que por eles não fora admitida a presença do grau de culpa para aumentar a indenização. Daí o Deputado ter apresentado o PL 6.960/2002. Entendia que a lei precisava ser mudada, pois insuficiente, em sua visão, para atender aos devidos fins sociais.

Assim como o Professor Agostinho Alvim e os Deputados Tancredo Neves, Cleverson Teixeira, Siqueira Campos, Fernando Cunha, José Bonifácio Neto, Ernani

Satyro, entre outros, Ricardo Fiuza sabia da existência do problema da fixação da indenização do dano moral e, de modo louvável, deu sua contribuição para mudar a lei e conseqüentemente o entendimento que prevalecia.

O Deputado Vicente Arruda também tinha conhecimento da histórica discussão acerca do tema e opinou claramente pela manutenção do entendimento vigente: que a indenização por dano moral tem unicamente caráter compensatório.

Por conseguinte, lembrou, mesmo que talvez inconscientemente, tudo o que já havia sido discutido quando da elaboração de anteprojeto:

Art. 944. A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não patrimoniais ou não econômicos do lesado. *Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”.* Além do mais confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. *O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão*¹⁵⁷ (grifos nossos).

É possível dizer que tanto um lado quanto outro sabiam do real alcance do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. Mesmo os deputados favoráveis ao desestímulo tinham consciência de que o Código Civil só permitia ao juiz fixar a indenização com base na extensão do dano.

Merece destaque que, tanto na discussão do anteprojeto¹⁵⁸ quanto nos pareceres dos Deputados Vicente Arruda e Laércio Oliveira, havia clara objeção em dar poderes demais aos juízes. Seria, por acaso, uma premonição dos deputados do que se passa hoje no direito brasileiro?

¹⁵⁷ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=196514&filename=Tramitacao-PL+6960/2002. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹⁵⁸ RIOS, Arthur E. S. Responsabilidade civil – os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale cit., p. 670.

Compreensíveis e defensáveis são as opiniões dos parlamentares citados, exceto a do Senador Renato Casagrande.

Afora o projeto de lei do Senado do Senador Renato Casagrande, todos os demais projetos e pareceres propõem ao Judiciário um comportamento baseado em lei, isto é, partem da premissa de que o juiz deve aplicar a lei, fruto de um exaustivo debate legislativo sobre o tema.

De modo contrário, o citado Senador capixaba, enfraquecendo o próprio Poder de que faz parte, propõe ao Legislativo tão somente a função de prever legalmente de um comportamento baseado em jurisprudência.

Em sua concepção, a jurisprudência pátria acolhe “a função punitiva da indenização, o que demonstra que não há, na iniciativa legislativa, nenhuma novidade que exacerbe a inteligência corrente do ordenamento jurídico”.¹⁵⁹

Rebaixa a atividade legislativa (função de editar leis) para mera garantidora de segurança jurídica, dando ao Judiciário poder para criar direitos, exclusivo do Legislativo: “A clarificação legal da hipótese de função indenizatória punitiva é desejável na perspectiva da segurança jurídica, permitindo previsibilidade semântico-textual da norma”.¹⁶⁰

Como já é notório, nenhum dos projetos citados conseguiu alterar o Código Civil. Qual seria a justificativa, uma vez que houve, até hoje, outras 81 outras mudanças no Código Civil?

A partir de toda essa análise, é possível concluir que existem, no mérito, vários entendimentos a respeito do tema dentro do Poder Legislativo, por isso tantos projetos de Lei; é possível concluir também que, a despeito das muitas concepções,

¹⁵⁹ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4698452&ts=1593941364563&disposition=inline>. Acesso em: 22 fev. 2021.

¹⁶⁰ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4698452&ts=1593941364563&disposition=inline>. Acesso em: 22 fev. 2021.

apenas uma reflete a vontade geral do Congresso: que a indenização por danos morais tem apenas um caráter: o compensatório.

3.2 Legislativo *versus* Judiciário na democracia

Antes de entrar propriamente no duelo existente entre Legislativo e Judiciário, convém lembrar o entendimento predominante nos Tribunais brasileiros quanto ao caráter punitivo da indenização por danos morais.

Prevalece, como já explicitado, o entendimento de que a responsabilidade civil, ao tratar de indenização por dano moral, também serve para punir e desestimular o infrator, isto é, possui caráter pedagógico ou mesmo punitivo-pedagógico.

Predomina no Judiciário, então, o entendimento de que a indenização por danos morais tem, além do caráter compensatório, o caráter punitivo-pedagógico.

É importante frisar que o caráter punitivo-pedagógico na indenização do dano moral foi inserido no direito brasileiro por meio de duas teorias: *punitive damages* e valor de desestímulo.

Não há diferença entre elas quanto à natureza. Independentemente dos termos utilizados, se de caráter pedagógico, se de caráter punitivo, se de caráter punitivo-pedagógico, se desestímulo ou punitivo, nada muda.¹⁶¹

Pune-se o autor do dano para que ele mesmo não venha mais cometer ato semelhante e para que outros vejam a punição e também se sintam desestimulados a agir de tal forma.

¹⁶¹ Segundo Helena Elias, “o caráter punitivo pode ser substituído, em qualquer hipótese e com vantagens, pelo princípio da exemplaridade, adotado recentemente pela jurisprudência do STJ. O caráter punitivo, sendo próprio do direito penal, é acolhido com muita cautela e divergência pela doutrina, sendo mais facilmente aceitável, no cível, o princípio da exemplaridade, pois não há qualquer dificuldade, até para o leigo, em se admitir que a reparação do dano moral deve servir como fator dissuasório de práticas semelhantes, não só pelo próprio agente, mas também por terceiros que venham a ter conhecimento da decisão” (*O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 144-145).

Logicamente, é muito mais brando falar em desestímulo do que em punição. Por essa razão, atualmente, a tendência dos Tribunais é referir-se ao termo desestímulo, até para conseguir despertar menos repulsa daqueles que argumentam sobre a impossibilidade de aplicação de pena sem prévia cominação legal.

Pois bem. Chega-se, pois, ao seguinte problema: o Poder Legislativo entende que a indenização por danos morais tem apenas um caráter: o compensatório; e para o Poder Judiciário a indenização por danos morais tem duplo caráter: compensatório e punitivo-pedagógico.

Eis o porquê dos questionamentos feitos na introdução desta tese: não havendo consonância sobre o assunto entre os poderes citados – a (im)possibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro –, qual entendimento deverá prevalecer?

Em outras palavras, de modo mais direto: *na democracia, a quem cabe a última palavra?* A resposta é simples: na democracia, a última palavra cabe ao legislador.

No conflito entre a possibilidade e a impossibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro, deve prevalecer o entendimento do Poder Legislativo.

Ao Poder Legislativo cumpre, por meio de uma interferência decisória (um ato de poder), escolher as normativas soberanas que determinarão o comportamento a ser seguido.¹⁶² Se o Legislativo afastou e afasta até a presente data o caráter punitivo-pedagógico da indenização por dano moral, assim deve ser.

Não há dúvida de que a legitimidade democrática está representada pelo ideal da lei como símbolo da vontade geral representada no Parlamento.¹⁶³

¹⁶² TELLES JR., Goffredo. *O povo e o poder* cit., p. 50.

¹⁶³ FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos* cit., p. 80.

O Poder Legislativo é o poder do povo.¹⁶⁴ É ele quem diz o que é justo ou injusto.

Mesmo parecendo óbvias as respostas dadas anteriormente, na prática tem acontecido diferente. A função legislativa tem sido usurpada conscientemente pelo Poder Judiciário.

Como amplamente demonstrado, há explícita vontade legislativa de manter a redação original no Código Civil, afastando veementemente a utilização de qualquer teoria que pretenda valer-se da função punitivo-pedagógica para dar soluções jurídicas a casos reais de indenização por danos morais.

Todavia, verifica-se que o Poder Judiciário, nesse caso, tem se utilizado de mecanismos para criar seu próprio ordenamento jurídico. Não se contenta com a função de julgar e manter a ordem. Quer adentrar na esfera que cabe ao legislador. Quer criar direitos e obrigações, como se tivesse poder para representar o povo.

Atropela as discussões legislativas sobre indenização punitiva e aplica teorias que são justamente contrárias à lei, conforme decidido pelo legislador.

É notório que há um enfraquecimento do Poder Legislativo, que tem perdido a supremacia de sua principal função, mas isso não justifica sua usurpação.

É também notório que se caminha para a criação de um superpoder (ou um superlegislador): o Judiciário, que não só julga, mas também cria direitos e obrigações a seu arbítrio, isto é, sem qualquer legitimidade conferida pelo povo, ferindo constantemente o princípio da separação dos poderes.

Aqui, mais do que nunca, cabe repetir as lições precisas do processualista Alexandre Freitas Câmara, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

O princípio da legalidade deve ser entendido como uma exigência de que as decisões sejam tomadas com apoio no ordenamento jurídico. Não incumbe ao Judiciário *fazer* a lei, mas interpretar e aplicar a lei

¹⁶⁴ TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito* cit., p. 147.

que é democraticamente aprovada pelo Legislativo. Quem vai ao Judiciário busca ver seu caso solucionado de acordo com o que consta do ordenamento jurídico, não tendo os juízes legitimidade para criar soluções, segundo sua consciência ou seus valores pessoais, para os casos que lhes são submetidos. O papel criativo do juiz se limita à interpretação, a qual é evidentemente limitada por textos que ele não está legitimado a criar. Deve-se, pois, julgar cada causa submetida ao Judiciário conforme o ordenamento jurídico vigente. A Constituição e a lei não são meras sugestões.

