

Juliana Mitsui Irie Soares Ferreira

Punição e Responsabilidade Civil Sem Culpa:

*Da (in)compatibilidade da indenização punitiva
com a responsabilidade civil objetiva*

Brasília
2012

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Juliana Mitsui Irie Soares Ferreira

Punição e Responsabilidade Civil Sem Culpa:

*Da (in)compatibilidade da indenização punitiva
com a responsabilidade civil objetiva*

Trabalho Monográfico de Conclusão de Curso
apresentado como requisito à obtenção
aprovação em Curso de Graduação em Direito
na Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília, elaborado sob a orientação do
Professor Hércules da Costa Benício.

Brasília
2012

Agradecimentos

À toda minha família, em especial à minha mãe, Lindanir, pelo constante incentivo, por jamais me deixar desistir, e à minha irmã, pelo apoio incondicional; aos meus amigos, pelo companheirismo, sem o que nada é possível. Aos Drs. Alexandre Vitorino, Diomar Bezerra, Gustavo Oliveira, Karla Araújo, Marcelo Proença, Paulo Roque e tantos outros que me mostraram na prática que a carreira jurídica é bela e gratificante, e cujos comentários, sugestões e debates em tanto contribuíram para a escolha e o desenvolvimento deste tema. Ao meu orientador, Prof. Hércules da Costa Benício, e aos demais Professores desta Instituição, em especial os Profs. Amaury Nunes, Ana Frazão, Olindo Menezes, cujo conhecimento e brilhantismo em muito me inspiraram no curso desta Graduação. A todos vocês, meus sinceros agradecimentos.

Sumário

Agradecimentos	iii
Resumo	vi
Abstract.....	vii
Introdução.....	8
1. A Responsabilidade Civil Objetiva	10
1.1. A Responsabilidade Civil: conceito e contornos originais.....	10
1.2. Origens Históricas da Responsabilidade Civil Objetiva: o gradual abandono da culpa na atribuição do dever de indenizar	13
1.3. A Teoria do Risco.....	17
1.4. Cabimento e Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva	25
1.4.1. O dano indenizável	25
1.4.2. O nexos causal.....	32
1.4.3. Imputação da Responsabilidade: responsabilidade direta (por fato próprio) ou indireta (por fato de outrem).....	35
1.5. A Cláusula Geral da Responsabilidade Objetiva: o artigo 927 do Código Civil de 2002	38
2. A Indenização Punitiva.....	40
2.1. Conceitos e Origens Históricas: o resgate da moral.....	43
2.1.1. Caráter Punitivo: delimitação da pena.....	44
2.1.2. Princípios Penais: aplicabilidade à indenização punitiva	49
2.1.3. Origem e Evolução da Indenização Punitiva.....	56
2.2. Aplicação da Indenização Punitiva: pressupostos de incidência.....	64
2.2.1. Dano Indenizável e Responsabilidade	64
2.2.2. Dolo ou Culpa Grave	65
2.2.3. Dano Moral.....	71
2.3. Valor do Desestímulo: a parcela punitiva da indenização e seu adequado arbitramento	74
2.3.1. Eficácia: considerações da <i>Law & Economics</i>	80
2.4. <i>Bis in Idem</i> : preocupações sobre múltiplas apenações	82

3. Indenização Punitiva <i>versus</i> Indenização Objetiva	88
3.1. O Âmbito Cognitivo: recuperação da culpa abandonada.....	91
3.2. Responsabilidade por Ato de Outrem: a sanção por culpa alheia e o princípio da pessoalidade da pena.....	94
3.2.1. Regresso: âmbito cognitivo e quantificação da indenização	98
3.3. Seguros de Responsabilidade Civil: inocuidade do acréscimo de parcela punitiva à indenização arbitrada	100
3.4. Responsabilidade Civil do Estado: impossibilidade de apenação da coisa pública e o prejuízo social da aplicação da indenização punitiva ao Estado	102
4. Aplicação da Função Punitiva e da Responsabilidade Civil Objetiva na Jurisprudência Pátria.....	105
4.1. O Critério Punitivo Infundado.....	110
4.2. Despreocupação com eventual <i>bis in idem</i> decorrente da aplicação do caráter penal em múltiplos julgados	112
4.3. Limitação da atuação do STJ às situações extremas (quantias ínfimas ou exorbitantes): fuga à análise dos critérios de fixação dos valores indenizatórios	114
4.4. Estudo de casos	116
Conclusão	131
Obras Citadas.....	138

Resumo

Estudo da incompatibilidade entre os institutos da indenização punitiva e da responsabilidade civil objetiva, a partir do exame de cada um dos institutos, consideradas suas origens, fundamentos e pressupostos de aplicação. A análise tem por base o confronto entre o instituto da responsabilidade civil objetiva – fruto de um movimento de desvinculação da responsabilidade civil da noção de culpa, a fim de conferir maior efetividade à reparação civil –, em oposição à indenização punitiva, cuja origem remete ao Direito Consuetudinário inglês e tem como alicerce a ideia de punição do culpado por ofensa a direito. Com esse substrato, faz-se uma avaliação crítica da aplicação dada pela jurisprudência pátria aos institutos e seu descompasso com a natureza dos institutos estudados e a incoerência da sua aplicação conjunta tendo em vista os pressupostos e objetivos conflitantes.

Responsabilidade civil; responsabilidade objetiva; indenização; indenização punitiva; dano moral; culpa; nexos causal.

Abstract

Study of the incompatibility between the institutes of punitive damages and strict liability through the examination of each of the institutes, their origins, foundations and application requirements. The analysis is based on the confrontation between the institute aims of strict liability – originated from a movement towards the liberations of civil liability from the notion of guilt in order to give greater effect to civil damages – opposed to punitive damages, which's origins report back to English Common Law and is founded on the idea of punishment for the offense of one's right perpetrated with severe guilt or intent. With this substrate, perform a critical assessment of the application given by Brazilian jurisprudence to those institutes and the disagreement between their conclusions and the nature of the studied institutes given the inconsistency of their joint application due to their conflicting assumptions and goals.

Liability; objective liability; damages; punitive damages; moral damage; guilt.

Introdução

Os institutos da indenização punitiva e da responsabilidade objetiva têm tido, ambos, crescente aplicação no direito brasileiro. Cada vez mais marcadamente esses conceitos se mostram presentes em julgados de todas as instâncias, aplicados às mais variadas hipóteses. Adotam vestes de onipresença nas sentenças, pela ampliação elástica das suas hipóteses de incidência pelos julgadores pátrios.

A tendência, apontam os doutrinadores, decorre da consagração, de um lado, da solidariedade social como objetivo fundamental da República, em especial no que se refere ao incremento da responsabilização objetiva¹; e, de outro, da elevação da dignidade da pessoa humana à condição de fundamento constitucional do Estado, o que levou à valorização da reparação dos danos morais², trazendo margem a interpretações favoráveis, por parte da doutrina e jurisprudência, à atribuição de um escopo punitivo à compensação por danos morais, como forma de intensificação da proteção à dignidade³.

No entanto, é possível identificar, em exame preliminar, que se tratam de institutos cujos pressupostos são diametralmente opostos, levando-nos a concluir pela existência de situação de evidente contradição. Ora, a responsabilidade civil objetiva implica a imposição do dever de indenizar ainda que o dano não tenha resultado de conduta culposa; a indenização punitiva, por sua vez, pressupõe a prática de conduta culposa ou dolosa especialmente reprovável por parte do ofensor, cujo desvalor clama reparação. Por um lado fecham-se os olhos para a conduta do ofensor e sua valoração moral; por outro, é exatamente a valoração moral dessa conduta que vai servir de baliza para a determinação da reposta jurídica à ofensa: a contradição parece inescapável.

Efetivamente, e conforme se verificará ao longo do presente trabalho, a indenização punitiva e a responsabilidade objetiva são frutos de tendências voltadas a

¹ A esse respeito, CRUZ (2005), GODOY (2009) e SCHREIBER (2007) apontam a opção política do constituinte democrático de 1988 em elevar o *status* de relevância primordial da solidariedade social, ao elencarem-na como princípio fundamental já no art. 3º da Constituição Federal de 1988, sob a rubrica de “objetivo fundamental da República”, acrescentando que a Responsabilidade Objetiva traria em si um aspecto de realização desse princípio ao proporcionar a distribuição do prejuízo do dano, conforme se explicitará ao longo deste trabalho.

² MORAES (2009) ressalta a relação íntima entre a proteção dos direitos morais e a dignidade humana, de modo que a garantia desse princípio passa, necessariamente, pela ampliação da defesa aos direitos da personalidade.

³ ANDRADE (2009), defendendo a constitucionalidade das indenizações punitivas e sua compatibilidade com o ordenamento pátrio, aduz que a simples elevação da dignidade humana ao patamar de “fundamento da República” exige a adoção de todos os meios possíveis e adequados à sua proteção, aí incluída a indenização punitiva, que teria, portanto, justificação constitucional. Argumenta ainda a aplicabilidade imediata do princípio, que dispensaria, portanto, a expressa previsão legal do instituto da indenização punitiva para a sua aplicação no Direito brasileiro.

direções opostas na evolução da concepção da responsabilidade civil, seu papel social e mecanismos de atuação. Enquanto, num sentido, a indenização punitiva surge de um anseio moralizador das condutas, diante da mercantilização das relações de direito pela disposição do ofensor a pagar o preço da ofensa, quando este corresponde tão-somente à extensão do dano sofrido⁴; a responsabilidade objetiva, por seu turno, tem raiz na tentativa, em sentido oposto, de desatrelar a obrigação de indenizar da valoração moral da conduta. Tratou esta última de conferir tecnicismo à aferição da imputabilidade do dever de indenizar, bem como atender ao clamor social pela proteção à vítima daquele dano cuja origem não se pudesse remeter a uma conduta específica acerca da qual se pudesse comprovar a culpa, ou ainda em face daqueles casos em que, mesmo sem que se pudesse atribuir o dano a uma conduta culposa (mas, ao contrário, a uma conduta legítima) protestava-se ainda assim por uma reparação em face da injustiça do dano sofrido, a fim de não deixar desamparado aquele que tivesse tido seu direito lesado⁵.

Nesse contexto, pode causar alguma perplexidade a expansão concomitante de ambos os institutos no contexto do Direito Civil brasileiro. O espanto tem especial relevo quando verificado, em numerosos julgados, tanto das Cortes ordinárias quanto das Cortes Superiores do país, a incidência simultânea de um e de outro, sem que se faça uma análise sistematizada da possibilidade da coexistência dos institutos.

Este trabalho se propõe exatamente à realização desta análise. Inicialmente, elaborar-se-á estudo das tendências históricas que deram origem à responsabilidade civil objetiva e à indenização punitiva, passando pelas hipóteses adequadas de incidência de uma e de outra na imputação do dever de indenizar. Com esse subsídio, proceder-se-á ao cotejo entre os institutos a fim de verificar as efetivas compatibilidades e as possibilidades de sua aplicação conjunta. Finalmente, proceder-se-á à análise crítica de alguns julgados proferidos pelas Cortes brasileiras ao aplicar ambos de modo quase indiscriminado, apontando as inconsistências, as falhas e os pontos que merecem especial atenção ou reparo a fim de garantir não apenas o rigor técnico na apreciação do Direito, mas a segurança jurídica essencial a um efetivo Estado de Direito, e delinear a formatação dos rumos adotados e dos caminhos a seguir no Direito brasileiro no que se refere à responsabilidade civil.

⁴ ANDRADE (2009) aduz que, quando a indenização fixada corresponde tão-somente à extensão do dano provocado, a ofensa ao direito fundamental à dignidade de outros pode ser lucrativa ao ofensor, encorajando a perpetuação da conduta danosa.

⁵ GODOY (2009), KHOURI (2010), LIMA (1973) e SCHREIBER (2007) referem aos danos “anônimos” massificados pela revolução industrial como motriz para o abandono da culpa como pressuposto à imposição do dever de reparação.

1. A Responsabilidade Civil Objetiva

Na esteira dos objetivos delineados, é necessário, antes de tudo, apresentar um estudo acerca das concepções e justificação da imposição da Responsabilidade Civil em sua modalidade objetiva a partir de um estudo do seu papel e origem histórica.

A fim de compreender a adoção de um novel critério de imputação do dever de reparação, não mais a partir da tradicional verificação da culpa na conduta do autor do dano, mas, independentemente dela, a partir da simples existência de nexos causal entre uma e outra (ou mesmo na sua ausência, como propõem algumas teorias), torna-se necessário examinar, de partida, o instituto da responsabilidade civil, sua conformação e a justificação do seu traçado inicial fundamentado na noção de culpa, para então compreendermos seu atual abandono.

1.1. A Responsabilidade Civil: conceito e contornos originais

Parece pertinente observar qual o papel ou a justificação da Responsabilidade Civil como instituto jurídico, a fim de apresentar sua forma já no início da era cristã, quando firmemente atrelada à culpa, para então explicar a evolução do seu desenho até o atual, culminando na adoção da ideia de responsabilidade objetiva como meio de imputação do dever de indenizar.

Como bem explicita GODOY, o papel da responsabilidade civil reside na definição de quem deve suportar o custo dos danos sofridos por alguém. O que se retira da exposição do autor é que o objetivo primordial da responsabilidade civil não está em apontar culpados ou em censurar condutas, mas em elaborar um critério para a distribuição dos prejuízos decorrentes de dano. Assim, resume:

(...) A questão se põe na fixação das condições da relevância jurídica de um dano e das modalidades de imposição da respectiva obrigação de ressarcimento, e sem que o responsável seja necessariamente o autor, uma vez que o objetivo não é, em si e por si, a descoberta da autoria do evento lesivo⁶.

Semelhante é a conclusão de KHOURI, que ressalta que a imposição do dever de indenizar constitui exatamente um mecanismo de distribuição de riscos (entendidos como o

⁶ (GODOY 2009, 6).

prejuízo do dano), seja por meio da imputação do dever de indenizar com base em critérios subjetivos de atribuição de responsabilidade, seja por meio da responsabilização objetiva do agente.

[...] a preocupação com o ressarcimento do dano compõe, na verdade, um intrincado sistema de distribuição de riscos, cujo critério acionador será a necessidade de sancionar quem injustificadamente causou danos à vítima ou se tal fato decorre pura e simplesmente da consolidação do instituto da responsabilidade objetiva⁷.

É, também o que assevera SILVA, ao consignar que a responsabilidade civil é "a mais adequada distribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna"⁸. E, do mesmo modo, assevera MORAES, salientando seu papel de distribuição de prejuízos e, mais adiante, de realização da solidariedade social:

A esse respeito, foi argutamente salientado, contrariando o senso comum, que o problema da responsabilidade civil não traduz outra exigência senão aquela de determinar - segundo critérios temporais de conveniência - as condições em relação às quais um dano deve ser suportado por um sujeito ou por outro, isto é, pelo agente causador ou pela própria vítima⁹.

Desse modo, a responsabilidade civil tornou-se a instância ideal para que, através do incremento das hipóteses de dano indenizável, não somente seja distribuída justiça, mas também seja posto em prática o comando constitucional da solidariedade social. A estrutura do instituto, relativamente simples e flexível, apesar de suas dicotômicas controvérsias, converteu-o num amálgama formado por diversas e variadas funções, que lhe foram sendo atribuídas jurisprudencialmente e que hoje carecem de sistematização, ainda a ser levada a cabo pela doutrina¹⁰.

A responsabilidade civil substituiu, assim, os meios primitivos de busca de reestruturação do equilíbrio social por meio da responsabilidade coletiva (da tribo ou clã) ou vingança familiar por um critério econômico, bem ao gosto do pensamento liberal, no bojo do qual a responsabilidade civil se consolidou como resposta jurídica padrão à conduta danosa¹¹. A distribuição dos riscos e a elaboração de critérios para tanto normalmente se dá com vistas a realizar algum senso de justiça, a partir da tentativa de restauração de uma situação modificada pelo dano, restituindo o equilíbrio¹².

O critério visto, primitivamente, como o mais justo à distribuição dos riscos foi a imputação do dever de indenizar com base na culpa, de modo a atribuir a carga do dano

⁷ (KHOURI 2010, 144).

⁸ (SILVA, 1999, *apud* KHOURI, 2010, p. 148).

⁹ (MORAES 2009, 20).

¹⁰ (MORAES 2009, 23-25).

¹¹ (SCHREIBER 2007, 12-13).