Este, aliás, é um ponto que merece ser destacado. Não cabe a juízes e tribunais “reescrever” a lei conforme seus valores ou preferências. Leis que não sejam inconstitucionais devem ser aplicadas, ainda quando o juiz não goste delas. Leis ruins existem, claro, mas o local apropriado para modificá-las ou revogá-las é o Legislativo, e não o Judiciário. Nem se pode admitir que, sob o disfarce de uma suposta “interpretação” se deixe, simplesmente, de aplicar a lei sem que se realize seu controle de constitucionalidade, o que viola não só o princípio da legalidade, mas também o enunciado da Súmula Vinculante n.º 10 e o art. 927, II, do Código de Processo Civil.¹⁶⁵

A regra definida pelo Legislativo de que a indenização se mede pela extensão do dano deve ser cumprida fielmente pelo Judiciário. Não há, nesse caso, espaço para discussão entre juízes, mas tão somente entre legisladores. Se a lei atual é ruim, então, busque-se, no Legislativo, sua mudança. O que não pode é sob o disfarce da interpretação modificar a vontade expressa do legítimo detentor de poder de representar o povo.

Assim, nesse duelo entre o Legislativo e o Judiciário, deveria o Legislativo prevalecer, mas quem prevalece é o Judiciário.

3.3 Ausência de lacunas na fixação do dano moral

A produção jurisprudencial, como dito no primeiro capítulo, é fonte jurídica, devendo a atividade judicial ser encarada tão somente como forma supletiva para preenchimento de lacunas direcionadas a casos concretos, mesmo assim com muita cautela.

Foi dito que, por se entender que a realidade é complexa e dinâmica, visto que há um eterno movimento que gera evolução da vida social, trazendo novos fatos

¹⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro* cit.

e conflitos diariamente, admite-se ser impossível ao legislador prever todas as situações presentes e futuras que podem cair sob a égide da norma.¹⁶⁶

Por essa razão, afirmou-se que é possível a produção jurisprudencial como fonte jurídica, repita-se, com muita cautela.

A pergunta outrora feita acerca da existência de previsão legal vigente para a indenização punitiva no direito brasileiro já pode ser prontamente respondida.

Não há previsão legal que justifique a aplicação de indenização punitiva no direito brasileiro. A única “lei” que trata do assunto é o art. 944 do Código Civil e nele não há qualquer menção à função punitivo-pedagógica da indenização por danos morais.

Daí surge, conseqüentemente, outra pergunta: se não há previsão legal que justifique a aplicação da indenização punitiva do direito brasileiro, significa que há algum tipo de lacuna nesse caso?

Desde já se responde: não.

Por esse motivo, frisou-se que a esta tese importa tão somente a identificação da lacuna, seja normativa, ontológica ou axiológica.

Assinalou-se a importância de saber se há lacuna e se o Poder Judiciário pode colmatá-la, como no caso da fixação do valor de danos morais.

Mencionou-se que existem três principais espécies de lacunas, quais sejam: 1.^a) lacuna normativa, quando não tiver norma sobre determinado caso, isto é, há fato e valor, mas sem norma específica; 2.^a) lacuna ontológica, quando há norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, isto é, há norma e valor, mas sem fato (desuso – ausência de norma eficaz socialmente); 3.^a) lacuna axiológica, ausência de norma justa, ou seja, há fato e norma, mas, sendo aplicada, a solução será injusta.

¹⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada cit.*, p. 129.

Em face de toda a demonstração da discussão legislativa acerca do dano moral e sua indenização, é possível concluir que não há nenhuma lacuna normativa. O fato existe, que é o dano praticado. O valor também existe, que é a necessidade de reparar/compensar violações aos direitos da personalidade. A norma também existe, que são principalmente os arts. 186, 927 e 944 do Código Civil.

Assim, diante de uma ofensa à honra, o juiz não necessita utilizar-se do art. 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para julgar o caso. Por essa razão, não há lacuna normativa na aplicação de indenização por danos morais.

Além de ausência de lacuna normativa, não se pode sequer cogitar a existência de lacuna ontológica. Há norma conforme mencionado: arts. 186, 927 e 944 do Código Civil; há um valor: necessidade de reparar/compensar violações aos direitos da personalidade; e há também um fato: o dano moral é absurdamente comum nos dias de hoje.

O juiz não pode considerar que há uma lacuna ontológica diante de uma violação de direitos da personalidade. O juiz não pode deixar de condenar o infrator a indenizar a vítima porque a norma está desligada da realidade social, não tendo aplicação prática.

O dano moral não é um fato social ignorado, tampouco a necessidade de sua reparação. Em regra, o respeito ao direito da personalidade também é fruto de norma eficaz sobre indenização plena do dano.

Por fim, também não há que falar em lacuna axiológica: ausência de norma justa. Neste tipo de lacuna, há fato e norma, mas, sendo aplicada, a solução será injusta.

Aludiu-se que o Judiciário pode tão somente atuar de forma integrativa e de modo excepcional, pois cabe ao Poder Legislativo, que é o verdadeiro representante do povo para fazer leis, definir quais serão as condutas reprováveis e como merecem ser punidas, e não ao julgador e a seu próprio senso de justiça.

Isso quer dizer que cabe, em regra, ao Legislativo, e não ao Judiciário, dizer o que é justo ou injusto. Norma injusta, a princípio, não é problema do juiz, é problema do legislador.

No caso de fixação da indenização por danos morais, existe norma, há fato, e a “justiça” na norma já foi discutida e decidida no Legislativo, ou seja, a norma é justa.

A lei que rege a responsabilidade civil foi debatida por longos anos. A vontade do legislador, que reflete a vontade do povo, foi de não dar a ela função punitiva (de modo estrito). Houve uma escolha. Não há omissão. O legislador disse o que é justo.

Pensar o contrário é admitir que um juiz poderia aplicar pena de prisão perpétua ao autor de homicídio premeditado por achar que míseros anos de regime fechado não reflete uma punição adequada.

É dar ao juiz o poder de ignorar a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil em nome do que julga justo. É dar ao juiz o poder de diminuir e aumentar penas a seu próprio sentimento. É dar ao juiz, como hoje acontece, o poder de atropelar o Código Civil e inserir, por si só, o § 2.º do art. 944 que tanto o Deputado Ricardo Fiuza lutou, isto é, dar ao juiz o poder de dizer que a indenização não se mede mais somente pelo dano, mas *que* a reparação do dano deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

Se o juiz acha que é injusta a aplicação do art. 944 tal como quis o legislador, basta deixar a magistratura e se candidatar a um cargo eletivo e lutar nas vias corretas para mudança da lei.

Convém ressaltar que não se nega a existência de lacuna axiológica. Entende-se que é possível sua constatação quando a norma aplicável for injusta a um caso totalmente inusitado, como seria na hipótese de não reconhecer o direito de representação aos filhos de herdeiro falecido em concomitância com o autor da herança, gerando verdadeira injustiça, por aplicação do art. 8.º do Código Civil.

No caso da indenização por danos morais, não há qualquer questão inusitada que justifique a não aplicação da norma existente por questão de justiça do julgado.

Portanto, defende-se que não há lacuna axiológica ou qualquer outro tipo de lacuna na fixação da indenização por danos morais, está-se diante de usurpação consciente da função legislativa pelo Poder Judiciário.

3.4 Incompatibilidade da indenização punitiva com o direito brasileiro

Embora já tenham sido apresentados elementos suficientes para demonstrar a impossibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro, ainda restam mais razões para afastar de vez qualquer possibilidade lógica de inserção da indenização punitiva no sistema jurídico pátrio.

Neste item traz-se a ideia de sistema jurídico.

Como explicado no primeiro capítulo, o direito procura, por meio de normas jurídicas, regular múltiplos campos de interesses que, com a evolução social, renovam a estrutura normativa.¹⁶⁷

Mencionou-se que, numa sociedade, inúmeras normas jurídicas surgirão, formando diversos ordenamentos jurídicos (conjunto de normas jurídicas), gerando, inevitavelmente, problemas.

A questão da (im)possibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro é um problema sobre o qual o jurista deve se debruçar, resolvendo a questão aparentemente não solucionável ao aplicador: é possível ou não aplicar uma indenização punitiva no direito brasileiro?

¹⁶⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito* cit., p. 3.

Para responder essa pergunta, o jurista cria o sistema, em sua própria imaginação, para estudar o ordenamento e apresentar respostas para aplicação do direito (natureza criptonormativa), auxiliando, desse modo, o aplicador.

Vários são os argumentos contrários à indenização punitiva de ordem lógica. Pedro Ricardo e Serpa, por exemplo, sintetiza os quatro principais:

(i) o Direito Civil é incompatível com a ideia de punição; (ii) a indenização punitiva serve de incentivo à litigância frívola, ou ao que se denomina de “indústria do dano moral”; (iii) a indenização punitiva é incompatível com as hipóteses de responsabilidade objetiva; e, por fim, (iv) a indenização punitiva violaria o princípio segundo o qual não se admite a imposição de duas ou mais penas em razão do mesmo ato ilícito (“ne bis in idem”).¹⁶⁸

Carolina Vaz também enumera os argumentos contrários à indenização punitiva:

- 1) Os danos punitivos são verdadeiras sanções penais, contrapondo-se ao instituto da responsabilidade civil, que visa ao ressarcimento/compensação do dano efetivamente sofrido.
- 2) Admitir o uso dos “danos punitivos” seria ensejar o enriquecimento sem causa, pois a reparação pecuniária extrapolaria o prejuízo sofrido.
- 3) Esses danos representam a mercantilização da justiça e das relações existentes, transformando o acesso à tutela jurisdicional em loteria, cujo prêmio máximo seriam “absurdas indenizações milionárias” (*tort lottery ou overcompensation*).
- 4) Seriam um *bis in idem*, já que em hipóteses de condenação por lesão corporal, p. ex., além da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, o autor seria punido novamente ao reparar os danos.
- 5) A Constituição Federal de 1988, ao utilizar a expressão “indenização” no art. 5.º, inc. X, afasta qualquer possibilidade de fixação de valor a título de danos morais que seja superior ao prejuízo causado.¹⁶⁹

Outrossim, Maria Celina Bodin de Moraes enumera argumentos contrários:

1. Do ponto de vista prático, o caráter punitivo do dano moral cria muito mais problema do que soluções. Nosso sistema não deve adotá-lo, entre outras razões, para: evitar a chamada loteria forense; impedir ou diminuir a insegurança e a imprevisibilidade das decisões judiciais;

¹⁶⁸ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo, 2011, p. 186.