¹² A esse respeito, KHOURI (2010): "Pode-se dizer que o sistema de distribuição de riscos da responsabilidade civil, implicitamente traz consigo o seguinte princípio: o dano decorrente à vítima pela quebra de dever de outrem será sempre um dano *injustificado* e por isso vai merecer sempre a reparação; ao passo que um *dano injustificado*, isto é, dano decorrente à vítima, que se justifica pela sua própria conduta (culpa exclusiva) ou que decorra de fatos alheios a interferência ou quebra de dever por qualquer terceiro, como o caso fortuito e a força maior, serão sempre suportados por ela própria (a vítima). Daí, então, que esse sistema de distribuição de risco tende sempre a deixar com a própria vítima os riscos de dano justificado; ao passo que os riscos de dano injustificado deverão sempre ser suportados por terceiro" (pp.151-152).

àquele que o causasse por meio de conduta reprovável. Com isso, atribuía-se à responsabilidade civil uma justificação ética em função na sua fundamentação na culpa, de evidente conotação moral.

A própria fórmula tríplice da negligência, imprudência e imperícia, incorporada a tantas codificações e apresentada freqüentemente como substitutivo à definição de culpa, revela, claramente, o caráter moral e psicológico de que se costuma revestir o conceito. Não falta mesmo quem veja na culpa uma noção exclusivamente moral, de aferição nada científica. (...).

(...).

Se a concepção psicológica da culpa assegura uma justificativa filosófica à reparação do prejuízo provocado pelo ato ilícito, impôs, por outro lado, forte ênfase sobre a verificação de um comportamento reprovável por parte do autor do dano. Resultado disso foi não apenas a consagrada idéia de "*pas de responsabilité sans faute*", mas, muito além, a atribuição à culpa de uma certa preponderância na etiologia do ato ilícito. A associação da conotação psicológica da culpa conduziu, gradativamente, à modelagem jurisprudencial e doutrinária de um obstáculo verdadeiramente sólido para a reparação dos danos¹³.

Para além da satisfação de um critério de justiça, como ressalta SCHREIBER, a culpa constituiu também um importante filtro à reparação, determinando que somente na sua presença assistisse ao lesado o direito de obter do agente a reparação do dano sofrido, contingenciando a litigância. Acrescenta o autor que a adoção da culpa como filtro à reparação atendia bem aos interesses liberais, que floresciam quando da consolidação do instituto, na medida em que importava a imposição do dever de indenizar somente quando um exercício visto como inadequado da liberdade influísse negativamente na esfera de liberdade (e patrimônio) de outrem, quebrando o equilíbrio e justificando, assim, a postulação da reparação:

(...). Na consagrada lição da doutrina francesa, a pedra de toque da responsabilidade civil consiste no "uso culpável da liberdade, que moralmente demanda uma sanção." Como se vê, a culpa invocada pelos juristas da Modernidade possuía forte conotação moral. (...) ¹⁴.

A necessidade de demonstração do revestimento do aspecto psicológico-moral da conduta impunha um obstáculo sólido à pretensão indenizatória, na medida em que demanda a incursão ao estado anímico do autor do dano a fim de verificar a imputabilidade do dever de indenizar, cumprindo adequadamente o papel de filtro eficiente à reparação.

Outro aspecto importante do apego à culpa como pressuposto à responsabilidade civil, dado o seu aspecto eminentemente ético-moral e associado à realização de uma ilicitude é que ele revela que à responsabilidade civil, na sua acepção moderna, atribuía-se o papel de

¹³ (SCHREIBER 2007, 15-16).

¹⁴ (SCHREIBER 2007, 13).

sanção das condutas, servindo como resposta jurídica adequada a uma conduta recalcitrante e meio eficiente de controle de condutas. É a adoção contemporânea dessa visão que fundamenta as sugestões de adoção da indenização punitiva como incremento ao papel sancionatório da responsabilidade.

No entanto, conforme se verá a seguir, a mudança do paradigma social fez com que o obstáculo imposto pela culpa para o acesso à reparação se tornasse, em alguns casos, excessivo e inconveniente, impossibilitando, muitas vezes, que vítimas de danos considerados injustos pudessem obter a reparação do prejuízo sofrido e dificultando, assim, a realização do escopo da responsabilidade civil como meio de distribuição socialmente justa dos riscos.

Passamos, assim, à análise do desenvolvimento da noção de atribuição de responsabilidade independente de culpa.

1.2. Origens Históricas da Responsabilidade Civil Objetiva: o gradual abandono da culpa na atribuição do dever de indenizar

Com o advento na modernidade, especialmente, da industrialização e da consequente massificação das relações sociais, tornaram-se cada vez mais comuns danos oriundos de relações massificadas, como aqueles provocados por atividades industriais. Nesses casos, a verificação e especificação de um culpado individualizado do dano, e, mais ainda, a determinação da conduta particularmente danosa e da existência de culpa nessa conduta se tornaram tarefas excessivamente trabalhosas, ou mesmo impossíveis¹⁵. Por esse mesmo motivo, a prova da culpa passou a receber o apelido de prova diabólica:

De início, a dificuldade de demonstração da culpa atendia, em boa medida, ao interesse liberal que rejeitava a limitação da autonomia privada, salvo nas hipóteses de uso flagrantemente inaceitável da liberdade individual. Entretanto, com o desenvolvimento do capitalismo industrial e a proliferação de acidentes ligados às novas tecnologias, tal dificuldade intensificou-se ao extremo, atraindo a intolerância social e a rejeição do próprio Poder Judiciário. A exigência de que a vítima demonstrasse a culpa em acidentes desta natureza - basta pensar em acidentes de transporte ferroviário ou em acidentes de trabalho ocorridos no interior das fábricas - tornava-se verdadeiramente odiosa diante de seu desconhecimento sobre o maquinismo empregado, da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente e de outros tantos fatores que acabaram por assegurar à prova da culpa a alcunha de *probatio diabolica*.¹⁶

¹⁵ GODOY (2009), LIMA (1973) e SCHREIBER (2007) ressaltam a dificuldade de investigação da culpa quando, dentro de sistema produtivo complexo, se torna quase impossível detectar a qual conduta faltosa se pode atribuir a existência de um defeito qualquer ocasionador do dano, por exemplo. No mesmo sentido, SILVA (1999, *apud* KHOURI, 2010) ressalta que “[...] ao focar o produto em si e não a conduta do produtor, a responsabilidade objetiva deste elimina a *probatio diabolica* da sua culpa” (p. 146).

¹⁶ (SCHREIBER 2007, 17).

A dificuldade da comprovação da culpa, ou sequer da sua aferição, residia também no problema atinente ao seu caráter moral intrínseco, subjetivo e, por isso mesmo, eminentemente despido de qualquer tecnicidade, não havendo balizas científicas que pudessem ser utilizadas para a sua delimitação, o que levou ao seu questionamento também sob o ponto de vista filosófico, diante da expansão do pensamento positivista, de exaltação da cientificidade e tecnicidade.

Por isso mesmo, a prova da culpa, em vez de um filtro conveniente, tornou-se um obstáculo indesejado à obtenção da reparação e da realização da distribuição dos danos, o que propiciou um gradual abandono da culpa como pressuposto à indenização, nos casos em que a sua verificação se tornasse um obstáculo intransponível à reparação da vítima.

A partir de todas essas mudanças que se pode afirmar são sociais e jurídicas, desenha-se um novo quadro para a responsabilidade civil, de declínio dos pressupostos da culpa, da identificação de uma pessoa especificamente individualizada a quem incumba, afinal, uma obrigação que seja de recomposição de um patrimônio diminuído, desfalcado¹⁷.

Nesse contexto, houve premente necessidade de elaboração de uma responsabilidade civil mais focada em garantir a reparação à vítima que sofria um dano considerado injusto, independentemente da valoração moral da conduta que o originasse¹⁸.

Dentro do critério do exame do comportamento voluntário de uma pessoa, máxime no burburinho da vida moderna, perquirindo a existência ou não da culpa, não era possível assegurar-se à vítima a justa reparação dos prejuízos sofridos. Ora, o problema da responsabilidade civil parece evoluir no sentido de examinar, preferencialmente, a posição da vítima, assegurando-lhe, o mais possível, a reparação dos prejuízos sofridos.

Se no domínio das atividades pessoais, o critério predominante de fixação da responsabilidade reside na culpa, elemento interno que se aprecia "em função da liberdade, da consciência e, às vezes, do mérito do autor do dano", no caso de responsabilidade indireta, de responsabilidade pelo fato de outrem, predomina o elemento social, o critério objetivo¹⁹.

Antes, no entanto, que se abandonasse a culpa como pressuposto à imposição do dever de indenizar, em função das dificuldades da sua determinação relacionadas ao caráter subjetivo da eticidade a que atrelada, além da sua definição como estado anímico intangível

¹⁷ (GODOY 2009, 16).

¹⁸ No mesmo sentido, MORAES (2009): "Neste quadro, importa ressaltar que a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas a suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e percalços" (p. 12). E segue, concluindo, "Como consequência desse processo, iniciou-se o principal giro conceitual ocorrido no fundamento filosófico da responsabilidade civil ao longo do século XX: a passagem 'do ato ilícito para o dano injusto'; com outras palavras, a reparação do dano *sofrido*, em qualquer caso, alcançou um papel muito mais relevante do que a sanção pelo dano *causado*. "Com efeito, na busca da reparação mais ampla possível, primeiro desvalorizou-se o ato (ilícito) de conduta em relação à teoria do risco e, do risco, já de passagem à idéia de injustiça do dano, buscando oferecer sempre maior proteção à dignidade humana mas, em consequência, tendo como resultante um manifesto processo de 'desculpabilização" (pp. 13-14).

¹⁹ (LIMA 1973, 26-27).

do agente (que propiciavam, muitas vezes, boa dose de arbitrariedade do julgador no reconhecimento da sua existência ou não), iniciaram-se movimentos em busca de balizas para a sua aferição técnica. Com isso, surgiu a noção da culpa objetiva, relacionada com os conceitos de boa-fé objetiva, cunhados a partir das condutas normalmente esperadas, pautadas por comportamentos leais que formariam o padrão de comportamento socialmente desejável.

Sob tal designação, a culpa passou a ser entendida como "o erro de conduta", apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma *objetiva* comparação com um modelo geral de comportamento. A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune aos aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão *culpa objetiva*, sem confundi-la com a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa. Para evitar confusões, contudo, parte da doutrina passou (fl. 33) a reservar a tal concepção a denominação de *culpa normativa*, por fundar-se em juízo normativo entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento. Seja qual for a terminologia empregada, a idéia da culpa como desnível de conduta, aferido em abstrato, afigura-se, hoje, como mais amplamente aceita na maior parte dos ordenamentos jurídicos²⁰.

A medida certamente contribuiu fortemente para a facilitação da comprovação da culpa. E, para além desse papel, desempenhou também a tarefa de desatrelar a noção de culpa da valoração moral de reprovabilidade, focando na sua mera incompatibilidade com a diligência média esperada das condutas²¹.

A noção de culpa objetiva a partir da adoção de modelos de conduta não deixou, é claro, de ser objeto de críticas, sua análise, no entanto, foge ao escopo do presente trabalho²².

Outra medida com o fim de facilitar a comprovação da culpa, já demonstrando uma tendência à objetivação, foi a criação e ampliação de hipóteses de presunção de culpa, em que cabia ao autor do dano a comprovação da sua inexistência a fim de afastar sua responsabilidade, na medida em que o fato danoso em si trazia indícios da violação do padrão

²⁰ (SCHREIBER 2007, 33-34).

²¹ Nesse sentido, continua SCHREIBER, complementando o raciocínio supra explanado: "Se, por um lado, a concepção objetiva (ou normativa) da culpa atenua, intensamente, as dificuldades inerentes à sua demonstração, por outro - e, a rigor, exatamente por esta razão - implica um flagrante divórcio entre a culpa e sua tradição moral. O agente não é mais tido em culpa por ter agido de forma reprovável no sentido moral, mas simplesmente por ter deixado de empregar a diligência social média, ainda que sua capacidade se encontre aquém desse patamar. Em outras palavras, o indivíduo pode ser considerado culpado ainda que "tenha feito o seu melhor para evitar o dano" (pp. 35-36).

²² "A identificação do modelo de conduta com a consciência judicial suscita um grave problema de legitimidade teórica. Embora sua maior vantagem prática seja, de fato, a facilitação da prova da culpa, o método abstrato sempre teve como justificativa uma certa secularização da culpa, no sentido de torná-la uma noção mais científica, vinculada a um modelo de conduta que todos poderiam conhecer e observar, ao invés de deixar a avaliação aos sabores da análise concreta. Entretanto, o parâmetro de comportamento prudente do juiz, em sua individualidade, afigura-se tão inacessível e tão pessoal quanto o parâmetro do próprio responsável.

"[...]".

"É certo que o método de aferição *in abstracto* exige que se avalie o comportamento do responsável diante do comportamento que seria adotado pelo *bonus pater familias* ou pelo *reasonable man* exatamente nas mesmas circunstâncias. Todavia, a aplicação do modelo, construído sobre a formação socioeconômica do magistrado, a certos cenários fáticos, mostra-se artificial ou ineficaz, porque desacompanhada dos fatores antropológicos que contextualizam a inserção do réu na situação que culmina com o evento danoso" (SCHREIBER 2007, 38-39).

de conduta minimamente diligente ou da violação de um dever de cuidado, como nos casos de dano causado por animal sob guarda etc²³.

Tais sistemas, em que pese terem facilitado a prova da culpa, ainda assim não permitiam a responsabilização naqueles casos em que a conduta danosa (ou o erro de conduta) não pudesse ser isoladamente identificada a fim de ser comparada ao padrão de conduta estabelecido, ou não se pudesse atribuir o dano a um fato que trouxesse em si os indícios de culpa nem se pudesse associá-lo à violação de determinado dever de cuidado ou vigilância.

A dificuldade culminou finalmente num movimento de abandono da culpa como filtro de reparação, eliminando totalmente o elemento subjetivo. Tal mudança impôs, de alguma forma, questionamento à concepção antes unânime no sentido de que a responsabilidade civil teria por sua natureza um aspecto sancionador, ressaltando-se agora a existência de uma finalidade garantidora, de um objetivo direcionado à proteção da vítima dos danos que lhes são impostos. Isso seria resultado, assevera CRUZ, da necessidade de realização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, que impõem à responsabilidade civil o escopo aqui já salientado, de distribuição social de prejuízos pela realização do papel de determinação dos danos passíveis de reparação e daquele que deve arcar com os prejuízos deles decorrentes.

A nova realidade social - fundada depois do advento da Constituição Federal de 1998, que tem como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a solidariedade social (art. 3º, I) - impõe que hoje a responsabilidade civil tenha por objetivo não mais castigar comportamento negligentes, senão proteger a vítima do dano injusto.

Em busca da reparação mais ampla possível assistiu-se a um manifesto processo de “desculpabilização”, com o incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva. E, graças à idéia de risco, “a política da responsabilidade desvinculou a relação de simbiose que havia entre a sanção da conduta e a proteção da vítima”. A responsabilidade civil passa a mirar “a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a graduação do quantum reparador, e não a culpa do autor²⁴”.

²³ A esse respeito, SCHREIBER (2007) sustenta que muitos atos danosos são “assinados”, contendo em si a prova da culpa, o que torna dispensável o trabalho da vítima em prová-lo e justifica a presunção, que, a princípio, era uma presunção *juris tantum*, contra a qual, no entanto, os julgadores gradativamente passaram a recusar a produção de prova. A presunção *juris et de jure*, no entanto, implica uma *ficção de culpa* que corresponde, em verdade, a uma responsabilização objetiva, pois, se é indiferente a comprovação da ausência da culpa, o resultado é, afinal, a imposição da responsabilidade independente de culpa, de modo que a sua designação como “presunção de culpa” correspondia a mero apego à noção da responsabilidade baseada na culpa e à resistência à sua imposição independentemente dela, em especial diante da inquietação proporcionada pela ausência da proposição, até então, de um substituto adequado. Também acerca da presunção de culpa, GODOY (2009) assevera: “[...] Assim, por exemplo, a evolução dos julgados no tocante à responsabilidade do dono do animal, segundo o art. 1.527, em seus incisos, apenas elidível se demonstrada culpa da vítima ou ocorrência de fortuito. Todo o problema, porém, estava no inciso I, que facultava ao dono isentar-se da obrigação de indenizar se comprovasse ter vigiado o animal com cuidado precioso. Pois passou-se a entender, em interpretação evolutiva, assim a partir de uma presunção de culpa encaminhando-se para o campo do risco, que se o animal houvesse provocado qualquer dano, sem que por culpa da vítima ou fortuito, então forçosamente seria porque o dono não o guardava ou vigiava com o cuidado precioso” (p. 11).

²⁴ (CRUZ 2005, 16-17).

Nessa toada, a reparação civil desvinculou-se gradualmente da moral, de forma que sua verificação não mais estava atrelada a uma conduta faltosa que pudesse ser atribuída ao autor do dano, que, agindo com culpa, merecesse ser sancionado.