¹⁶⁹ 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. p. 83.

inibir a tendência hoje alastrada da mercantilização das relações existenciais.

2. A função punitiva representa atualmente um grande incentivo à malícia. Ademais disso, ela “corre solta”, sem critérios, já que proveniente apenas da maior ou menor sensibilidade de cada magistrado [...]. Para que a sanção fosse expressiva e pudesse atingir qualquer uma das tantas funções que lhe são atribuídas, tais como a de prevenção, de exemplo ou de desestímulo, seria mais do que desejável que a parcela respectiva fosse adequadamente destacada.

3. Também não parece útil atrelar à reparação a ideia de punição, porque são muitos os casos em que não se conseguirá a punição [...].

4. Do ponto de vista legislativo, não há nada no Código Civil de 2002 – e tampouco havia no Código de 1916 – que preveja punição por um dano cometido [...].

5. [...]. O juízo penal existe, com todas as suas garantias, justamente para punir o responsável, e a sanção pecuniária, em nossos dias, apresenta-se, em alguns casos, como uma excelente alternativa [refere-se aqui à sanção pecuniária em direito penal].

6. Só haverá verdadeira punição se se perquirisse o dano causado (em oposição ao dano sofrido) o que já não é condizente com os fundamentos do sistema da responsabilidade civil.¹⁷⁰

Arthur Nogueira Feijó divide os argumentos contrários à indenização punitiva em seis grandes categorias:

- i) incompatibilidade sistemática da ordem de punição com o Direito Civil pátrio;
- ii) violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa;
- iii) repercussões socioeconômicas do fator punitivo;
- iv) violação ao princípio do *ne bis in idem*;
- v) violação ao princípio da legalidade;
- vi) dificuldades práticas na liquidação da punição.¹⁷¹

Embora todos sejam argumentos com os quais se concorda, não se pretende aqui aborrecer o leitor com repetições do tudo o que já foi demasiadamente debatido pela doutrina.

A intenção aqui é destacar os pontos mais relevantes que refutam no cerne a adoção da indenização punitiva no direito brasileiro, trazendo novos debates ao tema.

¹⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 328.

¹⁷¹ FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito civil punitivo: do dano moral punitivo à causa geral de multa civil*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 84-85.

3.4.1 Violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa

Antes de iniciar a análise jurídica do instituto do enriquecimento sem causa, é importante que se examine o próprio termo isoladamente. O significado da palavra enriquecimento, que é o ato ou efeito de enriquecer, traz a ideia de aumento, melhora, desenvolvimento. Por seu turno, a palavra causa pode ser definida como: aquilo ou aquele que faz com que uma coisa exista; aquilo ou aquele que determina um acontecimento; razão, motivo, origem.¹⁷²

Então, apenas pelo simples exame gramatical da expressão “enriquecimento sem causa”, tem-se um aumento de alguma coisa sem que tenha havido um motivo. No entanto, sabe-se que isso, do ponto de vista da lógica, é impossível, uma vez que tudo o que existe deve necessariamente ter uma causa, que, às vezes, é desconhecida. Portanto, mesmo antes de uma análise jurídica do tema, verifica-se que a denominação do instituto é incompleta, porquanto causa sempre haverá para qualquer tipo de acontecimento, mesmo que ilícita.

No caso do instituto em análise, mostrar-se-á que sempre existe uma causa, mas que nem sempre é a justa causa exigida pelo direito.

Pois bem. O termo causa sempre foi bastante controvertido no direito. A dificuldade no trato do tema inicia-se na confusão feita a respeito da teoria da causa como elemento do contrato com o próprio enriquecimento sem causa. Para se ter uma ideia da quantidade de significados do termo, Antônio Junqueira de Azevedo ensina que a causa pode ser causa-fato jurídico (*causa efficiens*); causa motivo (causa impulsiva), se o motivo é psicológico; causa-justa-causa, se o motivo é objetivo; causa da juridicidade (*civilis* ou *naturalis*); causa da atribuição patrimonial (ou da atribuição de direitos); e causa do negócio (*causa finalis* com três concepções diferentes).¹⁷³

Não desprezando tamanha importância da discussão dos outros tipos de causa existentes, estudar-se-á aquele cujo sentido é necessário para a compreensão

¹⁷² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Coordenação Marina Baird Ferreira e Margarida dos Anjos. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

¹⁷³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: s.n., 1986. p. 121.

do instituto do enriquecimento sem causa, que, no caso, é o de causa como atribuição patrimonial.

A causa da atribuição patrimonial “é a razão jurídica pela qual se cumpre determinada prestação, em virtude de obrigação anteriormente assumida”.¹⁷⁴

Torquato Castro dá interessante exemplo a esse respeito, *in verbis*:

A paga a B determinada soma, em cumprimento de obrigação preexistente; ou A entrega a B determinado bem, em cumprimento de um legado instituído por C. Comprova-se, porém, depois, ser inexistente a obrigação que deu causa a estas atribuições patrimoniais, ou seja, que o crédito não existia, ou que o testamento é nulo. Opera-se, então, o enriquecimento sem causa, e o benefício alcançado (de qualquer natureza) não tem justificativa jurídica, isto é, não está em conformidade com os fins do direito. Aquele, pois, que se locupleta à custa alheia, tem a obrigação de restituir o que recebeu sem causa, restabelecendo o equilíbrio dos patrimônios.¹⁷⁵

Portanto, não resta dúvida de que o significado de causa, constante no instituto do enriquecimento sem causa é o de causa como atribuição patrimonial, que “tem sentido de contraprestação, de retribuição a uma vantagem proporcionada”.¹⁷⁶ Por certo, é diferente da causa como elemento do negócio jurídico.¹⁷⁷

Pode-se dizer também que a causa como atribuição patrimonial não mais é do que a justa causa, cuja ausência caracteriza o enriquecimento sem causa. Assim, afirma Mônica Yoshizato Bierwagen que a falta de justa causa consiste

[...] na inexistência de uma razão juridicamente reconhecida para o aumento e a diminuição patrimonial. Portanto, se o enriquecimento deriva de uma causa prevista na lei ou por obrigação assumida pela parte, esse pressuposto não estará preenchido, afastando-se a incidência do art. 884. É o caso, por exemplo, da reparação de danos materiais. Se o que foi pago corresponde ao valor do dano, há uma

¹⁷⁴ CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Tese de concurso. Recife: Jornal do Commercio, 1947. p. 60.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 60.

¹⁷⁶ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 121.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 285.

causa jurídica que ampara o aumento de um e a diminuição do outro patrimônio.¹⁷⁸

Nesse mesmo sentido Orlando Gomes, *in verbis*:

Indispensável, afinal, que o enriquecimento se dê sem uma causa que o justifique, quer porque falte, quer porque seja reprovada pelo Direito. Este último requisito não é de caracterização fácil, em virtude da confusa sinonímia da palavra causa. Não possui, no particular, o significado que tem como um dos requisitos dos contratos, mas sentido próprio, restrito, que melhor se define acrescentando-lhe a qualificação própria, como fazem os alemães. Trata-se, com efeito, de causa da atribuição patrimonial. Para se saber se houve enriquecimento sem causa, indagará o intérprete se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por um título legítimo, por um motivo lícito. A própria expressão enriquecer à causa de outrem dá a ideia do que se encerra na locução sem causa. Na doação, por exemplo, o donatário enriquece à medida que o doador empobrece, mas esse enriquecimento é justo, tem causa legítima, merece a aprovação do Direito.¹⁷⁹

Uma vez constatada o que é causa no instituto do enriquecimento sem causa, passa-se a analisar o referido instituto no direito brasileiro.

O Código Civil de 1916 não disciplinava expressamente o enriquecimento sem causa como instituto autônomo, uma vez que, por influência do Código Civil francês, Clóvis Beviláqua achou por bem não positivá-lo, por entender ser desnecessária tal previsão. Dizia que: “Por mais que variemos as hipóteses, veremos que o direito e a equidade se podem plenamente satisfazer, sem criarmos, nos Códigos Cíveis, mais esta figura de causa geradora de obrigação, ou seja, uma relação obrigacional abstrata e genérica”.¹⁸⁰

No entanto, o que a doutrina majoritária entendia era o inverso. Os juristas da época queriam um instituto autônomo. Foi por isso que Agostinho Alvim, responsável pela parte de direitos das obrigações do Novo Código Civil, entendeu por bem reger o enriquecimento sem causa em três artigos – 884, 885 e 886, *in verbis*:

¹⁷⁸ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 58.

¹⁷⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 295.

¹⁸⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1954. p. 100.

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. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Assim, positivou-se o instituto do enriquecimento sem causa no direito brasileiro, o que representou um “avanço na salvaguarda da retidão e equilíbrio nas relações jurídicas, em atendimento aos parâmetros da socialidade que timbram o Código Civil de 2002”.¹⁸¹

Está-se num ponto em que se divide em dois o instituto do enriquecimento sem causa. Acerca dessa matéria, ensina Giovanni Ettore Nanni que o enriquecimento sem causa, no direito brasileiro,

[...] possui um caráter dúplice, como fonte obrigacional, quando dá ensejo à interposição da ação de enriquecimento, e como princípio corretivo, para purgar os desequilíbrios e as desproporcionalidades, de forma ilimitada, desde que não contrarie a lei, nas situações em que não se apresente como fonte obrigacional, haja vista que consiste em uma cláusula geral.¹⁸²

Quanto ao enriquecimento sem causa como fonte obrigacional, apesar de importante, ele tem outro enfoque, razão pela qual se direciona o estudo do caráter do enriquecimento sem causa como princípio informador de todo o direito brasileiro.

Como princípio informador, afirma ainda o mesmo autor que:

Sendo o enriquecimento sem causa um princípio informador de todo o direito brasileiro, ele espraia os seus efeitos a qualquer relação obrigacional. Por ser uma cláusula geral, atua mesmo que a hipóteses sob apreciação não permita o exercício da ação de enriquecimento, consubstanciando-se em ferramenta muito útil para corrigir situações

¹⁸¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa* cit., p. 115.

¹⁸² *Ibidem*, p. 439.

de desproporção patrimonial que evidencie a violação ao espírito emanado do preceito.¹⁸³

Nas lições de Carlos Nelson Konder, o direito brasileiro adotou o princípio do enriquecimento sem causa pelas seguintes razões: a) a vedação ao enriquecimento sem causa já era apontada como um princípio implícito de nosso sistema antes de sua previsão no Código Civil (Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes); b) esse princípio costuma ser invocado nos demais sistemas de matriz romano-germânica, mesmo os que não preveem expressamente (Giovanni Ettore Nanni destaca a invocação do princípio na França); c) é indicado como um princípio não apenas do direito civil, mas aplicável aos diversos ramos do ordenamento de maneira geral (cita Sílvio de Salvo Venosa e Celso Antônio Bandeira de Mello); d) é dado também um fundamento moral à vedação do enriquecimento ilícito; e) também é justificada a partir da teoria da destinação (ou atribuição) jurídica dos bens. Para essa doutrina, sustentada por Fernando Noronha, “tudo quanto os bens sejam capazes de render ou produzir no seu aproveitamento pertence, de acordo com o conteúdo de afetação ou destinação de tais direitos, ao sujeito que é seu titular. A pessoa que, intrometendo-se nesses bens jurídicos, retire da coisa qualquer vantagem patrimonial, obtém-na à custa alheia, mesmo que o titular não estivesse disposto a praticar os atos donde a vantagem procede”; f) Judith Martins-Costa busca no princípio da boa-fé o fundamento para a vedação ao enriquecimento sem causa; g) Giovanni Ettore Nanni funda a proibição ao enriquecimento injustificado na incidência dos preceitos constitucionais sobre as relações obrigacionais.¹⁸⁴

É importante frisar que esse princípio muitas vezes é invocado quando se atribui ao julgador um alto grau de discricionariedade, a exemplo dos casos da redução do valor da cláusula penal e da fixação do *quantum* indenizatório do dano moral.¹⁸⁵

¹⁸³ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa* cit., p. 440.

¹⁸⁴ KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 369-398.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 372.

Exemplo bastante interessante que revela a ampla utilização desse princípio como, até mesmo, válvula de escape interna para situação em que a aplicação fria da lei levaria a situações injustas é o caso de bens adquiridos pelo esforço comum nos casamentos sob o regime da separação legal de bens.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que eles deveriam se comunicar, sob pena de acarretar enriquecimento sem causa:

Direito de família. Regime da separação legal de bens. Aquestos. Esforço comum. Comunicabilidade. Súmula STF, Enunciado n. 377. Correntes. Código Civil, arts. 258/259. Recurso inacolhido.

I – Em se tratando de regime de separação obrigatória (código Civil, art. 258), comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum.

II – O Enunciado n. 377 da Súmula STF deve restringir-se aos aquestos resultantes da conjugação de esforços do casal, em exegese que se afeiçoa a evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa.

III – No âmbito do recurso especial não é admissível a apreciação da matéria fática estabelecida nas instâncias locais (REsp 9.938/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 09.06.1992, DJ 03.08.1992, p. 11321).

Não há dúvidas de que todo o direito, incluindo o civil, deve ser balizado pelo princípio da proibição ao enriquecimento sem causa, que, como se viu, inspira e é fundamento de muitas outras ações que não a ação de enriquecimento sem causa propriamente dita.

Após essa breve análise do instituto do enriquecimento sem causa, passa-se, neste momento, a tratar da impossibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro por violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Como visto, aquele que, por ato ilícito, causar dano a *outrem* fica obrigado a repará-lo. A responsabilidade civil é, portanto, “uma modalidade de obrigação de indemnizar e indemnizar significa, como sabe, eliminar o dano”.¹⁸⁶

¹⁸⁶ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil* cit., p. 371.

Sendo a função da responsabilidade apenas de eliminar o dano, deve-se estar atento, ao se fixar a indenização, para que se evite que a quantia reparatória seja fonte de enriquecimento sem causa da vítima.

A função primordial da responsabilidade civil é “la funzione di ripristinare lo *status quo ante* nel quale il danneggiato versava prima di subire il pregiudizio”,¹⁸⁷ isto é, a função de restaurar o *status quo ante* do qual o lesado gozava antes de sofrer a lesão.

Logicamente, caso isso não seja possível, estabelece-se uma indenização mediante pagamento em dinheiro de um soma como forma compensatória do dano sofrido.¹⁸⁸

O direito brasileiro adotou regra clara quanto à medida da indenização. O art. 944 do Código Civil prescreve que a indenização deve ser medida pela extensão do dano. Isso quer dizer que, para danos pequenos, indenizações pequenas; para danos grandes, indenizações grandes. Deve haver correlação entre o dano e a indenização. É como se o dano fosse um buraco e a indenização, um punhado de terra suficiente para tampar o buraco, nada mais, nada menos. Observa-se que este é o único critério estabelecido em lei para qualquer tipo de dano, independentemente se patrimonial ou extrapatrimonial.

Nesse ponto, situa-se a possibilidade de atuação do princípio do enriquecimento sem causa como informador de todo o sistema jurídico, porquanto ele prega a existência de uma justa causa para qualquer aumento ou diminuição patrimonial.

No caso da indenização, a justa causa para o *quantum* indenizatório são os parâmetros instituídos pela legislação civil. O Brasil claramente adotou o princípio da reparação integral, desde o Código de 1916 até o atual.

¹⁸⁷ ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile, IV: la responsabilità civile cit.*, p. 132.

¹⁸⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa cit.*, p. 359.

A síntese feita pela doutrina francesa resume todo o sistema de responsabilidade brasileiro: *tout le dommage, mais rien que le dommage*. A escolha feita pelo legislador, quando estabeleceu o art. 944, foi nitidamente criar limite para as indenizações, assegurando que o tamanho da indenização deveria ser a extensão do dano, independentemente de ser patrimonial ou extrapatrimonial.

O princípio que veda o enriquecimento sem causa, com base no *caput* do art. 944, impõe a correspondência entre o valor indenizatório e a extensão do dano. É o único parâmetro legal existente para a matéria e não pode ser ignorado.

Visualiza-se facilmente isso quando se tem um dano patrimonial. Toda doutrina está de acordo que a indenização nesse tipo de dano não constitui penalidade ao ofensor, mas tão somente indenização suficiente para que o prejuízo sofrido possa ser restituído integralmente, em nome do princípio adotado do *restitutio in integrum*.¹⁸⁹

Assim ensina Maria Helena Diniz:

O dano patrimonial mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão. O dano, portanto, estabelece-se pelo confronto entre o patrimônio realmente existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se a lesão não se tivesse produzido. O dano corresponderia à perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado. O dano patrimonial é avaliado em dinheiro e aferido pelo critério diferencial. Mas, às vezes, não se faz necessário tal cálculo, se for possível a restituição ao *statu quo ante* por meio de uma reconstituição natural. Em toda obrigação ressarcitória o indenizante deverá procurar um estado de coisas que se aproxime de situação frustrada, isto é, a que existiria se não tivesse ocorrido o dano. A reparação do dano poderá processar-se: a) pela reparação natural, isto é, restauração do *statu quo* alterado pela lesão, que poderá consistir na entrega da própria coisa que, p. ex., havia sido furtada ou de objeto da mesma espécie, em troca do deteriorado; e b) pela indenização pecuniária quando for impossível restabelecer a situação anterior ao fato lesivo.¹⁹⁰

¹⁸⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 7, p. 14.

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil cit.*, 28. ed., p. 84-85.

Se se admitir a função punitiva, esta deve ser tida como secundária (indireta). Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves:

É de se salientar que o ressarcimento do dano *material* ou *patrimonial* tem, igualmente, natureza sancionatória indireta, servindo para desestimular o ofensor à repetição do ato, sabendo que terá de responder pelos prejuízos que causar a terceiros. O caráter punitivo é meramente reflexo, ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio do lesado.¹⁹¹

Nota-se, pois, que, quando se fala em dano material, há nítida obediência aos parâmetros estabelecidos pelo *caput* do art. 944 do Código Civil. Não se fala em punição diretamente, mas tão somente em ressarcimento. Nesse sentido, jurisprudência a seguir:

Ação de indenização por danos materiais e morais. Acidente de trânsito. Rito sumário. Pensão mensal até 65 anos. Danos temporários. Princípio da *restitutio in integrum*. Pensionamento indevido. DPVAT. Dedução. Falta de comprovação de pagamento. Indevida. Taxa de juros. 6% ao ano. Ato ilícito. Regência do Código Civil de 1916. Denunciada à lide. Pagamento dos encargos sucumbenciais. A condenação ao pagamento de danos morais deve se dar tal como posta na primeira instância, vez que referida matéria não foi devolvida à análise deste tribunal. O princípio da *restitutio in integrum*, no âmbito da responsabilidade civil, aponta que não se deve dar menos do que o efetivo prejuízo sofrido, partindo-se, sempre, da premissa de que se deve reparar o dano causado à vítima integralmente, retornando-se, preferencialmente, ao *statu quo ante*. Se o laudo pericial permite antever que o autor está apto a trabalhar, vez que não lhe foi causado dano permanente algum, não há que se falar em pensionamento até os 65 anos de idade, até porque haverá recomposição indenizatória referente ao período em que ele ficou sem trabalhar, a qual será consubstanciada em 24 parcelas equivalentes, cada uma, ao líquido salarial percebido à época do desastre. Não há que se falar em dedução do valor correspondente ao seguro obrigatório (DPVAT) do *quantum* indenizatório, porquanto não restou comprovado que ditos valores foram efetivamente pagos à vítima. Deve-se reduzir o percentual de juros moratórios a 6% ao ano, vez que o acidente ocorreu sob a égide do Código Civil de 1916, razão pela qual deve-se respeitar o limite inserto no art. 1.062 do antigo diploma. O fato de a denunciada ter aceitado a denúncia não a exime de pagar custas e honorários advocatícios. Se o réu-denunciante foi vencedor na lide secundária, é natural que faça jus ao recebimento das verbas despendidas (TJMG, 1.0024.97.122623-

¹⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11, p. 363.