Os juristas e operadores do Direito realizaram, então, amplo trabalho a fim de definir qual seria o critério de imputação objetiva que viria a ocupar o lugar da culpa como determinante da imputação do dever de indenizar²⁵. Das soluções propostas, a que recebeu maior disseminação foi a definição do risco como pressuposto da imputação objetiva, a partir da fórmula segundo a qual aquele que, desempenhando atividade potencialmente danosa, amplia os riscos de dano a que outros estão sujeitos deve ser responsável pela reparação dos prejuízos oriundos do incremento do risco decorrente de sua atividade.

A despeito do peso assoberbado que se dá à teoria do risco na responsabilidade objetiva, é importante salientar que nem toda hipótese de responsabilização objetiva se baseia necessariamente no risco²⁶ (como é o caso, por exemplo, da responsabilização objetiva dos moradores pela queda de objetos ou da responsabilidade de tutores e curadores por tutelados e curatelados, em que certamente não há que se falar em resposta ao incremento dos riscos), nem que o risco seja exclusividade das atividades a que se relaciona a responsabilidade civil objetiva²⁷.

1.3. A Teoria do Risco

No contexto do desenvolvimento histórico da Responsabilidade Objetiva, especialmente no que concerne à busca por um substituto adequado à culpa na imputação de responsabilidade é que, como explana SCHREIBER, surgiu a Teoria do Risco, proposta por SALEILLES e desenvolvida por JOSSERAND com base na jurisprudência francesa:

A investigação de critérios objetivos de imputação de responsabilidade que pudessem substituir ou atenuar o papel central da culpa teve como marco inicial a obra de Raymond Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai*

²⁵ “Daf a necessidade de conceber um sistema de responsabilidade civil em que o nexo de imputação da obrigação de indenizar se deslocasse do conceito e demonstração da culpa. Esse espaço aberto, como adiante se examinará, para que o risco passasse a assumir, mesmo que não de forma exclusiva, o papel de critério de atribuição da responsabilidade, não raro, ademais, coletivizada, socializada, porque, justamente, diluído aquele risco pela ocorrência lesiva à vítima.” (GODOY 2009, 14).

²⁶ “Com efeito, o discurso do risco como fundamento exclusivo da responsabilidade objetiva parece, hoje, questionável. Demonstra-o o próprio dado normativo. Se é certo que o legislador atribui à criação do risco um papel relevante no mecanismo da responsabilidade objetiva - como se vê da cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco excessivo ou anormal -, não se pode dizer que consista em sua única fonte. Hipóteses legais há em que a criação de um risco pelo sujeito responsável mostra-se de difícil ou artificial identificação” (SCHREIBER 2007, 28).

²⁷ “É certo que ao afastar a culpa ampliou-se a possibilidade de cobertura dos danos, mas tal não implica dizer que na versão subjetiva a responsabilidade civil, o dano não é tratado como risco. Até porque, não foi a atividade industrial que inventou o risco do dano, ele sempre esteve presente em todo cotidiano, em menor e maior grau. O que a atividade industrial moderna fez foi ampliar o risco do dano na sociedade: ‘a frequência com que os tribunais não chamados a decidir pleitos que caem no âmbito dos product liability é, sem exageros, índice de industrialização de um país’” (KHOURI 2010, 147).

d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle. Propunha o autor que, o princípio de imputabilidade viesse substituído por um princípio de simples causalidade²⁸, a prescindir da avaliação do comportamento do sujeito causador do dano. Orientação semelhante foi seguida por Louis Josserand, que defendia a idéia do risco como critério de responsabilização valendo-se de julgados franceses que já vinham aplicando a responsabilidade por guarda da coisa de forma bastante objetiva²⁹.

Várias foram as proposições acerca de quais seriam os riscos e as circunstâncias de sua criação que implicariam àquele que desempenhasse atividade geradora de riscos o dever de indenizar. A partir daí desenvolveram-se as principais teorias que visam explicar quando a geração de um risco é apta da produzir o dever de indenizar, a saber: i) teoria do risco criado (integral); ii) teoria do risco proveito; iii) teoria do risco mitigado; e (iv) teoria do risco perigoso.

GODOY, ao investigar as implicações da adoção, no Código Civil brasileiro de 2002, de uma cláusula geral de responsabilidade civil sem culpa, por meio da redação do parágrafo único do art. 927, que estabelece que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, atrelando-a ao desempenho de atividade perigosa, analisa as teorias existentes a fim de identificar aquela que mais se harmoniza à intenção do legislador no estabelecimento do dever objetivo de indenizar.

Assim, com relação à responsabilização com base na **teoria do risco criado (integral)**, tece as seguintes considerações, que bem a esclarecem:

Seria então admitir que quem organiza uma atividade e desencadeia uma estrutura, provocando com isso danos a outrem, deve responder pelo risco em si que há nessa escolha, na prática dessa sucessão de atos coordenados à obtenção de um resultado, de um objetivo. É a adstrição da responsabilidade sem culpa prevista na cláusula genérica a um conteúdo que de procura ligar tão-somente ao desempenho de uma atividade organizada, dirigida e controlada pelo responsável, sem nenhum dado qualificativo do nexo de imputação, o que significa, dessarte, considerar integral o risco que se lhe imputa. Ou seja, uma hipótese de causalidade pura, conforme se analisou neste item, ao menos não vinculada à responsabilidade a mais que o desempenho de uma atividade.

[...]. É dizer, a atribuição da respectiva responsabilidade repousaria tão-somente na consideração de que quem organiza e dirige uma atividade deve arcar com o ônus

²⁸ Cumpre nesse ponto observar que SALEILLES é partidário da Teoria do Risco Proveito ou Risco Profissional, segundo a qual a imputação da responsabilidade decorreria do incremento do risco por aquele que tira proveito do desempenho de uma atividade, que responderia ainda que não se possa falar em nexo causal naturalístico entre a conduta deste e o dano sofrido pela vítima (como no exemplo do cliente bancário assassinado à frente da entrada da agência em um latrocínio – não há nexo causal entre a conduta do banco e o dano associado à sua atividade – mas pode nesse caso haver o dever de indenizar, segundo essa teoria). Pode ser feito um paralelo com as teorias de equivalência dos antecedentes causais, segundo o qual todo o fato sem o qual o evento não ocorreria nas circunstâncias e da forma em que ocorrido contribuiu para sua eclosão e deve ser considerado causa para o fato: não ocorria o assalto ao cliente se não estivesse saindo do banco.

²⁹ (SCHREIBER 2007, 18-19)

decorrente, quando mais não fosse pela maior condição de controle do risco imposto a terceiros, e ademais como imperativo do princípio da socialidade³⁰.

Ao investigando os fundamentos da adoção da teoria do risco criado para a imposição da responsabilidade, identifica no pensamento de TRIMARCHI também um germen da noção de imposição com base na **teoria do risco proveito**, com base no qual aquele que obtém vantagem por meio do desempenho de atividade geradora de riscos tem o dever de indenizar com base na noção de que a vantagem deve ser contrabalanceada pelos custos (sociais) da atividade desenvolvida. Assim, expõe:

Segundo Pietro Trimarchi, dentro dessa perspectiva, a responsabilidade objetiva deve ser atribuída a quem controla as condições gerais do risco e está em situação de inseri-lo no custo, inseri-lo harmonicamente no jogo de ganhos e perdas, de proveitos e prejuízos, inclusive com a possibilidade de utilização do instrumento do seguro, a possibilidade de diante dessa contingência se assegurar³¹.

Segundo a **teoria do risco mitigado**, no entanto, a responsabilidade exigiria ainda uma qualificadora, consistente na existência de um defeito (de segurança), na prestação do serviço. Assim, a responsabilidade recai diante da não adoção das possíveis medidas capazes de impedir o dano, mitigando o risco, no que teria se omitido o agente. A ideia busca responder a inquietação gerada pela severidade da imposição da responsabilidade mesmo quando evitar o dano seria impossível, pois adotadas de todas as medidas possíveis para a redução da probabilidade do sinistro.

É esse o meio de imputação adotado pela regra objetiva do Código de Defesa do consumidor, que pressupõe a existência do defeito do produto ou serviço para a imputação da responsabilidade. O defeito, é importante salientar, não precisa corresponder a uma falha estrutural, e pode se configurar por um simples descompasso entre a atividade desenvolvida e a qualidade e segurança que dela legitimamente se espera. GODOY apresenta a justificação apresentada dos partidários da teoria sobre sua adequação à aplicação da cláusula geral da responsabilidade objetiva:

Pois nessa esteira é que não falta quem defenda que o parágrafo único do art. 927 contempla hipótese que é de responsabilidade sem culpa pela falta de segurança razoavelmente esperada da atividade desempenhada. Ou seja, não é o desempenho de uma atividade, mas também que não ofereça a segurança que dela legitimamente se poderia esperar.

Defende-se que assim se evita a contradição que haveria no reconhecimento de um risco mitigado em legislação, que é de proteção de alguém vulnerável; de outro lado,

³⁰ (GODOY 2009, 69).

³¹ (GODOY 2009, 71).

empresta-se à regra do parágrafo único do art. 927, incidente sobre relações paritárias, elástico mais amplo, porquanto contemplativo de um risco integral³².

Acrescenta ainda a justificação no sentido de que as atividades geram apenas uma potencialidade danosa, que em si não viola direito algum, e somente poderia gerar responsabilidade caso frustrado o dever jurídico de segurança, até porque, para se falar em risco, seu pressuposto necessário seria a segurança. Sem ameaça à segurança, não há que se falar em risco.

Segundo a análise de KHOURI, a adoção da teoria do risco mitigado importa, em verdade, na manutenção da culpa como elemento de imputação, configurada na violação de um dever jurídico. Assim, a imposição da responsabilidade àqueles que desempenham atividades de risco decorreria apenas e tão somente da ampliação dos deveres jurídicos a esses impostos. Deste modo, o desenvolvimento da atividade (fornecimento de produto, por exemplo) com qualidade ou segurança inferior à legitimamente esperada seria uma quebra do dever jurídico de qualidade imposto pelo legislador:

Ainda que a doutrina tenha prestado pouca atenção a esse fenômeno, justificando genericamente esse avanço na substituição da culpa pelo risco, o fato é que o legislador aumentou esses espaços, impondo deveres a determinados entes, seja o fornecedor, seja o empresário, etc. Ao criar esses deveres, evidente que ele (o legislador) acaba por modificar o regime de distribuição de risco. Pode-se dizer que a cada dever criado legalmente operou-se e opera-se uma redistribuição de risco em desfavor daquele a quem é dirigido o cumprimento do dever. Gizelda Hironaka fala numa “simultaneidade entre culpa e dever.” Aqui, tem-se o verdadeiro dano indenizável: indenizável porque a vítima o sofreu de forma injustificada e o ordenamento distribui integralmente esse ônus a um terceiro, por conta de sancionar a quebra de um dever jurídico. Tal constitui a própria antijuricidade da conduta, que Anderson Schreiber, em sua tese de doutorado, recorre para sustentar a existência “de uma progressiva perda de nitidez da distinção entre responsabilidade subjetiva” ...e conclui que tal “vincula-se à gradual reunificação entre a antijuricidade e o dano”³³.

Finalmente, dentre as teorias do risco, há a **teoria do risco perigoso**, que sugere que não seria qualquer risco apto a produzir o dever de indenizar independentemente de culpa, mas apenas aquele risco que se traduzisse como imposição de perigo, de modo que aquele que expõe os demais a perigo grave deve suportar os danos que daí decorram. Nesse caso, como afirma GODOY, a cláusula geral de responsabilidade objetiva contida no Código Civil apresentaria o risco como sinônimo de perigo.

O sentido da interpretação decorre do fato de que, não há como negar, o desempenho de qualquer atividade, ou mesmo a realização de meros atos, por quaisquer

³² (GODOY 2009, 74).

³³ (KHOURI 2010, 149-150).

agentes, implica sempre e necessariamente o risco de algum tipo de dano, o que não quer dizer que a responsabilidade será sempre objetiva (ao contrário, a regra civil continua prevendo a imposição de responsabilidade com base na culpa), de modo que o risco que justificaria a imputação objetiva seria aquele que impõe perigo aos demais, traduzido em probabilidade ampliada de ocasionar danos.

É possível concluir, das considerações tecidas, que as teorias que impõem a responsabilidade objetiva com base no risco acabam por dividir-se em duas vertentes. A primeira (a que se alinham as teorias do risco criado, risco proveito e risco perigoso) tem como base da sua aplicação o mero desempenho de atividade potencialmente danosa – ainda que possa nela incidir alguma qualificadora, como o caráter extraordinário (perigoso) do risco criado ou a sua realização em busca da obtenção de um proveito, o certo é que nessas teorias o risco basta à imputação – donde se pode retirar que a responsabilidade pode decorrer de qualquer atividade, ainda que legítima e perfeitamente executada.

A segunda vertente (a que se alinha a teoria do risco mitigado) tem como base da sua aplicação não somente o desempenho da atividade que implique riscos, mas também pressupõe a existência de um defeito, ou, na lição de KHOURI, acima exposta, da quebra de um dever jurídico, e pressupõe, portanto, uma ilicitude, tendo um viés assemelhado à imposição do dever de indenizar com base na culpa, que, no entanto, se faz não pela aferição de um aspecto moral da conduta, mas da sua conformação com os deveres legais. Essa postura está atrelada à visão da responsabilidade civil como meio de sanção a condutas, como revelam as seguintes considerações do autor:

O risco deixa de ser limitado e passa a ser integral quando, mesmo sem nexo causal, alguém, que não a vítima, é chamado a suportar o dano, ou, ainda, mesmo quando não haja qualquer quebra de dever, um ente determinado é chamado a reparar o dano. A conduta de quem deve indenizar pode não ter nada de ilícito, pelo contrário, pode, inclusive, ser totalmente lícita, ou seja, sem qualquer quebra de dever. Essas hipóteses de indenização, com base no risco integral, existem no ordenamento, mas não parece que devam pertencer ao domínio do instituto da responsabilidade civil.

Elas se justificam para o ordenamento não como necessidade de desestimular ou prevenir quaisquer condutas ou fatos, mas com o único propósito de não deixar com a vítima os riscos desses danos que, conforme visto anteriormente, em princípio, devem ser por ela suportados. São situações bem pontuais, específicas, onde a coletividade em geral está exposta a um grande risco de dano a sua saúde ou segurança.

Como defendido aqui, este instituto tem inegável natureza sancionatória/punitiva. Como dizer que alguém tem de indenizar a outrem, se não deu causa ao dano por ele sofrido, seja porque o dano é decorrente de fato de terceiro, de culpa exclusiva da vítima; seja porque decorrente de caso fortuito ou força maior? Só faz sentido mandar indenizar, mesmo quando afastado o nexo causal, quando haja norma expressa autorizando este ressarcimento. Nos casos de indenização decorrente do

risco integral, não atua o instituto da responsabilidade civil, mas sim uma obrigação especial de ressarcimento imposta pelo Estado a um ente determinado.

A preocupação que move o Estado quando impõe o dever de indenizar, sem a presença do nexa causal, não é a de sancionar ou punir, mas a de transferir integralmente a esse ente todos os riscos quanto à absorção do ônus por danos eventualmente causados.

Tais hipóteses especiais de indenização guardam entre si dois elementos em comum: (i) necessidade de previsão legal específica; (ii) relevância da presença das excludentes do nexa causal ou de alguma excludente específica, como no caso do contrato de transporte, onde apenas a irrelevância do fato de terceiro³⁴.

No entanto, SCHREIBER aponta que a responsabilidade civil não tem esse escopo, funcionando, ressalta, como meio de distribuição de prejuízos independentemente da valoração da conduta perpetrada. O autor acrescenta, ainda, que, mesmo a concepção da responsabilidade civil atrelada ao risco é um resquício da concepção que a ela imprime um caráter sancionador, que busca um fundamento de imputação relacionado à conduta ofensor, quando, em verdade, segundo os novos paradigmas, a responsabilidade civil tem como foco a supressão do dano com a distribuição do prejuízo, sem se preocupar tanto com a conduta que lhe deu origem, mas com a necessidade social da sua mitigação.

A análise das hipóteses legais revela um segundo aspecto: o de que a construção do risco como fundamento exclusivo da responsabilidade objetiva parece dirigida a anseios de imputação subjetiva que, hoje, já não se mostram tão necessários. Verifica-se uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa (conduta negligente, conduta criadora de risco etc.), mas pelo resultado (dano), distanciando-se, por conseguinte, de considerações centradas sobre a socialização de riscos, para desaguar em uma discussão mais finalística sobre a socialização das perdas.