8/001(1), Rel. Fabio Maia Viani, j. 03.05.2007, data de publicação 1.º.06.2007).

É importante assinalar que há uma exceção ao princípio da *restitutio in integrum*. Estabelece o parágrafo único do art. 944 do Código Civil brasileiro que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Nota-se que o dispositivo apenas autoriza o juiz a reduzir a indenização, jamais aumentá-la. Pergunta-se, há incompatibilidade dessa exceção com o instituto do enriquecimento sem causa?

Giovanni Ettore Nanni entende que não, desde que “haja a ponderação no momento da fixação da quantia reparatória, tendo em mente o preceito norteador que veda o enriquecimento sem causa”,¹⁹² devido “a possibilidade equitativa da indenização em caso de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (art. 944, parágrafo único, do CC/2002) e a concorrência culposa da vítima para a ocorrência do evento”.¹⁹³

Nesse sentido, entende-se que não há como conciliar o parágrafo único do art. 944 com o princípio que veda o enriquecimento sem causa. A razão para tanto é que o ato ilícito que culmina no dano causa diminuição patrimonial. Se o lesado nada fez para a ocorrência do dano, por que então deveria suportar parte do prejuízo? Argumenta-se que, mesmo na culpa levíssima, há culpa. Entre o agente que agiu com culpa levíssima e a vítima, que nada fez, prefere-se que o verdadeiro causador do dano arque com a integralidade dos prejuízos.

Entra-se, agora, no problema da fixação dos danos morais e sua relação com o enriquecimento sem causa.

Quando ocorre esse tipo de dano, “o que se pretende é proporcionar àquele uma compensação ou benefício de ordem material (única possível), que lhe permite obter prazeres ou distrações – porventura de ordem puramente espiritual – que, de

¹⁹² NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa* cit., p. 444.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 444.

algum modo, atenuem a sua dor”.¹⁹⁴ Pode-se dizer que: “não consistiria num *pretium doloris*, mas antes numa *compensatio doloris*”.¹⁹⁵

Por essa razão, a doutrina é unânime ao dizer que dano moral não se indeniza, compensa-se, justamente por ser impossível que se volte exatamente à condição anterior ao dano. Entretanto, nem por isso o Código Civil de 2002 se preocupou em estabelecer outro parâmetro. Utilizou-se, a exemplo do dano patrimonial, a regra de que a indenização se mede pela extensão do dano.

É preciso destacar que uma das maiores dificuldades, quando da fixação do *quantum* compensatório a título de danos morais, é saber sua extensão na pessoa considerada singularmente. Maria Celina Bodin de Moraes afirma:

Cada perda e cada dano deverão ser avaliados separadamente, valorizados em relação à pessoa da vítima (pessoalmente, quase se poderia dizer), de modo que de nada servirá produzir uma tabela, por assim dizer fixa, do que hoje se procura não chamar de “preço da dor”. Claro está que, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, tampouco será possível afastar-se demais de algum valor médio, que será resultado da repetição de valores atribuídos a casos semelhantes, controlados pela instância superior.¹⁹⁶

Daí a análise do tema ser tão complexa. As pessoas devem ser tratadas igualmente, mesmo que vivam sob diferentes circunstâncias. Além dessa singularidade, outros aspectos têm sido levados em conta quando do arbitramento dos danos morais.

Aqui se considera o caráter punitivo-pedagógico no dano moral.

Como dito no capítulo anterior, a linha seguida por grande parte da doutrina brasileira e da maioria do Judiciário é a de que a fixação do valor da reparação do dano moral deve ter caráter punitivo-pedagógico e que, para tanto, devem-se levar em consideração: o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do

¹⁹⁴ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil* cit., p. 375.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 375.

¹⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais* cit., 2. ed., p. 310.

ofensor e do ofendido, bem como o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ilícito.

Foi dito também que predomina no Judiciário uma fusão entre as teorias do *punitive damages* e a *do valor do desestímulo*, em que a indenização visa desestimular o autor à prática de atos semelhantes e também para servir de exemplo para que outros não os perpetrem.

Como visto anteriormente, o Judiciário utiliza-se de parâmetros para atender a finalidade punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, que é fixar compensação justa que puna o infrator e que tenha caráter pedagógico perante a sociedade. Para tanto, são adotados os seguintes critérios (parâmetros): o bem jurídico lesado; as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido; o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social (culpa ou dolo); e a gravidade do ato ilícito.

É preciso deixar claro, mais uma vez, que não existe qualquer parâmetro legal para a utilização *da teoria do valor do desestímulo*, o que já dá indícios de que não há justa causa para sua utilização, gerando flagrante violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa.

É importante assinalar que nosso sistema jurídico se inspira na supremacia do direito legislado.¹⁹⁷ Não é possível relativizar o princípio constitucional da legalidade estabelecido no inciso II do art. 5.º da Constituição Federal. O preceito legal é enfático ao prescrever que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Além disso, o inciso XXXIX do mesmo artigo prescreve que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Por essa razão, questiona-se o fundamento adotado pelos julgadores para punir/desestimular os infratores.

¹⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das obrigações* cit., p. 363-364.

É cediço que não há qualquer embasamento legal para se valer da função punitiva quando da fixação dos danos morais. O que há somente é a expressa previsão do art. 944 que diz que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Justamente por se estar sob a égide do direito legislado, é vedado ao julgador, membro do Poder Judiciário, legislar. Cabe ao Poder Legislativo, que é o verdadeiro representante do povo, fazer leis, definindo quais serão as condutas reprováveis e como merecem ser punidas, e não ao julgador e a seu próprio senso de justiça, ou melhor, a seu critério.

As teorias do punitive damages e a do valor do desestímulo afrontam o princípio adotado por todo o sistema brasileiro de proibição ao enriquecimento sem causa.

Esse princípio, como visto, prega a existência de uma justa causa para o aumento e a diminuição patrimonial. , o que significa que o enriquecimento, por exemplo, pode derivar da lei ou de uma obrigação assumida pela parte.

No caso da responsabilidade civil extracontratual, a verificação da justa causa se dá quando a lei autoriza que a vítima receba do responsável indenização correspondente aos danos suportados por ela.

Como já referido, esse princípio norteia todo o sistema jurídico brasileiro, impedindo que alguém tenha seu patrimônio aumentado sem justa causa.

No caso da aplicação da teoria do valor do desestímulo no Brasil (função punitivo-pedagógica), fica patente que o valor arbitrado por danos morais é para compensar a vítima e punir os agressores, podendo-se dizer que o valor da compensação possui justa causa, mas não o valor da punição.

Portanto, não há previsão normativa para que haja penas pecuniárias para aqueles que agem dessa forma. Só o valor compensatório possui justa causa, que é o dano moral sofrido e seu dever de reparação.

3.4.2 Violação ao princípio da igualdade e a criação do cidadão inimputável

Aspecto pouco debatido na doutrina e, ao que parece, não notado nos Tribunais é o fato de que a indenização com caráter punitivo viola o princípio da igualdade e cria, cada vez mais, cidadãos inimputáveis.

Para explicar esse ponto, é preciso destacar alguns argumentos já conhecidos. Como dito alhures, vários são os contrários à indenização punitiva, entre os quais destacam-se os seguintes: (i) o direito civil é incompatível com a ideia de punição; (ii) os danos punitivos são verdadeiras sanções penais; (iii) há violação ao princípio da legalidade (pena sem prévia cominação legal); (iv) o juízo penal existe, com todas as suas garantias, justamente para punir o responsável.

Pois bem. A redação atual do Código Civil vem desde 1973. Quem elaborou e explicou o texto foi o Professor Agostinho Alvim, em que ele afirma: “Mas o Direito Civil, como observa Ripert, não pune; apenas cogita do reequilíbrio do patrimônio do lesado”.¹⁹⁸

Embora se concorde com o entendimento de Agostinho Alvim, a tese da função punitiva da reparação do dano moral, mesmo que não adotada pelo legislador, encontra muitos adeptos, tanto na doutrina¹⁹⁹ quanto na jurisprudência.²⁰⁰

Assim, há muitos que afirmam que a compensação por dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, impor uma penalidade exemplar ao ofensor.

¹⁹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos. *Anteprojeto do Código Civil* cit.

¹⁹⁹ São favoráveis à tese do caráter punitivo, segundo Maria Celina Bodin de Moraes: Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Arthur Oscar de Oliveira Deda, Carlos Alberto Bittar, Sérgio Cavalieri Filho, José Carlos Moreira Alves, Paulo da Costa Leite, Luiz Roldão de Freitas Gomes, Araken de Assis, Teresa Ancona Lopez, Sergio Severo, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Renan Miguel Saad, Américo Luís Martins da Silva e Clayton Reis. Contrários a qualquer caráter punitivo: José Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva e Orlando Gomes.

²⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais* cit., 2. ed., p. 218.

Tendo por base esse atual entendimento, é possível encontrar diversos problemas de ordem lógica no sistema jurídico.

Como dito no início do Capítulo 1, toda norma jurídica decorre de ato decisório do Poder. É preciso lembrar que, na sociedade, diversas são as escolhas que definem o comportamento humano como permitido, obrigatório ou proibido. O conjunto dessas escolhas, ou melhor, o conjunto de normas jurídicas, constitui o ordenamento jurídico.²⁰¹

Nesse ordenamento, o direito penal é o segmento que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves à sociedade e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, por conseguinte, as respectivas sanções.²⁰²

As sanções, denominadas penas, estão sujeitas a princípios, o que significa que as penas não podem, de forma alguma, afrontá-los.

Destacam-se os princípios da legalidade: a pena deve estar prevista em lei vigente, não se admitindo seja cominada em regulamento ou ato normativo infralegal (CP, art. 1.º, e CF, art. 5.º, XXXIX); e da anterioridade: lei já deve estar em vigor na época em que for praticada a infração penal (CP, art. 1.º, e CF, art. 5.º, XXXIX).

No direito penal, esses princípios são bem claros. Não existe absurdo maior do que punir alguém sem pena prevista em lei ou com base em lei que não está em vigor. No direito civil, que também deveria ser assim, já não o é.

A pena, seja no direito penal, seja no direito civil, tem um único objetivo: influir na conduta dos membros da coletividade, fazendo com que estes se abstenham de cometer certos atos, consentidos com uma vida social que esteja de acordo com certos modelos de comportamentos tidos como desejáveis.²⁰³

²⁰¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito cit.*, p. 190.

²⁰² CAPEZ, Fernando *Curso de direito penal: parte geral* (arts. 1.º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 19.

²⁰³ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil cit.*, p. 70-71.

A pena civil, segundo Nelson Rosenvald, reúne finalidades punitiva e preventiva primária, além de tutelar interesses que exorbitam o âmbito particular do ofendido para alcançar escopos gerais, culminando por compartilhar a mesma substância penal criminal, embora formalmente se coloque na esfera cível.²⁰⁴

Destaca-se, mais uma vez, excelente lição de Nelson Rosenvald. Segundo ele, no plano da disciplina material e processual, a pena civil não se conformará ao regramento das obrigações de direito privado, mas sim aos princípios aplicáveis ao direito penal, sobretudo às garantias constitucionais que lhe dizem respeito. Continua: em nível objetivo, a pena civil será pautada pela tipicidade, determinação e taxatividade; no plano subjetivo, a pessoalidade e a intransferibilidade condicionarão sua dimensão aplicativa.²⁰⁵

Com base nessas lições, é possível verificar, desde já, incompatibilidade da indenização punitiva, aplicada pelo Judiciário, com o sistema jurídico brasileiro.

Questiona-se: onde está previsto no ordenamento jurídico pátrio (tipicidade) que o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se no caráter punitivo/pedagógico da compensação? Em outras palavras: onde está descrita a pena que o juiz pode punir civilmente o infrator que comete um dano moral?

A resposta passa mais uma vez pela questão de usurpação da função legislativa pelo Judiciário.

Aliás, é essa também a conclusão de Daniel Hamilton Fernandes de Lima: a indenização punitiva por danos morais consiste, especialmente, em uma expressão do ativismo judicial no campo da responsabilidade civil, expressando atecnias incontornáveis, mesmo sob aparência de realização da axiologia constitucional.²⁰⁶

²⁰⁴ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil* cit., p. 70-79.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 79-80.

²⁰⁶ LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de. *Indenização punitiva e ativismo judicial* cit., p. 140.

Em outras palavras: juízes têm violado o princípio basilar da legalidade: *nulla poena sine lege*.

Se não há previsão legal, não se pode punir com base no direito penal, tampouco com no direito civil, uma vez que o conceito de pena é um só.

Adentra-se, agora, em um ponto relevantíssimo, mas pouco explorado na doutrina.

A adoção pelos Tribunais da indenização com caráter punitivo viola o princípio da igualdade e cria, cada vez mais, cidadãos inimputáveis.

Segundo o *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, 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.

O princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades dos cidadãos de desfrutar de tratamento isonômico pela lei. Por meio dele são vedadas diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do juiz, da autoridade pública e do particular.

Pois bem. O direito penal trata todos com igualdade, pois a todos pune.²⁰⁷

O direito penal pune a todos porque ele interfere justamente no bem mais precioso e comum a todos os seres humanos: a liberdade. O rico, o pobre, o velho, o novo, o homem, a mulher, o político, o cidadão, o juiz, o jurisdicionado, o Presidente da República, o eleitor, o pescador do vilarejo, o culto, o ignorante. Ninguém escapa da sanção penal, pois assim quis a Lei, principal símbolo do Estado Democrático de Direito.

²⁰⁷ Logicamente estão excluídos os menores de idade e os inimputáveis por doença mental e mais alguns previstos em lei.

Ninguém, por mais rico que seja, ou por mais pobre que seja, poderá se furtar da pena restritiva de liberdade (prisão ou prestação de serviços à comunidade).²⁰⁸

O mendigo que mata outro mendigo ou mata um homem bilionário deverá ser condenado e responder pelas penas previstas no art. 121 do Código Penal, cuja pena poderá chegar até 30 anos de reclusão.

Da mesma forma, um homem bilionário que mata outro homem bilionário ou um mendigo deverá ser condenado e responder pelas mesmas penas previstas no art. 121 do Código Penal, e também estará sujeito aos mesmos 30 anos de reclusão.

O direito penal pune o que considera mais grave e trata todas as pessoas de forma igualitária. A liberdade é comum a todos. Por essa razão, esse é o único critério justo dentro da sociedade para punição.

O que influi sobre a conduta dos membros da coletividade, fazendo com que estes se abstenham de cometer certos atos, consentido com uma vida social que esteja de acordo com certos modelos de comportamentos tidos como desejáveis,²⁰⁹ é a certeza de que a punição trará enorme prejuízo, independentemente de qualquer condição particular.

É nessa concepção que se baseou a elaboração do atual Código Civil, especialmente na parte de responsabilidade civil, tanto que o Professor Agostinho Alvim afirmou: “Mas o Direito Civil, como observa Ripert, não pune; apenas cogita do reequilíbrio do patrimônio do lesado”.²¹⁰

Ora, se Agostinho Alvim disse que o direito civil não pune, isso significa que, para ele, quem pune é o direito penal.

²⁰⁸ A prestação de serviços à comunidade também é uma pena restritiva de liberdade porque obriga o condenado a gastar tempo no cumprimento da pena.

²⁰⁹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil cit.*, p. 70-71.

²¹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos. *Anteprojeto do Código Civil cit.*

É preciso salientar, outra vez, que é o legislador quem vai observar os comportamentos existentes e declarar o que vai ser jurídico ou não jurídico, lícito ou ilícito. É ele quem deverá buscar os valores de cada época para definir o que é grave ou não, ou seja, o que vai ser punido e o que não vai ser punido.

Ao Judiciário cabe aplicar o que o Legislativo considera justo. Se a conduta é grave, deve o direito penal se preocupar, pois assim quis o legislador. Se não é grave, basta o direito civil para garantir a restituição ao *statu quo ante* e nada mais, pois também assim o quis o legislador.

Isso decorre da sagrada garantia que existe no Estado Democrático de Direito: a Lei. Ela, e somente ela, poderá estabelecer punições. Jamais um juiz poderá criar sua própria convicção do que é justo e punir alguém. Isso é tarefa do legislador. De modo algum um juiz poderá estabelecer penas ou critérios para sua aplicação, seja para considerar o grau de culpabilidade, seja para considerar o patrimônio dos envolvidos.

Admitir o caráter punitivo da responsabilidade civil é violar o princípio da igualdade. Indaga-se: daria para o direito civil punir a todos os cidadãos que cometem dano moral? Seria possível dizer que o direito civil pune a todos porque ele interfere justamente no bem mais precioso e comum do ser humano: o dinheiro?!

Ora, se o direito civil traz sanções pecuniárias, certamente nunca punirá a pessoa que não tem dinheiro, tampouco a pessoa que possui muito dinheiro.

É cristalino observar isso no crime de homicídio com base no atual entendimento aplicável pelos Tribunais. Se o autor do crime é pobre, só o direito penal vai puni-lo. O juiz poderá arbitrar o valor de R\$1.000.000,00 a título de danos morais para atender o caráter punitivo/pedagógico da responsabilidade civil, que nada adiantará, porque o autor nada tem. Serão palavras mortas.

Do mesmo modo, se o autor do crime é rico, só o direito penal vai puni-lo. O juiz poderá arbitrar o valor de R\$1.000.000,00 a título de danos morais para atender o caráter punitivo/pedagógico da responsabilidade civil, que nada adiantará, porque

para o rico isso pode simbolizar um valor irrisório e isso não o punirá. Só a pena criminal causa efeitos pedagógicos para evitar a prática do crime de homicídio.

Tal exemplo, embora importante, não confirma totalmente o argumento aqui apresentado, uma vez que os assassinos sempre são punidos pelo Direito Penal e isso basta para a finalidade punitivo/pedagógica, independentemente da esfera.

Pois bem. O ativismo judicial, para transferir gradativamente a função punitiva do direito penal para o direito civil, tal como se opera hoje, traz danos irreparáveis à sociedade não para prevenção de crimes graves, como o homicídio, mas para prevenção de crimes penalmente insignificantes e civilmente, ao extremo, relevantes.

Exemplo disso é a pena do crime de dano. Ela é insignificante do ponto de prático para o criminoso, mas representa um alto potencial lesivo para a vítima, se considerado na esfera cível.

O temor para não destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia hoje só pertence à classe média. Somente os que possuem patrimônio limitado temem causar prejuízo a *outrem*, e não importa se de forma dolosa ou culposa.

O crime de dano poderá gerar muito mais lesão patrimonial a seu autor do que o crime de homicídio, qual ele temerá mais? Logicamente, o crime de homicídio, porque, além de indenizar os familiares da vítima por danos morais, deverá cumprir alta pena de prisão.

É bem nítido que nenhum criminoso contumaz comum se curva à punição civil tal como é imposta pelos Tribunais, qual seja, caráter punitivo-pedagógico do dano moral.

Penas inaplicáveis (incumpríveis) não devem ser impostas por juízes. Dizer a alguém que ele deverá pagar a título de punição R\$1.000.00,00 a outra pessoa por ter causado um dano moral não faz sentido, caso o condenado não possua patrimônio.

Isso não é raro. O Judiciário está lotado de execuções contra devedores insolventes. Se algumas dessas execuções simbolizam “penas”, quer dizer que pessoas estão impunes mesmo cometendo atos ilícitos.

Frisa-se: estão impunes somente os que não tem patrimônio. Quem tem patrimônio vai ser punido. Indaga-se: isso é observar o princípio da igualdade?

Por essa razão, mais uma vez, punição deve ser função do direito penal. Tão somente a morte do réu, em regra, tira do Estado a chance de puni-lo.