É evidente que, em última análise, a própria opção legislativa pela responsabilidade com culpa ou sem culpa implica uma redistribuição de riscos no contexto social, mas tal opção tanto pode ser guiada pelo fato de o sujeito responsável ter efetivamente contribuído com sua atividade para a criação ou majoração do risco, quanto por algum fator qualquer, como a acentuada dificuldade de prova da culpa em casos daquela espécie ou atribuição ao responsável de um encargo social específico que justifica a responsabilização. O que se vê, portanto, é que o risco aparece não como causa (*rectius*: fundamento), mas como efeito da opção legislativa, exatamente da mesma maneira que se poderia dizer que, na responsabilidade subjetiva, se atribui ao agente o risco derivado de sua conduta culposa³⁵.

Tem-se assim que, a despeito da previsão da cláusula geral de responsabilidade objetiva com base no risco e da inegável importância das teorias do risco, é possível afirmar atualmente que nem mesmo o risco se afigura como pressuposto essencial à responsabilidade civil objetiva, que poderia fundamentar-se tão somente na existência de dano e de relação deste com a atividade desenvolvida pelo imputado – ainda que não marcada pelo nexa causal naturalístico, mas meramente normativo, como sugerem as teorias do risco integral ou como

³⁴ (KHOURI 2010, 154-155).

³⁵ (SCHREIBER 2007, 28-29).

sugeriam (e ainda sugerem) as primeiras legislações pátrias acerca da responsabilidade civil do transportador, em que mesmo o fato de terceiro é irrelevante para elidir a responsabilidade do prestador do serviço.

Aliás, na esteira da independência da existência ou não de riscos para a atribuição da responsabilidade objetiva, e alinhado ainda com a preocupação demonstrada acerca da distribuição social de prejuízos, conforme opções de política, justiça ou eficiência, a Teoria Econômica do Direito (Direito e Economia ou *Law & Economics*) traz ainda considerações interessantes para o critério de adoção de um sistema de responsabilidade objetiva, subjetiva ou ausência de responsabilização (vistos como meio de distribuição do ônus de arcar com os danos decorrentes de um evento), com base na seleção de quem deva ou seja mais apto a evitar o dano (ou a promover medidas de precaução para evitá-lo), de modo mais eficiente – ou seja, com o menor custo possível.

Adotando-se a premissa proposta pela teoria, segundo a qual as condutas se guiam sempre em direção ao resultado que acarrete menor custo, a quantidade de precaução adotada pelo indivíduo variará em função do custo da precaução e do custo esperado do dano, de forma que, quanto maior o custo esperado do dano, maior será a precaução adotada. Como a precaução altera a probabilidade do dano, quanto mais precauções forem adotadas, menores serão os custos decorrentes de eventuais danos. Assim, para minimizar os custos, a tendência será sempre a adoção de uma quantidade de precaução que faça com que a soma dos custos da precaução com os custos dos danos esperados seja a menor possível. É a chamada “precaução eficiente”³⁶, que, graficamente, se marca pela intersecção das curvas do custo esperado do dano e do custo esperado da precaução em função da quantidade de precaução adotada.

Assim, nos casos em que não há responsabilização, a vítima arca tanto com o custo da precaução quanto com o custo esperado do dano, de modo que tenderá a optar pela adoção da precaução eficiente, mas quando há responsabilidade objetiva, supõe-se que a vítima receberá, idealmente, uma indenização exatamente correspondente ao dano sofrido³⁷, de modo que ela receberá a indenização referente ao custo do dano, tendo que arcar somente com o custo da precaução. Nesse último caso, a vítima optará pelo menor custo, que como é uma

³⁶ A propósito disso, a precaução mais eficiente é apontada como aquela cujo custo é limítrofe com o custo potencial do dano, pois a partir desse ponto, é mais economicamente vantajosa a ocorrência do dano do que a adoção de precaução que custe mais que ele, enquanto, abaixo desse ponto, é mais economicamente vantajoso adotar a precaução, ou o dano ocorrerá e implicará um custo maior. Assim, o ponto de intersecção entre custo do dano *versus* custo da precaução apresenta maior eficiência pelo menor desperdício de recursos (COOTER e ULLEN 2010).

³⁷ Em termos econômicos, fala-se em “indenização perfeita”.

função crescente da precaução (quanto maior a precaução a ser adotada, maior o custo), fará com que a vítima opte por adotar uma precaução igual a zero.

Já para o autor do dano, em responsabilidade objetiva, a indenização perfeita fará com que o custo total do dano equivalha ao prejuízo esperado do dano somado ao custo da precaução, de modo que tenderá a adotar, nesse caso, o nível mais eficiente de precaução. Por outro lado, na ausência de responsabilidade, ele arca apenas com o custo da precaução, de modo que tenderá a adotar precaução igual a zero.

No ponto intermediário, a adoção de responsabilidade subjetiva implicaria o estabelecimento de um padrão jurídico de precaução em que, adotada menos precaução que o parâmetro, há a responsabilidade e arca-se com o dano; adotada mais precaução, não se arca com o dano, de modo que encoraja-se a adoção de precaução equivalente ao parâmetro jurídico de precaução estabelecido pela regra de responsabilidade subjetiva, que pode ser deslocado para lá ou para cá conforme se queira distribuir o custo da precaução mais para uma parte (vítima potencial) ou para a outra (autor potencial do dano).

(...). Sob uma regra de responsabilidade subjetiva, agentes que tomarem precauções tão grandes ou maiores do que o parâmetro jurídico de cuidado escaparão da responsabilização pelos danos acidentalmente sofridos por outra pessoa. Aqueles que tomarem precauções menores do que o parâmetro jurídico poderão ter que pagar indenização por tais danos sofridos por outra pessoa.³⁸

Deste modo, atribui-se ou não responsabilidade conforme se decida (idealmente por critério de capacidade e facilidade de fazê-lo, atrelada ao custo da precaução para cada parte) deva a vítima em potencial ou o autor do dano em potencial adotar as medidas de precaução necessárias para evitar o dano, ou ambos, elegendo-se aquela que gere a maior precaução potencial, ou seja, o método mais eficiente de precaução. Conclui-se:

(...). Observe a simetria existente nessas linhas: os incentivos da vítima a tomar precauções sob qualquer uma das regras são iguais aos incentivos do autor a tomar precauções sob a outra regra. A tabela sugere como o direito poderia criar incentivos para a precaução eficiente. Se só a vítima pode tomar precauções, uma regra de ausência de responsabilização proporciona incentivos para a precaução eficiente. Se só o autor do dano pode tomar precauções, uma regra de responsabilidade objetiva com indenização perfeita proporciona incentivos para a precaução eficiente.³⁹

Deste modo, demonstra-se que, apesar da relevância relegada pela doutrina de modo inegável à teoria do risco (ainda atrelada, conforme KHOURI, à noção da violação de um dever jurídico de cuidado – associável, posteriormente, no pensamento de SCHREIBER, à

³⁸ (COOTER e ULLEN 2010, 329).

³⁹ (COOTER e ULLEN 2010, 336).

uma noção residual de responsabilidade por culpa, ainda que levíssima), é possível cogitar-se da imputação de responsabilidade, objetivamente, independentemente de qualquer vinculação à noção de risco, que, assim, apesar de elemento de relevância, não se demonstra como pressuposto inafastável da sua realização.

1.4. Cabimento e Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva

Tecidas todas as considerações acima, torna-se necessário definir, com base nas concepções e teorias apontadas, quais as hipóteses de cabimento e os pressupostos de aplicação da responsabilidade civil objetiva como método de imputação, em lugar da responsabilização subjetiva.

Eliminada a culpa, e não se podendo falar necessariamente na realização do risco como pressuposto essencial à responsabilidade civil, à configuração da responsabilidade civil objetiva restam como indispensáveis os pressupostos (i) da existência de dano indenizável e (ii) da relação causal⁴⁰ ou normativa entre este e a atividade do imputado. Analisados os pressupostos da indenização, há que se discutir o critério de imputação – para completar o estudo acerca da imposição do dever de indenizar. Passa-se, então, à abordagem desses pressupostos para a configuração do dever de indenizar.

1.4.1. O dano indenizável

Evidentemente que, para que exista dever de indenizar, é necessário que exista um dano a ser compensado, bem como que esse dano seja merecedor de reparação. Como observa MORAES, a despeito da impressão inicial que temos de que a noção de dano é absoluta, ela se modifica com o tempo e as noções culturais acerca dos interesses tuteláveis (e, logo, a cuja violação enseja reparação), da injustiça do dano sofrido, do merecimento da indenização ou sequer a possibilidade de reparação. Trata-se de um conceito jurídico que, tal como qualquer outro, passa por evolução histórico-sociológica.

Se a noção de risco serve para explicitar a historicidade do conceito de responsabilidade civil - através, por exemplo, da perda completa de valor jurídico, já referida, do princípio da ideologia liberal segundo o qual "nenhuma responsabilidade sem culpa" -, tal característica, a da historicidade, se estende também a seu elemento ineliminável, o dano, fazendo com que se tenha que reconhecer que cada época tem os seus danos indenizáveis e, portanto, cada época cria o instrumental, teórico e prático, além dos meios de prova necessários para

⁴⁰ Aliás, até mesmo quanto a este há possibilidades de relativização, conforme observações acerca da responsabilidade do transportador e dos paralelos traçados com a teoria da equivalência dos antecedentes causais.

repará-los. Mas, para tanto, como já se indicou, será preciso, também, fazer a escolha acerca de quem deverá indenizar⁴¹.

Como explica a autora ao explanar a evolução da noção de dano indenizável, até mesmo com relação ao dano patrimonial, cuja conceituação é simples, pode se falar na evolução da sua abrangência, que antes englobava apenas o patrimônio efetivamente perdido, para incluir também aquilo que razoavelmente se deixou de auferir, o que demonstra que não se trata de conceito estático. Atualmente sua verificação pode ser realizada segundo o método proposto do Friedrich MOMMSEN, pela singela comparação entre o patrimônio atual da vítima e aquele que ela possuiria não fosse o fato danoso. O método toma por base a comparação entre o patrimônio atual e o hipotético da vítima, e não – como propunham concepções primitivas do dano –, do patrimônio anterior e posterior ao dano.

Assim, o método de MOMMSEN engloba, em sua proposição, o cálculo não apenas dos danos emergentes do fato, mas traz em seu bojo a evolução da compreensão dos danos patrimoniais a fim de englobar também os lucros cessantes. Dentre os lucros cessantes, o entendimento assente na doutrina indica que ele deve englobar aqueles que a vítima razoavelmente deixou de auferir, neles não se incluindo aqueles lucros possíveis, porém improváveis.

COOTER e ULLEN, apresentando uma visão econômica do Direito da Responsabilidade Civil, apresentam, na mesma esteira do método de MOMMSEN, uma definição singela acerca da definição do dano como pressuposto necessário à pretensão reparatória, consistente numa redução de utilidade e proveito:

[...] Sem dano, não pode haver processo de responsabilização civil, mesmo que o ato tenha sido perigoso. [...].

De modo semelhante, o direito da responsabilidade civil não permite a indenização pela exposição ao risco, em contraposição à ocorrência efetiva do risco. [...].

O dano tem uma interpretação econômica simples: uma diminuição da função de utilidade ou lucro da vítima. [...]⁴².

Já no que diz respeito aos danos morais, existe grande polêmica acerca de quais seriam os eventos caracterizadores de dano indenizável – para além da simples polêmica mesmo acerca de serem ou não os danos dessa natureza passíveis de indenização. A uma, devido aos questionamentos acerca da moralidade de se conferir compensação financeira a um dano de caráter existencial, o que fez com que muitos teóricos rejeitassem a ideia dos danos morais. A duas, mesmo para alguns partidários dos danos morais, o pagamento

⁴¹ (MORAES 2009, 150).

⁴² (COOTER e ULLEN 2010, 323).

correspondente não seria tecnicamente uma indenização, conforme observa LOPES, afirmando que a finalidade reparatória jamais poderia apresentar qualquer critério válido para a quantificação do dano moral:

(...) por natureza, os direitos protegidos pelos danos morais não têm equivalente ou preço. A satisfação da vítima pode, no máximo, ser considerada um epifenômeno da responsabilidade civil no caso dos danos materiais. Não é possível elevá-la além disso sob pena de transformar tal paradoxo numa ofensa a dignidade da pessoa humana. (...) ⁴³.

A problemática apresenta também impasses já a partir da determinação de quais interesses de caráter extrapatrimonial são objeto de tutela jurídica e quais não o são, o que revela o caráter de opção histórica acerca da concepção que se dá ao pressuposto fundamental da reparação: o dano. Acerca da dificuldade da simples conceituação, MORAES cita caso histórico:

Todavia, dentre os numerosos problemas antes apontados na reparação do dano moral e tantos outros que não vieram à tona, Um dos mais intrincados parece ser o da sua conceituação. Ao adotar-se a posição de que o dano moral é "o *sentimento* de dor, vexame e humilhação (causado injustamente a alguém)", como hoje é sustentado nos tribunais do País, a jurisprudência tem se mostrado vacilante e confusa, seja no que toca à identificação do dano, seja em conseqüência, no que se refere à sua avaliação. A título meramente exemplificativo, cita-se o acórdão que se tornou famoso nos meios acadêmicos, por apresentar, de maneira evidente, o grau de desorientação em que se encontra a reparação do dano moral no âmbito forense. Trata-se do caso de famosa atriz, cuja fotografia, apresentando-a desnuda, divulgada com sua autorização em determinada revista, foi novamente publicada, dessa vez sem a sua autorização, em outro veículo de comunicação, um jornal diário de circulação popular. Ao tomar conhecimento deste fato, a atriz ingressou com ação de indenização, pleiteando a reparação de danos patrimoniais e morais. Em 1º grau e na 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria, decidiu-se a seu favor, tanto no que toca à indenização pelos danos patrimoniais quanto à reparação dos danos morais, estes fixados em soma equivalente a 2.000 salários mínimos. Tendo sido a decisão embargada, o II Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, à unanimidade de votos, confirmou a indenização pelos danos materiais, embora lhe diminuindo o valor, e julgou improcedente a reparação por danos morais, sob os seguintes argumentos:

O dano moral, como é cediço, é aquele que acarreta, para quem o sofre, muita dor, grande tristeza, mágoa profunda, muito constrangimento, vexame, humilhação, sofrimento.

Ora, nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconstitucional da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação.

Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a que tem direito pelo uso inconstitucional de sua imagem.

Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas.

As bonitas não.

⁴³ (O. de A. LOPES 2006, 153).

Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda - ou quase - em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimento sem conta, a justificar - aí sim - o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo do mal sofrido.

Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica o pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado.

Quando o Recurso Especial da atriz chegou ao STJ, a Terceira Turma se dividiu. Enquanto os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Relator originário, e Antônio de Pádua Ribeiro entenderam incabível a indenização pelo dano moral, sob argumento de que a publicação violentara apenas o direito patrimonial à exploração da própria imagem, a Ministra Nancy Andrigui e o Ministro Waldemar Zveiter consideraram que o jornal carioca deveria indenizar a atriz também pelo dano moral, porque ela, com a publicação, fora violentada em seu crédito como pessoa. Afinal, cedera seu direito à imagem a um determinado nível de publicação e poderia não desejar que outro grupo da população - os leitores do jornal - tivesse acesso a essa imagem. Afirmou a Ministra: "Ela [a atriz] é uma pessoa pública, mas nem por isso tem que querer que sua imagem seja publicada em lugar que não autorizou, e deve ter sentido raiva, dor, desilusão, por ter visto a sua foto em publicação que não foi de sua vontade."

O Ministro Ari Pargendler, após pedido de vista dos autos, proferiu o voto de Minerva, considerando que a divulgação não-autorizada representou "um grande sofrimento moral que deve ser assim indenizado". O valor pelo dano moral foi estimado em R\$ 50.000,00 (correspondente, então, a cerca de 330 salários mínimos), na esteira do voto da Ministra Andrigui.

Desse mesmo caso concreto, recolhe-se outro aspecto tão problemático quanto o anterior. Trata-se da dificuldade de valoração do dano moral. (...)⁴⁴

Sem adentrar a discussão acerca de quais sejam os direitos da personalidade – que, por si só, é terreno fértil para longas digressões –, podem ser distinguidos, de plano, aqueles que conceituam o dano moral exclusivamente como a ofensa aos direitos de personalidade; e aqueles que o definem como a ofensa a todo e qualquer interesse de cunho extrapatrimonial (conceituação negativa, como toda lesão a interesse que não se configure como dano patrimonial). Há aqueles que descrevem o dano moral como a sensação íntima de dor, sofrimento etc.; fala-se ainda no dano moral como qualquer ofensa à personalidade (entendida amplamente em seu sentido de núcleo essencial da pessoa) e suas manifestações, ainda que não sejam consideradas direitos subjetivos; ou, finalmente, refere-se aquelas lesões que afetam a vítima em sua dignidade. MORAES identifica, a partir dessas correntes, duas categorias de danos morais:

Modernamente, no entanto, sustentou-se que cumpre distinguir entre danos morais subjetivos e danos morais objetivos. Estes últimos seriam os que se refeririam, propriamente, aos direitos da personalidade. Aqueles outros “se correlacionariam com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis [...]”. Dessa maneira, acabaram interligando-se as duas teorias antes referidas: tanto será dano moral reparável o efeito não-patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial (hipótese de dano

⁴⁴ (MORAES 2009, 45-48).

moral subjetivo), quanto a afronta a direito da personalidade (dano moral objetivo), sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁵.

Na visão da autora, em função dos princípios constitucionais que dão especial relevo à dignidade humana, essa deve ser o parâmetro para a determinação dos danos que devam ser caracterizados como danos morais, merecedores de tutela jurídica. A definição da extensão dessa definição presume sejam delineadas as fronteiras da dignidade, de modo a estabelecer em que ela se constitui. Nessa busca, MORAES recorre a conceitos filosóficos de dignidade, desenvolvendo-os para determinar o que considera seriam as quatro dimensões da dignidade.

Para que se extraíam as conseqüências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade de interagir com os outros e com a natureza - sujeitos, portanto, do discurso de da ação -, será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral - psicofísica -, da liberdade e da solidariedade⁴⁶.

Segundo a doutrinadora, portanto, os danos morais não estão restritos aos direitos de personalidade, tampouco devem ser associados aos efeitos psicológicos da ofensa sobre a vítima – como os sentimentos de dor, humilhação etc. – mas sim verificados com base na existência de ofensa à dignidade da pessoa em quaisquer de suas quatro dimensões⁴⁷.

Semelhantes as conclusões apresentadas pro LOPES, que fundamenta os danos morais na dignidade humana, com fundo constitucional, e adiante, apresenta sua conceituação conforme GAREIS:

Expor a circulação de sentido que se dá entre os danos morais e o Estado Democrático de Direito, que tem na dignidade da pessoa humana um de seus pilares, fornece um rico material teórico para organizar e orientar a responsabilidade civil.

⁴⁵ (MORAES 2009, 156-157).

⁴⁶ (MORAES 2009, 84-85).

⁴⁷ “Nesse sentido, o dano moral não pode ser reduzido à ‘lesão a um direito de personalidade’, nem tampouco ao ‘efeito extrapatrimonial da lesão de um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial’. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer ‘mal evidente’ ou ‘perturbação’, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica” (MORAES 2009, 183-184). Prossegue: “A definição aqui esboçada parece ser mais útil quando se trata de verificar, nas concretas circunstâncias, a presença ou ausência de dano moral. De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diferentes substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito” (pp. 188-189).

Essa abordagem evita o grande perigo que acompanha o casuísmo, que é a sensação de redistribuição aleatória de bens. A quantificação de tais danos gera expectativa de elevados ganhos financeiros. Sem uma firme amarração da função dos danos morais estimula-se o recurso descompromissado à responsabilidade civil como meio para o enriquecimento sem causa.

(...). As discussões sobre a personalidade apareciam vinculadas e restritas principalmente a um direito à personalidade, ou seja, a um direito fundamental a ser reconhecido como pessoa e, portanto, ser sujeito de direitos no âmbito do direito privado. Então, ainda que de forma incipiente, aparecia uma terceira figura de direito, ao lado dos direitos reais e dos direitos obrigacionais.

(...).

Todavia, foi com Karl Gareis, em 1877, que os direitos de personalidade foram sistematizados como uma categoria de direitos subjetivos com definição e atributos próximos aos de hoje. Segundo tal autor, tratava-se de uma nova categoria de direitos subjetivos privados, absolutos como os direitos reais e, por isso, oponíveis *erga omnes*. O fundamento dos direitos de personalidade consistiria em cada sujeito ter o direito de ver sua individualidade reconhecida como tal. Embora com marcada diferença, eles poderiam ser classificados em três categorias: 1) direitos dos indivíduos para a manutenção de sua existência: à vida, à integridade e uma atividade; 2) direitos de identidade do indivíduo: ao nome, direitos das marcas e proteção da honra; 3) direitos de autenticidade e fruição de uma prestação: direito de autor e de inventor⁴⁸.

A autora menciona o equívoco em se definir o dano moral em associação aos sentimentos negativos decorrentes da ofensa, confundindo o dano com seu efeito:

Além disso, ao definir dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos ‘dor’, ‘espanto’, ‘vergonha’, ‘aflição espiritual’, ‘desgosto’, ‘injúria física ou moral’, em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confunde-se o dano com a sua (eventual) consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas⁴⁹.

No mesmo sentido as considerações tecidas por LOPES, que aponta como um erro a tentativa de conceituar o dano moral a partir da dor ou do sofrimento, acentuando que ele deve ser verificado não diante dos prejuízos verificados, mas da simples ofensa ao direito à dignidade e a qualquer de seus desdobramentos:

O problema é que boa parte da doutrina ainda concebe os danos morais a partir da dor e do sofrimento moral e psicológico, o que obscurece o claro vínculo entre os danos morais e a dignidade da pessoa humana, especialmente no seu reflexo no direito privado, que são os direitos da personalidade.

Essa postura de vincular os danos morais a dor remete a uma imprópria confusão entre danos e prejuízos. O dano juridicamente reparável não se confunde com qualquer prejuízo, ou mesmo com qualquer dano físico. O prejuízo consiste na prejudicial alteração da realidade. Essa alteração pode ser uma obra natural ou uma obra humana. O conceito jurídico é diverso, caracterizado por uma ofensa a um direito, como esfera de autonomia tutelada por uma norma jurídica.

⁴⁸ (O. de A. LOPES 2006, 129-130 e 142).

⁴⁹ (MORAES 2009, 131).

O conceito de dano está ligado ao de lesão ao direito subjetivo, seja ele absoluto ou relativo. É, portanto, lesão a um bem juridicamente protegido. Nem todo prejuízo pode, assim, ser considerado dano jurídico. É necessário que o prejuízo seja qualificado por uma norma para que seja considerado injusto, caracterizando o dano jurídico. (...).

Não poderia ser de outra forma, já que o direito não detém o instrumental necessário para lidar diretamente com o sofrimento e a dor humana. Em verdade, precisa neutralizar essas realidades a partir de conceitos teóricos que lhes são próprios, como é o caso do direito subjetivo. (...) ⁵⁰.

A propósito, a observância do critério em questão coaduna com a concepção acerca da prova do dano moral, tido como inerente ao fato que seja lesivo a qualquer desses quatro interesses formadores do núcleo da dignidade, não interessando a sensibilidade da vítima quanto ao mal sofrido, e permite seja verificado o dano moral ainda que em face daquele que não é capaz de compreender a ofensa a que submetido, como a criança em tenra idade ou o doente mental com déficit cognitivo.

Com relação à aptidão compensatória dos danos, MORAES ensina que o pressuposto primitivo é a ilicitude do dano, naquelas situações em que a responsabilidade é decorrente de responsabilidade subjetiva. O desenvolvimento da responsabilidade objetiva, no entanto, passou a prever a indenização de prejuízos causados lícitamente, de modo que, como narra a autora, outro elemento surgiu com grande relevo para a verificação da possibilidade de indenização:

Essas situações, ainda que causadoras de danos, são autorizadas pelo ordenamento jurídico; os danos que aí se produzem são, portanto, lícitos, não importando em responsabilização daquele que, apesar de ter dado causa aos prejuízos, não se afastou dos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao pautar sua atuação. Para além da conduta irrepreensível do agente causador, porém, está a consideração, hoje igualmente relevante, de que, nesses casos, é razoável que a vítima suporte tais prejuízos. Por isso tais danos são também ditos, além de lícitos, não-“injustos”.

De outro lado, como se sabe, em situações cada vez mais numerosas, o mesmo ordenamento determina que, se forem causados danos, não obstante a liceidade da ação ou da atividade, a vítima não deve ficar irressarcida. Aqui também, à primeira vista, os danos seriam “lícitos”; geram, no entanto, por determinação legal, a obrigação de indenizar. Neste caso se enquadram as hipóteses de responsabilidade objetiva, em que se inclui a própria atividade estatal, expressada nesta decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário relatado pelo Ministro Carlos Velloso e julgado em 1992:

“A consideração no sentido da ilicitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”⁵¹.

Aliás, acerca da própria noção da injustiça do dano, a autora menciona o seu aspecto histórico, reforçando o caráter de mutabilidade atrelado às concepções sociais:

⁵⁰ (O. de A. LOPES 2006, 147-148).

⁵¹ (MORAES 2009, 175-176).

A disciplina da responsabilidade civil, portanto, deve muito mais a escolhas político-filosóficas do que a evidências lógico-rationais, decorrentes da natureza das coisas. A propósito, observou-se que somente será possível dizer que um sujeito causou um dano depois de ter havido a decisão de responsabilizá-lo - assertiva que se desdobra nesta outra: será a sucessiva coligação a um sujeito determinado que vai servir a tornar um dano ressarcível. De fato, o dano em si e por si, não é nem ressarcível nem irressarcível (nem “justo”, nem “injusto”). A decisão - ética, política e filosófica, antes de jurídica - deverá ser tomada pela sociedade em que se dá o evento⁵².

Verificada a existência do dano, e que este é indenizável, ou seja, que o Direito que confere tutela, a fim de que haja legítima pretensão de reparação, torna-se necessária a verificação do segundo requisito essencial à responsabilidade civil, qual seja, que este dano seja oriundo de conduta atribuível ao agente.

1.4.2. O nexu causal

O segundo pressuposto essencial à imputação do dever de indenizar é o nexu causal⁵³ que, grosso modo, refere-se à possibilidade de atribuir à conduta do agente a eclosão do dano que se pretende indenizar⁵⁴. Ao contrário do que possa parecer, e como bem assevera CRUZ, o nexu causal não decorre tão simplesmente da correlação racional que possa existir entre um fato e outro:

A relação de causalidade, tal qual toda a disciplina da responsabilidade civil, deve muito mais “a escolha político-filosóficas do que a evidências lógico-rationais”. Assim como o dano, por si só, não é nem ressarcível, nem irressarcível, tampouco justo ou injusto, a verificação do nexu de causalidade depende, antes de qualquer juízo, da teoria que se adote - que não é senão fruto de uma decisão política⁵⁵.

Ressalta ainda a autora que o nexu causal não tem como único desdobramento a determinação de qual evento levou à eclosão do dano, mas também a definir em que medida a conduta do agente contribuiu para a realização do dano em sua extensão. Essa dupla função é primordial na definição da distribuição da responsabilidade.

No campo da responsabilidade civil, o nexu causal cumpre uma dupla função: por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização⁵⁶.

⁵² (MORAES 2009, 21).

⁵³ Aqui compreendido em sentido amplo, abrangendo não apenas a relação naturalística de causa e efeito, mas as opções político-normativo-filosóficas para tanto, além das várias possíveis teorias sobre a causalidade, conforme observações tecidas ao longo deste trabalho acerca da relativização do nexu causal.

⁵⁴ “Inúmeros são os danos que atingem as pessoas, mas o dever de indenizar só nasce quando for possível estabelecer um nexu causal entre a conduta do agente e o resultado danoso. Para se configure a obrigação de indenizar, não basta que o agente haja procedido contra o Direito, nem que tenha criado um risco, tampouco que a vítima sofra um dano; é preciso que se verifique a existência de uma relação de causalidade a ligar a conduta do agente, ou sua atividade, ao dano injustamente sofrido pela vítima” (CRUZ 2005, 4).

⁵⁵ (CRUZ 2005, 8-9). Veja-se que não há, portanto, uma associação direta à noção de nexu causal naturalístico, mas relativo a uma escolha normativa ou política para tanto.

⁵⁶ (CRUZ 2005, 22).

O nexu causal, como bem assevera a autora, assume especial relevo quando da responsabilização objetiva, pois, nesses casos, dispensada a existência de culpa na conduta, o nexu causal atua como principal elemento para a configuração do dever de indenizar, atuando, normalmente, como ponto nodal da discussão quando do exercício das pretensões indenizatórias com fundamento em responsabilidade objetiva. Acrescenta, ainda, a roupagem especialmente complexa e relevante de que se reveste a investigação da relação de causalidade em se tratando de condutas omissivas⁵⁷.

A justificação da relevância da relação de causalidade para a imputação objetiva é ainda desenvolvida na Teoria da Imputação objetiva de LARENZ, que associa o dever de indenizar a partir da possibilidade de previsão dos danos potencialmente oriundos da atividade desempenhada pelo agente, que deveria, por isso mesmo, com eles arcar. Assim descreve a autora:

A teoria de Larenz, exposta pela primeira vez em 1927, baseava-se na vontade do ser racional que pode reconhecer o efeito de determinadas causas, prevendo as conseqüências e fixando a direção deseja da de acordo com seu pensamento. Enquanto Hegel reconhecia a imputação somente aos fatos causados dolosamente, Larenz ampliou a aplicação da teoria ao admitir a imputação também no âmbito da culpa *strictu sensu*. [...].

[...] A noção de sujeito individual, homem físico, presente na obra de Hegel, dá lugar na versão de Larenz à idéia normativa de pessoa, ser racional. Com base nessa concepção, também a finalidade, para Larenz, deixa de ser aquilo que o indivíduo, efetivamente, previu e quis, para passar a abranger tudo aquilo que objetivamente a ação tendia a atingir.

Desse modo, Larenz acaba erigindo a “possibilidade de previsão” (previsibilidade) como critério de imputação. Esta possibilidade não deve ser analisada subjetiva, mas objetivamente: não é o autor concreto, mas a pessoa, o ser racional, que deve estar em condições de prever um determinado acontecimento. As conseqüências objetivamente previsíveis, são, portanto, atribuíveis à pessoa, enquanto ser racional. [...] ⁵⁸.

Deste modo, o nexu causal, em sua dupla função, assume papel de relevo na determinação do dever de indenizar, e mais, como defende a autora, o nexu causal serve também como medida do *quantum* indenizatório em relação ao total do dano e sua distribuição, pela medida da contribuição causal da conduta do agente. Este segundo papel, a propósito, assume importância destacada naquelas situações em que há concorrência de causas, especialmente diante das diversas possibilidades de combinação de fatos que podem concorrer à eclosão de um evento danoso, cumulativa, alternativa ou complementarmente uns aos outros.

⁵⁷ Mesmo o nexu causal naturalístico pode ser relativizado como pressuposto à responsabilização civil por opção legislativa, dando lugar ao nexu causal meramente normativo. É o caso, por exemplo, da responsabilidade do transportador (art. 735 do Código Civil), em que nem mesmo a culpa exclusiva de terceiro elide a responsabilidade do transportador.

⁵⁸ (CRUZ 2005, 113-114).

A conclusão no sentido de que o nexo causal exerce o papel de quantificação da indenização, e deve ser a sua medida, resulta da interpretação (aparentemente acertada) da autora, acerca da determinação contida no art. 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização se mede pela extensão do dano”, acrescentando a autora que somente se poderia exigir que o agente fosse responsabilizado na medida em que contribuiu para o dano em sua extensão.

Defendendo seu ponto de vista, a autora expõe os principais métodos correntemente adotados para a distribuição do *quantum* indenizatório: **(i) Sistema da paridade**, baseado na teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, que entende que os antecedentes causais contribuem igualmente para provocar o prejuízo, e propõe a divisão do prejuízo em partes iguais – todos os participantes são considerados igualmente responsáveis (a solução tem sido utilizada pela jurisprudência apenas nos casos em que é difícil mensurar em que medida cada agente contribuiu para o dano, pois a aplicação indiscriminada causa, em alguns casos, alguma perplexidade); **(ii) Sistema da gravidade da culpa**, que propõe a distribuição do prejuízo aos agentes na proporção da gravidade da culpa de cada um – criticado pela autora em razão do fato de que a culpa e seu grau têm perdido relevância no direito civil, e que nem sempre aquele que agiu com maior grau de culpa contribui de modo mais acentuado na provocação do dano, ademais, parece ser incompatível com a determinação de que a indenização se mede pela extensão do dano e é absolutamente imprestável naqueles casos em que a responsabilidade é objetiva⁵⁹; **(iii) Sistema do nexo causal**, que importa a distribuição do dano de acordo com a proporção da contribuição do ato do agente na eclosão do prejuízo, medido com base na proporção da *eficácia causal* da conduta.

No entendimento da autora, este último é, sem dúvida, o método mais adequado, que conta com maior adesão dos especialistas, e é mais alinhado com a essência reparatória da responsabilidade civil. Além disso, o método teria a vantagem de poder ser utilizado em qualquer espécie de responsabilidade civil, seja subjetiva ou objetiva. Assim, apenas nos casos de contribuição causal indistinta, ou na impossibilidade de averiguar a contribuição de cada evento, deve ser utilizado subsidiariamente o sistema paritário, descartando a autora completamente o sistema da gravidade da culpa.