Para exemplificar, tem-se o seguinte caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Agressão física ao condutor do veículo que colidiu com o dos réus. Reparação dos danos morais. Elevação. Ato doloso. *Caráter punitivo-pedagógico e compensatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Recurso provido.* 1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito. 2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima. 3. Na hipótese dos autos, os réus espancaram o autor da ação indenizatória, motorista do carro que colidira com a traseira do veículo que ocupavam. Essa reprovável atitude não se justifica pela simples culpa do causador do acidente de trânsito. Esse tipo de acidente é comum na vida diária, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra, ainda mais, a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio de força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida. 4. Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte *a quo*, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais. 5. Considerando o comportamento altamente reprovável dos ofensores, deve o valor de reparação do dano moral ser majorado para R\$ 50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 6. Recurso especial provido (REsp 839.923/MG, 4.^a Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.05.2012, DJe 21.05.2012).

Tratou-se do REsp 839.923/MG, julgado em 15 de maio de 2012 pela 4.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, deu provimento ao recurso interposto pela parte autora.

A ação indenizatória por danos morais, estéticos e materiais foi ajuizada por Edésio Moreira da Silva contra João Cardoso Neto e Roberto Carlos da Silva. Em 15 de novembro de 1998, o autor da ação, com seu veículo, colidiu com a traseira do carro do réu João Cardoso Neto. Em virtude do ocorrido, os réus saíram do veículo e espancaram o autor, com socos, chutes, além de bater sua cabeça contra uma grade.

Constatou-se que a agressão ocasionou inúmeras lesões no corpo da vítima, principalmente no rosto, já que teve seu nariz quebrado em três lugares, visíveis cortes no supercílio direito e na base esquerda do nariz, bem como grandes hematomas nos olhos. Além disso, enfrentou graves abalos psíquicos e emocionais.

O juiz de primeiro grau não acolheu o pedido de indenização por danos materiais, pois não provados, tampouco o pedido de dano estético, pois as cicatrizes deixadas no rosto não poderiam ser caracterizadas como deformidades permanentes.

No entanto, o dano moral foi reconhecido, tendo sido fixada a reparação em 250 salários mínimos para cada um dos agressores.

Para chegar a esse valor, o juiz considerou a alta renda dos réus, suas propriedades (fazenda e comércio) e suas respectivas declarações de Imposto de Renda dos últimos cinco anos. Considerou, ainda, a alta ofensa à honra e à dignidade do autor e de sua família.

Em que pese tamanho rigor da sentença do juiz de primeiro grau, o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais reformou drasticamente a decisão, conforme observa-se na ementa a seguir:

Acidente de trânsito. Agressões físicas ao motorista causador do evento. Dano moral. Provas. Testemunhas não contraditadas. Boletim de ocorrência. Valor probante. Presunção *juris tantum*. Valoração das provas. Arbitramento do dano moral. Parâmetro. 49.^a reunião do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos. Cabe ao réu, de acordo com o art. 333, inc. II, provar os fatos impeditivos,

modificativos ou extintivos do direito do autor e não tendo, pois, se desincumbido desta tarefa de vez sustentar sua defesa em documento que gozam de presunção *juris tantum* de veracidade, valor este que se encontra afastado por provas robustas em contrário, deve ser mantida, neste particular a r. sentença, fustigada que reconheceu a ocorrência de danos morais decorrentes de agressão física incontinente ao acidente de trânsito provocado pelo autor, de vez tornar-se irrelevante se este encontrava-se ou não embriagado. Deve ser reduzido o valor arbitrado a título de danos morais equivalente a 500 salários mínimos para o caso de lesão corporal, pois, de acordo com os parâmetros da 49.^a Reunião do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos, realizada em 28.8.98, cujas decisões uniformizam e orientam os julgados desta Casa, tal valor poderia equivaler-se para casos de morte de ente querido, conforme circunstância do óbito.

O Tribunal reduziu o valor arbitrado porque este equivaleria aos casos de morte de ente querido, e não aos casos de agressão. Reduziu-se de 500 salários mínimos para R\$ 13.000,00, para os dois réus.

O autor recorreu ao Superior Tribunal de Justiça alegando que essa redução resultaria em quantia irrisória. Aduziu que:

[...] o Tribunal desconsiderou todas as provas produzidas nos autos e circunstâncias que comprovaram a crueldade da agressão, bem como a capacidade econômica dos ofendidos (possuíam à época um Jeep Cherokee) e simplesmente aplicou a “tabela”, ou seja, se o autor tivesse levado apenas um “tapa na cara” teria direito aos mesmos 50 salários mínimos que lhe foram atribuídos pelo Tribunal, após ser brutalmente e covardemente espancado por dois “pit boys”, de situação econômica e financeira abastada, que somente não mataram o autor porque o mesmo foi arrancado de suas mãos. Pois, por tudo que se comprova da instrução processual os mesmos tinham a intenção de matar o autor e inclusive ameaçaram de morte uma das testemunhas.

No julgamento, o entendimento unânime da 4.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de dar provimento ao recurso especial para majorar o valor dos danos morais, condenando cada um dos réus a pagar ao autor o valor de R\$ 50.000,00.

Para reformar a decisão, o relator se baseou nos seguintes argumentos, *in verbis*:

É certo que o magistrado, seguindo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve, na fixação do valor da reparação do dano moral, levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, mas não pode perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito. Há casos em que a conduta do agente é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, atuando com dolo, o que torna seu comportamento particularmente reprovável. Nessa perspectiva, *o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação*. Com efeito, a reparação punitiva do dano moral deve ser adotada “quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010. p. 99). Conforme lição de Caio Mário da Silva Pereira, “na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança. A isso é de acrescentar que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima” (*Responsabilidade civil*, atualizador Gustavo Tepedino, 10. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 413-414). Atento a essas questões, o eminente Ministro Carlos Fernando Mathias fez importantes ponderações, *in verbis*: “Deveras, é fato que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e mais do que isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer – e aí com revelação de certa perplexidade – no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. Como fixar a reparação?; quais os indicadores? Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos ‘punitive damages’. ‘Punitive damages’ (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as ‘punitive damages’ como a ‘teoria do valor do desestímulo’, posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção. No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das ‘punitive damages’ encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de

2002. Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito” (REsp 210.101/PR, 4.ª Turma, DJe 09.12.2008 – grifos nossos).

Concluiu o relator:

Portanto, não obstante autorizado, em determinadas circunstâncias, o reconhecimento do caráter punitivo do dano moral, não se pode perder de vista, em seu arbitramento, a vedação do enriquecimento sem causa da vítima. Na hipótese dos autos, os réus espancaram o motorista, autor da ação indenizatória, que colidira com a traseira do carro que ocupavam. Essa reprovável atitude não se justifica pela eventual culpa do autor na ocorrência do acidente de trânsito, tampouco por sua alegada embriaguez – a respeito da qual existe discussão nos autos (*na r. sentença, o d. Juízo a quo desconsiderou o boletim de ocorrência que sugeria a embriaguez do autor, porquanto tal dado não estava embasado em exame que comprovasse se havia, realmente, ingestão de álcool (fl. 324, e-STJ)*). Afirmou o Magistrado que o estado desnorteado da vítima decorria, provavelmente, das pancadas violentas na cabeça. O colendo Tribunal de Justiça, de outro lado, concluiu pela lisura do referido boletim de ocorrência e, portanto, pela embriaguez da vítima). Ao contrário, esse tipo de acidente é comum na vida diária, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra, ainda mais, a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio de força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida. Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte a quo, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais. Destarte, considerando o comportamento doloso altamente reprovável dos ofensores, deve o valor do dano moral ser arbitrado, em atendimento ao caráter punitivo-pedagógico e compensatório da reparação, no montante de R\$ 50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de juros moratórios e correção monetária.

A linha utilizada pelo relator foi a de que a fixação do valor da reparação do dano moral deve ter caráter punitivo e pedagógico e que, para tanto, devem-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, bem como o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ilícito.

O relator filia-se claramente à linha do *punitive damages* (indenização punitiva), na qual a indenização visa desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e também servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Afirmou ainda que a *teoria do punitive damages* é designada, no Brasil, como *teoria do valor do desestímulo*, possuindo a mesma natureza, a intenção punitiva ao causador do dano e a inibição de práticas semelhantes por *outrem*.

Pois bem. Em primeiro lugar, é preciso questionar: Qual seria a punição imposta pelo Superior Tribunal de Justiça aos réus, caso eles comprovadamente não possuíssem patrimônio algum? De que valeria o termo caráter punitivo-pedagógico utilizado pelo relator?

Imagine-se que um réu fosse rico e o outro pobre (sem patrimônio). Um seria punido e o outro não?

Comprova-se mais uma vez que a indenização punitiva viola categoricamente o princípio da igualdade.

Esse mesmo ato julgado da esfera criminal traria punição eficaz a quem quer que seja, rico ou pobre. O tempo gasto na prisão ou na prestação de serviços à comunidade iguala o cidadão e faz que com a punição seja aplicável a todos.

Atribuir ao direito civil a função de punir é dizer que a pessoa pode ser punida por pena civil e criminal ou só criminal, a depender de sua condição financeira.

O fato de agressão narrado é grave e merece punição que atinja sua finalidade. Parece lógico que, se não fosse a esfera penal, a punição imposta pelo Superior Tribunal de Justiça estaria incompleta, mesmo tendo sido os réus condenados a pagar cada um o valor de R\$ 50.000,00. É bem provável que os honorários advocatícios contratuais gastos por eles ultrapassem essa quantia.

Resumindo, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, tal como apresentado, só teria aplicação a pessoas com patrimônio limitado (classe média). Somente essas pessoas seriam de fato punidas. Ricos e pobres seriam inimputáveis a esse tipo de punição.

Pois bem. Além de esse ponto narrado demonstrar a violação ao princípio da igualdade, existe mais um importante argumento que comprova a incompatibilidade da indenização punitiva com o direito brasileiro.

Utilizando o acórdão já citado do Superior Tribunal de Justiça, é possível observar que o relator levou em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido.