⁵⁹ “[...] O fato de um dos co-agentes ter atuado com maior grau de culpa não significa que ele tenha causado a maior parcela do dano, consoante salienta Antônio Chaves: ‘A existência da culpa é o pressuposto para o surto da responsabilidade, mas o peso desta é medido pela importância do dano e não pela gravidade da culpa. A observação é de Pietro Trimarchi, que acrescenta ser certo que os atos ilícitos mais graves ocasionam em geral o maior dano. Pode acontecer, todavia, que os atos dirigidos a prejudicar gravemente falhem, e que gravíssimas imprudências não provoquem dano, ou provoquem dano de mínima importância’ (CRUZ 2005, 330-331).”

1.4.3. Imputação da Responsabilidade: responsabilidade direta (por fato próprio) ou indireta (por fato de outrem)

Outro assunto que ganha relevo dentro da discussão da responsabilidade civil objetiva, ainda acerca da temática da causalidade, diz respeito à responsabilização em casos em que o ato danoso não pode ser atribuído, ao menos materialmente, direta e imediatamente ao responsável civil pela reparação, não se podendo falar na existência de relação de causalidade entre a conduta do responsável civil e o dano a ser reparado.

A modalidade mais frequente de responsabilidade objetiva trata da responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos de seus prepostos. Nesta seara, já se firmaram amplas discussões acerca de se a responsabilidade, neste caso, configura-se direta ou indireta, ou ainda, se haveria hipóteses tanto para a configuração de uma como de outra modalidade de imputação. Aliás, a própria possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica já foi alvo de férteis discussões nos primórdios da ficção da personalidade, desenvolvendo-se a controvérsia para a caracterização da responsabilidade da pessoa jurídica pelos atos de seus prepostos e (re)presentantes como responsabilidade por ato próprio ou de terceiro, direta ou indireta, e as consequências que dessa caracterização podem advir⁶⁰.

O entendimento pretérito, pregado por SAVIGNY nos primórdios da conformação da personalidade jurídica, aduzia a irresponsabilidade das pessoas jurídicas em função do caráter fictício e abstrato de que se revestiam, que as impediriam de manifestar volição. Sob essa concepção, a prática de ilícitos não lhe seria própria, mas somente aos seus administradores, e seria até contrária ao princípio da destinação e finalidade. A superação desse entendimento surge a partir da reação à perplexidade gerada pelo injusto benefício gerado pela irresponsabilidade das pessoas jurídicas quando as atividades desenvolvidas provocassem danos a outrem ao mesmo tempo em que delas a pessoa jurídica auferisse benefícios.

Conforme explica LIMA, na concepção de WINDSCHEID, a responsabilidade da pessoa jurídica decorreria desse senso de justiça. Já para DUGUIT, a responsabilidade repousaria no risco: o doutrinador rejeita qualquer hipótese de subjetividade ou volição na ação da pessoa jurídica; a questão não orbitaria, assim, no plano da imputabilidade, mas da definição do patrimônio que deve suportar o dano, o qual estaria inserto no risco assumido pelo exercício da atividade. PLANIOL, por sua vez, defendia que a pessoa jurídica, como

⁶⁰ A esse respeito, LIMA (1973).

massa patrimonial, deveria suportar os danos causados pela ação de seus administradores no cumprimento do papel de administração desse patrimônio.

No entanto, segundo as concepções mais modernas acerca da pessoa jurídica, segundo o que se trata não de mera ficção, mas de “pessoa real”, a responsabilidade seria decorrência das amplíssimas capacidades jurídicas gozadas pela pessoa jurídica. Nesse contexto, da sua capacidade de agir deve decorrer a responsabilidade pelos atos praticados, os quais podem ser tanto lícitos quanto ilícitos.

Acerca do caráter direto ou indireto da responsabilidade da pessoa jurídica, LIMA tece um paralelo com a responsabilidade do comitente pelo ato do preposto, tecendo as seguintes considerações:

A questão já foi analisada, em face do comitente-pessoa física. Vimos que a responsabilidade do comitente, neste caso, é, geralmente, de caráter indireto, respondendo o mesmo pelas conseqüências do ato ilícito do seu preposto. Se, todavia, ficar provado que o ato ilícito do comitente resulta de sua própria culpa, a responsabilidade é direta, resultando de sua conduta pessoal.

O problema da natureza jurídica da responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado, se direta ou indireta, é mais complexo, em virtude da relação existente entre o seu órgão representativo e a pessoa jurídica. O ato do órgão ou representante da pessoa jurídica de direito privado é um ato pessoal, individual, pelo qual responde aquela pessoa jurídica, ou deve ser considerado um ato próprio da pessoa jurídica, como expressão da vontade da coletividade? (...) ⁶¹.

A questão, aliás, já circundou também a questão acerca da posição do preposto, se ocupante de cargo de direção, ou se mero cumpridor de ordens. Finalmente, o entendimento parece pacificado, em uma solução que atende à lógica, na finalidade do ato praticado. Desta forma, aqueles atos praticados com a fim de atingir objetivos delineados para a pessoa jurídica, em seu escopo ou quaisquer de suas práticas institucionais e seus interesses diretos, a responsabilidade deve ser considerada direta; se, no entanto, o ato é praticado pelo preposto nessa condição, porém não para atingir o objetivo visado pela pessoa jurídica, mas atendendo a interesse diverso, a responsabilidade passa a ser indireta. Assim o autor conclui, acerca da determinação do caráter direto ou indireto da responsabilidade da pessoa jurídica:

Finalidade, a verdade, de relação, não de cumprimento de um ou de mais atos jurídicos determinados, mas genericamente a "explicação" de todo um complexo de atividades necessárias à obtenção do escopo da pessoa jurídica, escopo que pode, evidentemente, ser obtido, seja mediante atividade lícita, como ilícita: por isto imputadas à pessoa jurídica, não somente os efeitos da atividade lícita, como da ilícita, sempre que esta atividade vise ao escopo da pessoa jurídica.

Por isso, também, a atividade ilícita do funcionário, que seja direta formalmente a conseguir um escopo da pessoa jurídica, é considerada juridicamente como atividade

⁶¹ (LIMA 1973, 128).

da mesma; trata-se de uma responsabilidade direta, considerando-se o dano como fato próprio.

(...).

Mas, nem todo dano que promane de uma pessoa física, embora em relação de dependência da pessoa jurídica, pode ser fonte de responsabilidade direta da pessoa jurídica, mas unicamente os danos que estão em relação com o comportamento ilícito, positivo ou negativo de um órgão ou pessoa jurídica atinente a uma determinação volitiva, a qual seja formalmente dirigida à consecução de um escopo da pessoa jurídica.

O dano, para ser fonte de uma responsabilidade direta, deve satisfazer os seguintes requisitos: a) o comportamento danoso ou negativo deve prender-se a uma determinação volitiva resultante necessariamente dos meios jurídicos ou técnicos, utilizados para a consecução de um escopo; b) a exigência da procedência de um órgão ou pessoa jurídica se refere a três ordens de idéias: 1ª a proveniência de um funcionário verdadeiro e próprio, preposto de um ofício da pessoa jurídica; 2ª a subsistência de um legítimo título de investidura do funcionário, ainda que viciado, na falta do qual não há um funcionário, mas um usurpador; 3ª a explicação da atividade danosa como exercício da função constituinte do ofício, do qual o funcionário é o preposto, ainda que, efetivamente, supra o âmbito da competência que lhe é atribuída; c) a exigência da finalidade da determinação volitiva, que deve ser formalmente dirigida à consecução de um escopo da pessoa jurídica, referindo-se a uma dupla ordem de idéias: em primeiro lugar, a determinação volitiva, por aquilo que resulta da aparência exterior, formal, deve ser voltada a um escopo próprio da pessoa jurídica e não do funcionário; em segundo lugar, a determinação volitiva deve apresentar um mínimo de reconhecibilidade exterior, formal, da sua declaração a um escopo da pessoa jurídica.⁶²

A relevância dessa discussão surge em dois momentos distintos. Primeiramente, mostra-se essencial para determinar a responsabilidade do preposto em face da pessoa jurídica, configurando-se ou não o direito de regresso em face do efetivo responsável pelo ato. Além disso, e no que pertinente ao escopo deste trabalho, entra a discussão acerca da possibilidade de atribuição de caráter afinitivo à indenização, nos casos em que a responsabilidade não pode ser considerada direta, mas atribuível ulteriormente ao preposto, ou mesmo a terceiro não relacionado ao responsável civil, em função especialmente dos princípios de pessoalidade da pena, a que retonaremos adiante.

Há mesmo discussões acerca de quando a imputação de responsabilidade por fato de outrem se dá de forma objetiva ou subjetiva em situações diversas. Ocorre que, no campo da discussão acerca da imputação de responsabilidade por fato de outrem, é possível assumir a existência de condutas superpostas que podem ser objeto individualmente de análise da culpabilidade. É possível vislumbrar toda uma gama de possibilidade de combinações de condutas culposas (*lato-sensu*) e não culposas por parte do agente causador do dano e do responsável civil pela reparação que podem afetar a discussão acerca da modalidade de imputação ou ainda das possibilidades (quando cabíveis) de regresso ou não. Assim, é possível cogitar de situações em que a) o agente agiu com culpa, e o responsável

⁶² (LIMA 1973, 133-134).

cumulativamente agiu com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*; b) o agente agiu com culpa, mas ao responsável não se pode atribuir culpa; c) o agente não agiu com culpa própria, mas reproduzindo determinação culposa do responsável; d) nem o agente nem o responsável agiram com culpa, mas a imputação decorre de critérios puramente objetivos, como o risco da atividade.

Conforme se verá, diante de tão variada gama de combinações de modalidades de condutas culposas e não culposas – que, a propósito, não necessariamente serão objeto de análise no mesmo procedimento (aliás, mais frequentemente não o são) – torna-se complexa a avaliação dos critérios de culpabilidade que, conforme se estudará em capítulo próprio, mais adiante, constituem o cerne da aplicação de indenizações punitivas, consistindo também importante problemática na aplicação dessa modalidade de condenação, que será objeto de aprofundamento ao final deste trabalho.

1.5. A Cláusula Geral da Responsabilidade Objetiva: o artigo 927 do Código Civil de 2002

Diante de todo o acima exposto, podemos concluir que, grosso modo, a responsabilidade objetiva pode ser definida, de maneira simples, como um método de imputação em que se torna dispensável a existência de culpa como pressuposto. O seu surgimento importou assim a mitigação de um relevante filtro à obtenção de indenizações, qual seja, a verificação da culpa do agente, desencadeada em função do clamor social e da necessidade de um modo mais eficiente e justo de distribuição dos riscos sociais diante dos novos paradigmas da sociedade moderna.

Assim, como salienta SCHREIBER, a tendência adotada pelo Direito atual aponta no sentido de uma objetivação cada vez maior da imputação de responsabilidade, com um gradual abandono da culpa, ou ao menos uma redução significativa do seu âmbito de incidência e da sua importância para a responsabilidade civil. Leciona o referido doutrinador que:

Esta marcante tendência à objetivação da responsabilidade chega ao seu ápice no parágrafo único do art. 927, do novo Código Civil, que determina a responsabilidade objetiva por danos derivados de atividades de risco. Trata-se de cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, que atribui aos magistrados uma discricionariedade que antes pertencia exclusivamente ao legislador. É evidente que, como toda atividade, de certa forma, implica risco a terceiros, os tribunais e a doutrina precisarão desenvolver critérios para identificar aquelas atividades que, por

resultarem em risco superior ao ordinário, mereçam atrair a responsabilidade objetiva; mas já se trata, sem dúvida, de extraordinário avanço.

A ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva, de uma forma geral, contribui para a formação de um sistema de responsabilização mais solidário, porque adequado às relações de massa e comprometido com a equitativa distribuição dos riscos da vida contemporânea. Mais que isto: revela a incorporação pelo direito brasileiro da tendência universal de abandono da técnica de valoração da conduta do ofensor. Implicitamente, o novo Código Civil reconhece a impossibilidade e a inconveniência social de se ter constantemente a avaliação e o juízo de reprovabilidade pendendo sobre a conduta dos membros da sociedade.

Importante consequência disto é o abandono da culpa, em sua concepção clássica. Isto não significa a extinção da responsabilidade subjetiva, que, não obstante o avanço da responsabilidade objetiva, se mantém como fonte paralela de responsabilização, aplicável sobretudo às relações interindividuais, em que ambas as partes, a princípio, contribuem igualmente (ou igualmente deixam de contribuir) para a criação dos riscos de dano. Mas mesmo nestas relações culpa perde o seu caráter tradicional de negligência, imprudência ou imperícia, de falta pessoal e subjetiva que autoriza e exige um castigo representado pela responsabilização, e passa a ter uma feição mais normativa, menos relacionada ao elemento anímico do ofensor, e mais afeta à violação objetiva de padrões de comportamento (standards) atinentes a cada situação concreta específica. Assim, também a (fl. 3) responsabilidade subjetiva perde seu caráter moralizador. É esta a leitura que se deve fazer da objetivação promovida pelo Código Civil de 2002, em uma corajosa inovação cujos reflexos se farão sentir em todos os campos da responsabilidade civil.⁶³

O ponto de vista exposto parece profundamente pertinente, na medida em que, efetivamente, é possível observar, em um número sempre crescente de julgados, a atribuição de responsabilidade independentemente de culpa, ampliando-se, cada vez mais, o âmbito de incidência da cláusula de responsabilidade objetiva prevista no art. 927 do Código Civil ou mesmo nas disposições contidas no CDC, ainda que a situações dantes não consideradas geradoras de risco, ou, nesse segundo caso, em função de um elastecimento do âmbito de incidência da legislação consumerista para situações em que, ainda que não configurada propriamente uma relação de consumo, se possa presumir a vulnerabilidade de uma das partes.

⁶³ (SCHREIBER 2002, 2-4).

2. A Indenização Punitiva

Outro instituto jurídico que tem tido presença cada vez mais marcante em praticamente todos os julgados que tratam de indenização por danos morais é a chamada indenização punitiva, consistente na atribuição de caráter punitivo/pedagógico ao *quantum* indenizatório arbitrado em favor da vítima.

A despeito da sua quase onipresença nos julgados em sede de responsabilidade civil por danos morais, e na sua aceitação virtualmente unânime pelos Tribunais, na doutrina, por outro lado, da adoção do instituto florescem profícuos debates. Discute-se desde sua configuração e conformação até a sua legalidade, constitucionalidade, aplicabilidade e mesmo pertinência dentro do nosso sistema jurídico. Questiona-se mesmo se a função punitiva seria um aspecto intrínseco de toda e qualquer indenização por danos morais, ou se apenas um acréscimo aplicável em situações particulares.

Da banda dos defensores da indenização punitiva, pululam argumentos acerca da necessidade de proteção aos direitos fundamentais violados em situações de ofensa à dignidade, adotando o instituto como meio de coibir ofensas aos aspectos mais caros da pessoa. Já dentre os que se opõem ao instituto, sustenta-se a inexistência de previsão legal e a incompatibilidade do juízo punitivo com a responsabilidade civil, ou mesmo a possibilidade de que o acréscimo de caráter não indenizatório, mas punitivo, pudesse ainda ensejar enriquecimento sem causa – rechaçado pelo ordenamento pátrio.

De fato, nada há no direito brasileiro que expressamente autorize a aplicação, de uma indenização punitiva, traduzida no acréscimo ao valor estritamente indenizatório de um valor excedente com este específico fim. Aliás, nesse sentido, alerta MORAES que a ausência de previsão expressa não se trata de mero acidente, mas de efetiva recusa legislativa nesse sentido:

Apesar do posicionamento doutrinário e jurisprudencial nesta matéria, não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva, ao lado da função compensatória, à indenização de danos extrapatrimoniais. Ao contrário, o instituto dos chamados (erroneamente) "danos punitivos" foi, por diversas vezes, rejeitado pelo legislador nacional.⁶⁴

⁶⁴ (MORAES 2004, 47-48).

Isso não tem impedido, contudo, a sua ampla defesa por parte da doutrina e a sua massiva menção nos julgados.