Por seu turno, o juiz de primeiro grau foi mais além. Asseverou que “existem nos autos afirmativas de que os réus são pessoas de alta renda, donos de fazenda e comércio, que nos levam a considerá-los em boa situação econômico-financeira”.

Nota-se que a adoção da indenização punitiva invariavelmente pune com maior rigor uns em detrimento de outros. E mais: para alcançar seu aspecto punitivo, privilegia determinadas vítimas em prejuízo de outras.

A aplicação da indenização punitiva cria situações incoerentes. Enquanto o direito penal utiliza-se de questões desfavoráveis ao réu para o aumento de pena e questões favoráveis para sua redução, na indenização punitiva questões favoráveis são adotadas para aumento de pena. Exemplo disso é a indenização ser aumentada porque os réus são pessoas de “alta renda, donos de fazenda e comércio”. Não seria presumível que o patrimônio é fruto de um acúmulo lícito de capital em virtude do trabalho?

É possível dizer, nessa ótica, que a pessoa que não se preocupa em poupar, que não se preocupa em evoluir financeiramente, que não tem apreço pela segurança financeira, será punido com menor rigor do que aquele que preza pelo contrário, ou seja, um vício é recompensado e uma virtude é castigada.

Percebe-se que a diferenciação de pessoas, como nesse tipo de caso, gera somente injustiça, porque desacredita totalmente o princípio da igualdade, pilar de justiça. A luta do direito deve ser no sentido de dar tratamento igual a todos, e não de promover a classificação em níveis dos cidadãos de acordo seu poder aquisitivo.

Só o tempo e a liberdade expressam verdadeira igualdade. Estes, sim, são valiosos a todos os seres humanos.

Para finalizar, cabe uma reflexão.

O que gera prevenção de atos graves não são medidas pecuniárias, mas medidas que provocam perda da liberdade.

Atos ilícitos, graves, dolosos e reiterados praticados por grandes empresas não podem estar sujeitos apenas a sanções civis. Sempre haverá uma forma de contornar na indenização punitiva, seja por causa do grande capital acumulado, seja por cálculos aritméticos de custo-benefício que o dano proporciona.

Legislar para criação de penas exemplares para atos graves é muito mais eficiente do que transferir ao direito civil a função exclusiva do direito penal.

Tragédias como a de Brumadinho-MG seriam evitadas não com a certeza da sanção civil pecuniária, e sim com a certeza de sanção criminal dos responsáveis pela barragem. Afinal, qual condenação em dinheiro seria suficiente para punir uma empresa bilionária?

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que o Judiciário, com base em teorias estrangeiras, passou a reconhecer a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, quando se trata de indenização extrapatrimonial. Esse comportamento jurisprudencial é fato notório no meio jurídico. É quase uma receita pronta a ser repetida e utilizada nos votos e sentenças espalhados pelo País sem, contudo, observar sua verdadeira origem.

Por essa razão, o objetivo do presente trabalho foi trazer o pouco explorado histórico do tema nos debates legislativos. Consequentemente, provou-se que o entendimento predominante nos tribunais é fruto de nítida usurpação de poder.

Por décadas, os representantes do povo discutiram o tema e chegaram à conclusão de não quererem a função punitivo-pedagógica no dano moral. Isso foi assim tanto na discussão do anteprojeto do Código Civil quanto nos inúmeros projetos sugeridos para sua modificação, em especial o Projeto de Lei 6.960/2002, apresentado pelo Deputado Ricardo Fiuza (PPB-PE), visando a inclusão de um novo parágrafo no art. 944 do Código Civil, que disporia que: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Nenhum projeto conseguiu alterar o Código Civil, ou seja, em tese, o próprio povo disse: não queremos a indenização punitiva no direito brasileiro e não importa qual a nomenclatura utilizada, se punitiva, se pedagógica, se valor de desestímulo; deve ser mantida, portanto, a redação original de Agostinho Alvim: A indenização mede-se pela extensão do dano.

Ainda assim, com o intuito sincero de procurar fundamento ao comportamento jurisprudencial contrário às proposições legislativas, foi elaborado estudo sobre a única hipótese plausível de atuação judicial criadora nesse caso: a existência de lacuna, em especial a axiológica (ausência de norma justa).

Portanto, foi demonstrado que o Judiciário pode tão somente atuar de forma integrativa e excepcional, pois cabe ao Poder Legislativo, que é o verdadeiro

representante do povo para fazer leis, definir quais serão as condutas reprováveis e como merecem ser punidas, e não ao julgador e a seu próprio senso de justiça.

Logo, no caso da indenização punitiva, compete ao Legislativo, e não ao Judiciário, dizer o que é justo ou injusto. Se o art. 944 é injusto, não é problema do juiz, e sim do legislador, ainda mais pelo fato de a norma já ter sido amplamente discutida no Congresso Nacional.

Por fim, procurou-se demonstrar outras duas razões para afastar de vez qualquer possibilidade lógica de inserção da indenização punitiva no sistema jurídico pátrio: violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa e violação ao princípio da igualdade e a criação do cidadão inimputável.

Quanto à primeira, constatou-se que não há previsão normativa para que haja penas pecuniárias para aqueles que cometem dano moral, uma vez que somente o valor compensatório possui justa causa, que é o prejuízo sofrido e seu dever de reparação (arts. 186, 927 e 944 do Código Civil).

No tocante à segunda, provou-se que a inserção da indenização punitiva no direito pátrio viola o princípio da igualdade. Ora, se o direito civil traz sanções pecuniárias, certamente nunca punirá a pessoa que não tem dinheiro, tampouco a pessoa que possui muito dinheiro, ou seja, só alguns, os que possuem patrimônio limitado, serão punidos. Haverá “cidadãos inimputáveis”, caso a sanção fique somente a cargo do direito civil.

Para concluir, responde-se à questão feita na introdução: não havendo consonância entre os poderes citados – a (im)possibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro –, qual entendimento deverá prevalecer? Em outras palavras: na democracia, a quem cabe a última palavra?

A resposta é simples e direta: na democracia, a última palavra cabe ao legislador. No conflito entre a possibilidade e a impossibilidade da indenização punitiva no direito brasileiro, deve prevalecer o entendimento do Poder Legislativo.

A legitimidade democrática está representada pelo ideal da lei como símbolo da vontade geral representada no Parlamento. O Poder Legislativo é o poder do povo. É ele quem diz o que é justo ou injusto.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile, IV: la responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1999.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ARGENTINA. *Ley de Defensa del Consumidor*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: s.n., 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1954.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Câmara Legislativa. Parecer n. 1 no Projeto de Lei 699/2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=950119&filename=Tramitacao-PL+699/2011. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei 6.960/2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=50233&filename=Tramitacao-PL+6960/2002. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos. *Anteprojeto do Código Civil*. 2. ed. rev. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1973.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024098/>. Acesso em: 16 fev. 2021.

CAPEZ, Fernando *Curso de direito penal: parte geral (arts. 1.º a 120)*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Tese de concurso. Recife: Jornal do Commercio, 1947.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1996.

CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. *IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 22 maio 2015.

COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Reparação do dano à imagem das pessoas jurídicas*. 2010. 238 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

DANTAS, San Tiago. *Problemas de direito positivo: estudo e pareceres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. II.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DONNINI, Rogério. Não existe no Brasil uma indústria das indenizações. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-28/rogerio-donnini-nao-existe-brasil-industria-indenizacoes>. Acesso em: 22 maio 2015.

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: DONNINI, Rogério; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito civil punitivo: do dano moral punitivo à causa geral de multa civil*. Curitiba: Juruá, 2019.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Coordenação Marina Baird Ferreira e Margarida dos Anjos. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANÇA. *Código Civil francês*. Disponível em: <http://www.senat.fr/rap/r19-663/r19-66311.html#:~:text=Art.,est%20arriv%C3%A9%20%C3%A0%20le%20r%C3%A9par>

er.&text=%2D%20Chacun%20est%20responsable%20du%20dommage,n%C3%A9g
ligence%20ou%20par%20son%20imprudence. Acesso em 22 jan. 2021.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ITÁLIA. *Código Civil italiano*. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ix/art2043.html>. Acesso em: 22 jan. 2021.

JOÃO, Mayana Barros Jorge. *Punitive damages* ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 115, ago. 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550. Acesso em: 10 jun. 2015.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 369-398.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de danos morais*. Campinas: Copola Livros, 1995.

LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de. *Indenização punitiva e ativismo judicial*. Curitiba: CRV, 2018.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARINANGELO, Rafael. Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina dos contratos. Indaiatuba: Foco, 2022.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve introdução ao direito*. São Paulo: RT, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral: problemática do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org.). *Código Civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n.º 10.406, de 2002*. [recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAIM, Eline Luque Teixeira. Luhmann: o direito como sistema autopoietico. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 24 nov. 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41735/luhmann-o-direito-como-sistema-autopoietico>. Acesso em: 24 nov. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 26 fev. 2021.

PORTUGAL. *Código Civil português*. Disponível em: <https://www.codigocivil.pt/>. Acesso em: 22 jan. 2021.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e os conflitos de ideologias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIOS, Arthur E. S. Responsabilidade civil – os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 4. ed. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Método, 2003.

SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo, 2011.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1968.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 1994.

TELLES JR., Goffredo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1973. t. II.

TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TELLES JR., Goffredo. *O povo e o poder*. São Paulo: Malheiros, 2003.

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.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil: artigos 1.º ao 6.º*. 2. ed. Belém: Unama, 2005.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. 5. ed. Porto Alegre, 2008.

Sites consultados

<https://www.conjur.com.br/2020-ago-04/ministro-longevo-republica-celso-inicia-ultimo-trimestre-stf>

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=196514&filename=Tramitacao-PL+6960/2002

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4698452&ts=1593941364563&disposition=inline>

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1602169&filename=PL+8704/2017

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1291928&filename=Tramitacao-PL+699/2011

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=992621&filename=PL+3880/2012

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1252266&filename=Tramitacao-PL+3880/2012

<https://www.camara.leg.br/deputados/74557/biografia>