Cumpre, antes de adentrar mais profundamente o tema, entender que a chamada “função punitiva dos danos morais” possui, em verdade, três acepções correntes: a primeira residiria na consideração de que qualquer valor indenizatório arbitrado (ainda que relativo a danos materiais) teria sempre um caráter punitivo, na medida em que a incursão forçada ao patrimônio do autor para satisfação do dano teria sempre a capacidade de puni-lo pela geração do dano:

Outrossim, em que pese a existência de caráter não sancionatório na responsabilidade civil, não se pode descurar que o montante da indenização arbitrado pelo magistrado exerça importante função educativa no espírito do ofensor. Não se deve desmerecer que o pagamento de uma determinada importância, a qual o lesionador é compulsoriamente obrigado a desembolsar, enquanto corresponde a uma subtração de parte de seu patrimônio, retrata uma indisfarçável função punitiva. (...).⁶⁵

No entanto, não é essa a acepção que nos interessa, na medida em que o caráter punitivo, nesse caso, seria mera colateralidade de toda e qualquer indenização (logo, meramente acidental), e ainda, porque parece confundir punição (aqui entendida como a imposição de sanção de caráter aflagrante, cuja manifestação mais típica se vê no direito penal) com o conceito de sanção (concebida neste trabalho, como adiante se irá detalhar, como toda e qualquer resposta jurídica a violação de norma legal, sempre com algum – ainda que incipiente – poder dissuasório, atrelado à própria natureza do Direito como sistema e mecanismo de controle de condutas).

Outra acepção estaria atrelada à noção de que os danos morais, em função da inexistência de expressão econômica dos direitos lesados, não poderiam ser efetivamente “reparados” por meio de condenação em pagamento de pecúnia, de forma que o valor arbitrado configuraria punição ao ofensor, aplacando o sentimento de vingança da vítima ao mesmo tempo em que a ela traria alento:

Nessa linha de entendimento, Caio Mário pondera que na indenização por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas causas: "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 satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material (Mazeaud e Mazeaud, ob. Cit. n.º 419; Alfredo Minozzi, *Danno non patrimoniale*, n.º 66) o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de

⁶⁵ (REIS 2002, 146-147).

qualquer maneira o desejo de vingança (Von Tuhr, *Partie Générale do Code Fédéral des Obligations*, I, § 106, apud Silvio Rodrigues, in loc. Cit.) A isso é de acrescentar que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima. Essa "dupla face" da indenização do dano moral é apontada por Sérgio Cavalieri Filho, que enxerga, ao lado da finalidade satisfatória, uma função punitiva para essa indenização: "Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as conseqüências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito - compensação -, que, além de diverso do ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava "substituição do prazer, que desaparece, por um novo". Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima".⁶⁶

Segundo essa concepção, a indenização do dano moral seria sempre essencialmente punitiva – e dessa forma quantificada, levando-se em conta, ao mesmo tempo, a extensão do dano (logo, sua função indenizatória) e a punição devida ao agente (logo, sua função punitiva), embutidas, ambos os objetivos, no mesmo *quantum*. Esta noção será objeto de análise deste trabalho, na medida em que, ao convergir punição e reparação, dá à indenização temida obscuridade, como adiante será detalhado, até porque se confunde, em parte, com o conceito a seguir delineado.

Ademais, existe na concepção em questão uma confusão entre indenização e pena, que, no entanto, no entendimento de muitos autores, é impertinente no direito atual, como aduz CAHALI, nas seguintes observações:

O direito moderno sublimou, assim, aquele caráter aflitivo da obrigação de reparar os danos causados a terceiro, sob a forma de sanção legal que já não mais se confunde - embora conserve certos resquícios, com o rigoroso caráter de pena contra o delito ou contra a injúria, que lhe emprestava o antigo direito, apresentando-o agora como conseqüência civil da conduta exigível, que tiver causado prejuízo a outrem.⁶⁷

Ainda o pensamento de LOPES, em que aponta a confusão como benéfica e como única saída à aceitação da possibilidade de indenização dos danos morais:

Sob a ótica estritamente reparatória da responsabilidade civil, a indenização por danos morais encerra um paradoxo insolúvel. Os direitos da personalidade, como decomposição da dignidade da pessoa humana, conforme a lição de Kant, caracterizam-se por não terem equivalente ou preço. (...). É marcante a desorganização que a sanção da ofensa ao dano moral impõe à distinção entre a sanção civil e a penal. Não se lhes pode negar o caráter de pena privada. Eles não são apenas uma satisfação e uma reposição, mas sobretudo uma pena privada que beneficia a vítima ao invés do Estado.

⁶⁶ (ANDRADE 2009, 152).

⁶⁷ (CAHALI, Dano Moral 1998, 39).

Todavia, é justamente a partir dessa confusão entre indenização por danos morais e pena que se pode superar o seu paradoxo. Na arena estrita da equivalência e da reposição do bem lesado, não haveria solução para a perplexidade de apreciar o inapreciável.

É o próprio Kant que ressalta que a violação de direitos humanos reduz o homem a um meio, na medida em que o violador estará utilizando o ofendido como um meio para seus objetivos. A lesão dos direitos da personalidade é, portanto, uma ofensa à dignidade da vítima. Por isso, não se trata de reparar o dano, que não tem equivalente, mas de retribuir a reprovabilidade do autor do dano que menospreza a dignidade do ofendido. Aí está o título que fundamenta e legitima a vítima a receber em seu proveito a punição do violador.⁶⁸

Finalmente, há o conceito segundo o qual a indenização punitiva diz respeito, como já pincelado em linhas anteriores, ao montante arbitrado isoladamente, para além da quantia considerada suficiente à compensação do dano sofrido pela vítima, com o fim específico de, com essa adição, punir o ofensor.

Os *punitive damages* são definidos como: "Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo." São também usualmente denominados *exemplary damages*. Constituem a soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria.⁶⁹

Para entender melhor o instituto, cumpre fazer uma análise de seu histórico e das polêmicas envoltas em sua adoção em nosso ordenamento.

2.1. Conceitos e Origens Históricas: o resgate da moral

Residindo, como já bem se apontou no primeiro capítulo deste trabalho, no instituto da responsabilidade civil o escopo precípuo de reparação de danos, a chamada indenização punitiva trata exatamente da atribuição à indenização, para além do caráter meramente reparatório do dano, de um caráter aflitivo, dando contornos de pena, ou sanção efetivamente punitiva, ao montante arbitrado em situações de indenização civil.

Antes de adentrar nas implicações da atribuição deste caráter aflitivo à indenização, cumpre tecer algumas considerações, em contraposição ao que já se apresentou acerca da responsabilidade civil, e quanto ao instituto da "pena". Mostra-se sobremaneira importante não apenas conceituá-la e delinear-la, mas apresentar também algumas considerações a respeito de seus pressupostos de aplicação, que decorrem de seu caráter eminentemente aflitivo, implicando a necessidade de adoção de diversos princípios de Direito

⁶⁸ (O. de A. LOPES 2006, 149-150).

⁶⁹ (ANDRADE 2009, 186).

garantidores da liberdade individual, protetores da dignidade do apenado e limitadoras do poder de punição e das arbitrariedades que dele podem decorrer.

2.1.1. Caráter Punitivo: delimitação da pena

A pena, assim como a reparação civil, é um meio de sanção a uma conduta antijurídica. ANDRADE, ao tratar do tema, enumera cinco tipos de sanções de acordo com sua função precípua, que, como bem se verifica, podem se realizar por meio da reparação civil ou por meio da aplicação de pena:

As sanções podem ser classificadas de acordo com a função que exercem. Por essa perspectiva, as sanções, de acordo com José Oliveira Ascensão, seriam divididas em: compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas. A sanção *compulsória*, de relativamente escassa aplicação, consiste em medida que visa a compelir à realização, ainda que tardiamente, da conduta que deveria ter realizado. É o caso da prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel, admitida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal; *reconstitutiva* é a sanção que impõe a reconstituição em espécie da situação anterior à transgressão da ordem jurídica. Assim, por exemplo, a expulsão do invasor de um terreno ou a apreensão do bem móvel que se encontra em poder do devedor; sanção *compensatória* é aquela que, ante a impossibilidade de reconstituição da situação se fato anterior à violação do direito, impõe o pagamento de uma soma em dinheiro como equivalente do dano patrimonial ou atenuação do dano moral; *punitiva* é a sanção representativa de uma reprovação jurídica da conduta ilícita e que lhe serve de castigo ou retribuição; finalmente, sanção *preventiva* é a medida jurídica que tem por finalidade precípua prevenir violações futuras por parte daquele que já incorreu em um ilícito, cuja reiteração se receia⁷⁰.

Em que pesem ponderações por diferentes temperamentos na distribuição das funções da sanção, grosso modo, tem-se que, o papel primordial da reparação civil reside nas funções *reparatória* e *compensatória*, enquanto a pena teria como foco essencial as funções *punitiva* e *preventiva*, sendo que a sanção *compulsória* pertenceria a categoria à parte, não sendo característica tampouco da reparação civil tampouco da pena, observando-se, no entanto, sua aplicação em direito civil nas prisões civis⁷¹ e nas cominações de astreintes.

KELSEN indica com singeleza a distinção entre as sanções civil e penais:

Melhor se poderia dizer que a diferença entre a sanção penal e a civil se estriba no objetivo que perseguem. A sanção civil se estabelece para reparar do dano causado por uma conduta socialmente prejudicial; a sanção penal é uma medida retributiva, ou segundo o ponto de vista atual, uma medida preventiva. A diferença, entretanto,

⁷⁰ (ANDRADE 2009, 138).

⁷¹ Com relação às prisões civis como modalidade de sanção compulsória, é importante destacar a Súmula Vinculante nº 25, do Supremo Tribunal Federal, de seguinte teor: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Segundo a Corte, das hipóteses excepcionadas pela Constituição Federal à vedação à prisão civil (art. 5º, LXVII), subsiste no ordenamento apenas a prisão civil do devedor de alimentos, tendo sido afastada a legalidade da prisão do depositário infiel pela adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, ambos de 1992, aos quais se confere *status* supralegal (vide RE 349703 e RE 466343 do STF).

só é relativa, já que não se pode negar que a sanção civil também tem uma função retributiva⁷².

Desenvolvendo a ideia de que à pena caberiam as funções punitiva e preventiva, ANDRADE apresenta os ensinamentos de Magalhães NORONHA acerca da finalidade da pena:

Várias são as teorias que buscam o fundamento ou a razão de ser da pena. Todas elas gravitam em torno de duas idéias básicas: a *retribuição* e a *prevenção*. Assim é que, vinculadas a uma dessas idéias ou a ambas, formaram-se três classes de teorias: as *absolutas* (de retribuição ou retributivistas), as *relativas* (utilitárias ou utilitaristas) e as *mistas* (unitárias ou ecléticas).

As teorias absolutas fundam-se na *retribuição*. Para elas, a pena é a retribuição do mal com o mal: é exigência de justiça. Ao mal do crime deve contrapor o mal da pena. Só assim se restaura a igualdade no ordenamento jurídico.

O crime é a negação do Direito, e a pena, como negação do crime, constituiria uma negação da negação, ou seja, anularia o crime, afirmando ou restabelecendo o Direito.

(...).

Já para as *teorias relativas*, a pena tem uma finalidade essencialmente prática ou utilitária. A preocupação dessas teorias não é com o "porquê" da pena, mas com o seu "para quê".

A pena deve ser racional, impossibilitando que as pessoas pratiquem crimes ou emendando aqueles que já delinqüiram para que não cometam outros delitos. A finalidade da pena é impedir a prática do crime através da coação psíquica (ameaça) [geral] ou física (segregação) [especial]. Conclui-se, então, que a pena deve servir como uma prevenção do crime.

Por fim, as teorias *mistas* procuram uma conciliação entre as idéias de *retribuição* e *prevenção*. A pena teria esse duplo aspecto. Ela tanto consistiria numa retribuição pelo mal causado, sob o aspecto da justiça, como também deveria perseguir a prevenção geral e a especial, buscando o aspecto utilitário.

A legislação ocidental penal moderna é, hoje, fundada nas idéias tanto de retribuição quanto de prevenção. As teorias mistas, portanto, têm prevalecido⁷³.

Nesse diapasão, verifica-se que a pena tem como foco a idéia de punição do ofensor de um direito com o objetivo social da prevenção de condutas semelhantes, seja por parte do ofensor, seja pelos demais indivíduos, que vêem na punição do ofensor uma medida exemplar da sanção jurídica em caso de transgressões.

Tendo por base sempre a realização de conduta faltosa, na inobservância de um preceito, e tendo por objetivo sempre a supressão de condutas socialmente indesejadas e reprováveis, a pena apresenta um forte conteúdo moral. Exatamente por esse motivo que o Direito penal volta sua atuação, em regra, sobre as condutas dolosas, atuando apenas excepcionalmente sobre as condutas culposas, sendo rechaçada a noção de responsabilidade penal objetiva, que, apesar de concebida por alguns teóricos, não é adotada pelo ordenamento.

⁷² (KELSEN *apud* O. de A. LOPES 2006, 149)

⁷³ (ANDRADE 2009, 138-140).

Os meios de apenamento modificaram-se e evoluíram ao longo da história, acompanhando as mudanças sociais, culturais, políticas, filosóficas e até mesmo econômicas das sociedades em que inseridas. No mundo ocidental, onde focamos nossa análise, partiram de uma origem violenta, em que as penas representavam retaliação de caráter eminentemente corporal, até o desenvolvimento dos cinco princípios basilares⁷⁴ (legalidade, proibição de penas cruéis, pessoalidade, presunção de inocência e obediência ao devido processo legal) que contingenciam a natureza e aplicação de penas nos Estados de Direito modernos.

Assim, nos primórdios da civilização ocidental – e ainda em algumas sociedades – podiam ser observadas penas eminentemente corporais e de caráter cruel, como as torturas e trabalhos forçados; além disso, em virtude das estruturas sociais de caráter grupal – tribal ou familiar, em contraposição ao paradigma contemporâneo do individualismo – as penas muitas vezes estendiam-se não apenas ao indivíduo transgressor, mas ao seu grupo familiar ou tribal. Nesses casos, a pena violenta constituía um meio de expiação do mal (por meio do sacrifício e do suplício – até mesmo, em algumas circunstâncias, para aplacar a ira dos Deuses), ou de vingança entre grupos. Num sistema diretamente retributivo, as penas aplicavam-se diretamente pelo ofendido, seus familiares ou seu grupo social, cabendo a satisfação da justiça ao injustiçado, ao seu alvitre. Noutras palavras, a busca da “justiça” por meio da vingança, que poderia mesmo implicar em um ciclo interminável de retaliações recíprocas e um escalonamento da violência.

A primeira evolução diz respeito mesmo à evolução do Direito como instrumento de pacificação social, com a monopolização do uso da violência por parte do Estado como meio de controle social. A aplicação da violência, na concepção de FOULCAULT, configura-se como um meio de afirmação da força e do poder do soberano, que deve ser respeitado e temido. A restrição da aplicação da pena, no desenvolvimento narrado pelo autor, diz respeito também à extensão da aplicação da pena, que passou a ser personalíssima, de modo que pela transgressão cometida passou a responder apenas o transgressor, não mais abrangendo a punição também aos familiares ou a ao grupo social a que pertence. Desta forma controlou-se o ciclo de eternas retaliações entre grupos e se fixou seu poder de aplicação nas mãos do soberano. Ademais, há nesta concentração, além de uma afirmação de poder, um sentido de utilidade, na medida em que há maior probabilidade de que o Estado alcance o

⁷⁴ Vide tópico 2.1.2 “Princípios Penais: aplicabilidade à indenização punitiva”, p. 41.

almejado controle de condutas quando assume também a resposta adequada às condutas inadequadas, não as deixando mais ao alvedrio (e à desordem) da retaliação pelos particulares.

O suplício judiciário deve ser compreendido também como um ritual político. Faz parte, mesmo num modo menor, das cerimônias pelas quais se manifesta o poder.

A infração, segundo o direito da era clássica, além do dano que pode eventualmente produzir, além mesmo da regra que infringe, prejudica o direito do que faz valer a lei:

(...).

O crime, além da sua vítima imediata, ataca o soberano: ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe. (...).

(...).

A intervenção do soberano não é portanto uma arbitragem entre dois adversários; é mesmo muito mais que uma ação para fazer respeitar os direitos de cada um; é uma réplica direta àquele que a ofendeu.

(...)

"O castigo não pode ser identificado nem medido como reparação do dano; (...).⁷⁵

Desse passado, os sistemas de apenamento passaram por longa evolução, em paralelo às evoluções observadas nas estruturais sociais e concepções filosóficas surgidas ao longo da história, passando a ser vistas, mais adiante, como função precípua e necessária do poder, cuja aplicação passou a ser pautada por critérios econômicos de eficiência e eficácia⁷⁶, condizente com a mentalidade produtiva do período. Concomitantemente, concorreu alteração na forma de aplicação das penas em decorrência da evolução dos pensamentos humanitários já no século XIX, que propiciou o banimento das penas de caráter cruel como as tortura e os trabalhos forçados. A partir desse ponto, as penas perderam muito de seu caráter corporal, e passaram a atuar mais não mais sobre o corpo do acusado, mas essencialmente sobre sua esfera de liberdade e sobre seu patrimônio, tolhendo ou limitando-os.

Na verdade, a passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais é correlato com a extensão de um afinamento das práticas punitivas.

(...).

Durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana como na crítica das instituições, vemos formar-se uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar. E a "reforma" propriamente dita, tal como ela se

⁷⁵ (FOULCAULT 1989, 45).

⁷⁶ Estabelece, assim, as seguintes regras: Regra da quantidade mínima: o crime é cometido porque traz vantagem (sem vantagem não há crime); Regra da idealidade suficiente: se o motivo do crime é a vantagem, a eficácia da pena está na desvantagem que representa; Regra dos efeitos laterais: a pena é tanto mais eficiente quanto capaz de convencer aos demais da punição; "Regra da certeza perfeita: É preciso que, à idéia de cada crime e das vantagens que se esperam dele, esteja associada a idéia de um determinado castigo, com as desvantagens precisas que dele resultam; é preciso que, de um a outro, o laço seja considerado necessário e nada possa rompê-lo. (...)" (FOULCAULT 1989, 87); Regra da verdade comum: prova do crime pela lógica (e não pelos antigos meios de tortura etc que levavam à obtenção da verdade no crime de meio diferente da nas demais verdades da vida); "Regra da especificação ideal: Para que a semiótica penal recubra bem todo o campo das ilegalidades que se quer reduzir, todas as infrações têm que ser qualificadas; têm que ser classificadas e reunidas em espécies que não deixam escapar nenhuma ilegalidade. (...)" (FOULCAULT 1989, 89).

formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.

(...).

Deslocar o objetivo e mudar sua escala. Definir novas táticas para atingir um alvo que agora é mais tênue mas também mais largamente difuso no corpo social. (...) Colocar novos princípios para regularizar, afinar, universalizar a arte de castigar. Homogeneizar seu exercício. Diminuir seu custo econômico e político aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos. Em resumo, constituir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: essas são sem dúvidas as razões de ser essenciais da reforma penal no século XVIII.⁷⁷

Aliás, FOULCAULT identifica a evolução dos mecanismos de apenação também com os fatores políticos e produtivos existentes em uma sociedade, sendo certo que a punição tem sempre um papel a cumprir na sociedade em que se insere⁷⁸.

Aliás, acerca do pensamento de eficiência econômica e utilitária por trás dessa última evolução apresentada, podemos identificar concepção semelhante àquela que orienta a atual descrição da corrente do Direito e Economia (*Law & Economics*) acerca do mecanismo e utilidade das penas ora existentes, como bem explicitam COOTER e ULLEN, tratando da necessidade da existência de um direito penal, além da responsabilidade civil, para o controle daquelas condutas em que é impossível a indenização perfeita⁷⁹ e o interesse não é a recomposição do dano decorrente, mas a não realização da conduta:

Até o momento, defendemos que dois obstáculos impedem o uso da indenização no lugar da punição: primeiro, a indenização perfeita pode ser impossível; segundo, mesmo que a indenização perfeita seja possível, a lei pode tentar proteger os direitos das vítimas em potencial em vez de seus interesses. [Os autores classificam os direitos patrimoniais como interesses e os direitos-liberdades como direitos.]

Existe um terceiro motivo para suplementar a responsabilidade civil com penas em algumas circunstâncias: as penas frequentemente são necessárias para fins de dissuasão. Imagine, por exemplo, que um ladrão está considerando se deve roubar um televisor de \$1.000. Imagine que a probabilidade de o ladrão ser preso e condenado é igual a 50%. Imagine também que o direito de propriedade responsabiliza o ladrão, mas que o direito penal não pode puni-lo. O custo esperado do roubo para o criminoso é igual à responsabilidade esperada: $0,5(\$1.000) = \500 . O benefício para o ladrão é igual a \$1.000. Assim, o benefício esperado líquido para

⁷⁷ (FOULCAULT 1989, 72, 76 e 82).

⁷⁸ Nesse sentido, ressalta o seguinte: "Do grande livro de Rusche e Kirchheimer podemos guardar algumas referências essenciais. Abandonar em primeiro lugar a ilusão de que a penalidade é antes de tudo (se não exclusivamente) uma maneira de reprimir os delitos e que nesse papel, de acordo com as formas sociais, os sistemas políticos ou as crenças, ela pode ser severa ou indulgente, voltar-se para a expiação ou procurar obter uma reparação, aplicar-se em perseguir o indivíduo ou em atribuir responsabilidades coletivas. Analisar antes os "sistemas punitivos concretos", estudá-los como fenômenos sociais que não podem ser explicados unicamente pela armadura jurídica da sociedade nem por sua opções éticas fundamentais; recolocá-los em seu campo de funcionamento onde a sanção dos crimes não é o único elemento; mostrar que as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos "negativos" que permitem reprimir, impedir, excluir, suprimir; mas que elas estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos úteis e elas têm por encargo sustentar (e nesse sentido, se os castigos legais são feitos para sancionar as infrações, pode-se dizer que a definição das infrações e sua repressão são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções). Nessa linha, Rusche e Kirchheimer estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam: (...)." (FOULCAULT 1989, 27).

⁷⁹ Segundo a teoria econômica do Direito, a indenização perfeita é aquela que restitui integralmente a situação que haveria se o ato danoso não houvesse sido praticado (seja economicamente ou não, conforme os diferentes utilidades almejadas: saúde, finanças, etc.).

o ladrão é igual a \$1.000 - \$500 - \$500. Nesse exemplo, a responsabilidade civil sem o uso das penas torna o roubo uma atividade lucrativa.

Em geral, os ladrões não podem ser dissuadidos pela exigência de que devolvam a propriedade roubada sempre que forem pegos. Para dissuadi-lo do crime, a lei deve impôr penas severas o suficiente para que o benefício líquido esperado do crime para o criminoso seja negativo. No exemplo anterior, a dissuasão do ladrão exige o retorno do televisor, ou o ser valor de \$1.000, somado a uma multa.

De acordo com a discussão anterior, o direito da responsabilidade civil normalmente tenta internalizar⁸⁰ os custos, como o risco de acidentes. Depois que os custos são internalizados, os agentes estão livres para agirem como bem entenderem, desde que paguem o preço por suas ações. A internalização, no entanto, não é o objetivo correto quando a indenização perfeita é impossível, ou quando os indivíduos querem que a lei proteja seus direitos em vez de seus interesses⁸¹, ou quando os erros de execução prejudicam sistematicamente a responsabilidade civil. Nesses casos, o objetivo correto da lei é a dissuasão, fazendo com que os agentes não estejam livres para pagar o preço por suas ações e agirem como bem entenderem. Em vez disso, as penas são calibradas para dissuadir os agentes que preferem realizar o ato apesar do preço.⁸²

Em todos os casos, o que se identifica dos processos evolucionários acima descritos é que a pena se constitui como um sistema de violências institucionalizadas, praticadas diretamente contra o indivíduo ou quaisquer de seus direitos (ainda que meramente patrimoniais) com o intuito de exercer algum tipo de determinismo sobre sua conduta e dos demais membros da sociedade, no sentido de coibir e desencorajar a prática de condutas socialmente indesejáveis.

Exatamente em função desse caráter de violência institucionalizada tomado pela pena é que todas essas evoluções históricas acima elencadas levaram ao desenvolvimento dos diversos Princípios de Direito que regem a aplicação de penas e contingenciam sua utilização nos Estados de Direito, revelando-se como ferramentas de proteção e garantia do indivíduo face à ameaça de apenamento.

Neste quadro, torna-se essencial apresentar os princípios que visam proteger o indivíduo, de modo a assegurar a justiça na aplicação da pena, para que se realize somente quando devida a punição, e apenas na medida em que necessária à adequada repreensão e desestímulo de práticas antijurídicas.

2.1.2. Princípios Penais: aplicabilidade à indenização punitiva

Dentre os princípios que regem a aplicação da pena, cujo estudo merece atenção neste trabalho, o mais antigo, a propósito, diz respeito, nos ensinamentos de LOPES, à

⁸⁰ A título de esclarecimento, cumpre explicitar que a “internalização” referida pelos autores consiste na transferência do prejuízo, que recairia sobre o patrimônio da vítima, para o patrimônio daquele que causou o dano, que, portanto, “internaliza” o custo que até então era exterior à sua economia.

⁸¹ Aqui, verifica-se a diferenciação entre os “direitos”, consistentes nas garantias que são conferidas aos cidadãos, contrapostos aos “interesses”, aqui descritos como os bens da vida passíveis de lesão (o patrimônio, a vida, a saúde).

⁸² (COOTER e ULLEN 2010, 474).

primeira das evoluções acima elencadas, se identificando, no entanto, com a própria legitimação contemporânea do Estado de Direito, qual seja, a publicização da resposta penal:

O processo de publicização da reação penal corresponde talvez à mais antiga aspiração do Direito Penal com a substituição das formas primitivas de vingança privada, substituindo o Estado progressivamente a titularidade de exercício desse poder retributivo-sancionatório. Pode-se até mesmo inferir que nesse câmbio desenvolvem-se ainda hoje as tendências restritivas da reação penal. Na passagem para a publicização da reação penal desvenda-se um sentido utilitário e proporcional na sanção, absolutamente desconhecido nas priscas eras da pena privada.

Especificamente sobre a *publicização* há de se considerar ainda que esta funciona como um princípio geral da democracia. Seus efeitos, mesmo em matéria exclusivamente penal, projetam-se além da mera ciência pública das leis para representar a exigência de uma permanente legitimação democrática mediante um processo ativo de trocas entre os órgãos do Estado e o cidadão. Embora a doutrina tradicional não alinhe o princípio da publicização como um dos fundamentos da democracia, faze-mo-lo pela sua relevância no estudo da base democrática contida no direito penal.⁸³

No Direito brasileiro, esses princípios encontram-se consagrados na Constituição Federal, sob o título dos direitos e garantias individuais fundamentais, sendo considerados basilares. Basta uma breve passagem pelo art. 5º da Constituição Federal para ver elencados os princípios protetivos que visam à salvaguarda do indivíduo, na esteira do desenvolvimento histórico apresentados nas linhas precedentes, destacando-se os incisos III, XXXIX, XL, XLV, XLVII, XLIX, LII, LIV, LV e LVII.

Revelam-se, dos incisos citados – que são apenas pequena amostra das diversas garantias constitucionais sobre o tema –, alguns dos princípios basilares de garantia do indivíduo em face da aplicação de penas, sendo eles: i) legalidade e taxatividade (prévia cominação legal); ii) proibição de penas cruéis ou degradantes; iii) limitação da pena à pessoa do condenado; iv) devido processo legal – aí inclusos o juiz natural, direito à ampla defesa e restrição às provas de obtenção legítima; e v) presunção de inocência. Esses são os cinco pilares da limitação das penas em prol da liberdade e dignidade individuais, sem que se excluam tantos outros, identificados pela doutrina, que assistem à garantia do indivíduo contra pena:

Segundo a classificação feita por Luiz Luisi, relativamente à pena, estão expressamente previstos no texto constitucional os princípios da legalidade, da pessoalidade, da individualização e da humanização. Sem embargo, a Lei Magna nos permite auferir princípios implícitos, quais sejam o da necessidade, proporcionalidade e função ressocializadora da sanção penal. (...).⁸⁴

⁸³ (M. A. R. LOPES 1997, 40)

⁸⁴ (CORRÊA JUNIOR e SHECAIRA 1995, 27).

Do acima, retiram-se, por exemplo, o princípio da necessidade, da proporcionalidade e da função ressocializadora. Ademais, dos dois primeiros é possível ainda retirar o princípio do *ne bis in idem*, na medida em que não se poderia considerar necessário ou proporcional a dupla apenação de uma mesma conduta culpável.

Algumas das garantias acima elencadas, como ninguém ousaria desmentir, são garantias não apenas contra a imposição de penas, como o devido processo legal e a presunção de inocência. Tais limites, ademais, fixados no substrato constitucional – não meramente, mas em suas cláusulas pétreas –, trazem limitações não apenas ao julgador quanto a aplicação da punição, mas desde ao legislador na elaboração de preceitos penais.

É de se ressaltar que, a despeito do desenvolvimento de tais princípios ter florescido principalmente no que concerne às penas criminais, eles têm pertinência na defesa do indivíduo contra arbitrariedades na aplicação de todo e qualquer tipo de pena em direito previstas, aí inclusas as penas de natureza administrativa, e, quiçá, naquelas de caráter civil, não se podendo restringi-las às situações em que se cerceia a liberdade do indivíduo, mas sempre que qualquer ingerência em seus direitos com finalidade punitiva, ainda que caracterizado por mero tolhimento patrimonial. Trata-se da defesa do indivíduo contra toda e qualquer arbitrariedade que se lhe imponha, especialmente contra aquelas institucionalizadas.

Como já ressaltado, serão essas garantias, na visão de LOPES, que revelarão a existência de um autêntico Estado de Democrático de Direito. Nesse diapasão, o autor dá sobrelevada importância ao princípio da legalidade:

Por ser hoje uma garantia indispensável à conservação dos valores democráticos do Estado, sua eleição atingiu foros de unanimidade constitucional, indistinta em relação ao homem, não limitada no tempo e no espaço e de conteúdo garantidor inequivocamente primordial em relação às colocações mais subjetivistas sobre sua incidência.

No fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que se sejam impostas por outra via que não seja a da lei.

(...).

Sem dúvida alguma é muito salutar, em um Estado de Direito, a positivação constitucional do princípio da reserva legal. Embora dependa em muito da interpretação que os juízes venham dar às leis ordinárias e constitucionais, a simples figuração da garantia constitui fator inibitório ao arbítrio. Mais ainda, a legalidade geral, historicamente, é remanescente dos direitos consagrados pela *Magna Charta Libertatum*, de 1215, cuja primeira manifestação legalista deu-se no âmbito punitivo, alargando-se depois a abrangência do conceito. O princípio da legalidade penal é fonte de inspiração de modernas doutrinas de cunho democrático na análise do crime.

(...).

É preciso erguer como premissa na análise da questão para a extração de seus contornos mais avançados a idéia de sistema de direito e da análise da Constituição posta como núcleo fundante dessa idéia de sistema, representando a Constituição uma referência permanente na análise integradora e interpretativa das regras finais do sistema.

O Direito Penal ergueu-se sobre o postulado da defesa da liberdade do homem, com meio constritor às ações do Estado [...] segundo o talante do déspota plantonista na ocasião. (...).⁸⁵

Adiante, ressalta ainda o desdobramento do princípio da taxatividade como essencial à efetiva realização da legalidade:

Reflete-se também sobre o sistema penal desenvolvido à luz do Estado de direito material um sentido renovado para o princípio da legalidade exprimido pelas dimensões alcançadas pelo princípio da taxatividade que dele se emancipa. Este jamais seria alcançado fora das condições de justiça e equidade geradas pelo Estado de direito material.

Os últimos desdobramentos do princípio da legalidade referem-se à proibição de incriminações vagas e imprecisas - *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. A função da garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometido se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos.

(...).

O princípio da legalidade [...] alcançou uma nova dimensão, a do chamado "mandato de certeza". (...) É mister que a lei defina o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais da conduta humana de forma a torná-la inconfundível com outra, e lhe comine pena balizada dentro de limites não exagerados." (fl. 61).

(...).

Como sugere Batista, escorando-se em Toledo, formular tipos penais genéricos ou vazios, valendo-se de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados ou ambíguos, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso.

(...)

(...) **a incriminação de puros desígnios subjetivos, o uso e abuso de elementos subjetivos do tipo são inimigos naturais do princípio da legalidade**, mediante utilização de refinada técnica jurídica pelo Estado moderno em seu desiderato de exigir cada vez mais poder em detrimento das garantias jurídicas formais e substanciais dos direitos individuais da pessoa humana.⁸⁶

Estende ainda toda a explanação à necessidade de taxatividade não só quanto à conduta tida por culposa, mas também à pena que se lhe comina, com a determinação de suas limitações e da margem de arbítrio do juiz na sua fixação:

O grau de determinação que se recomenda não alude só e especificamente ao preceito primário, mas também à cominação da sanção que, embora não necessite ser determinada (nem se o recomenda, até mesmo pela existência de outro princípio constitucional), ao menos deve ser determinado dentro das chamadas margens penais, ou seja, um parâmetro dentro qual o juiz, verificando as condições próprias do delito, tem possibilidade de graduar a pena ou mesmo de escolher o regime ou forma de cumprimento. O preceito secundário deve abranger não só a espécie de pena aplicável, como também seus limites e regras de seu cumprimento.

(...).

⁸⁵ (M. A. R. LOPES 1997, 56-58).

⁸⁶ (M. A. R. LOPES 1997, 59-63).

A determinação da pena deverá, portanto, ser sempre um compromisso entre a fixação legal (exigência de segurança jurídica) e a determinação judicial (justiça do caso particular), e este compromisso desaparece quando o juiz através de margens penais dilatadas absorve tarefas próprias do legislador, com significado de arbítrio incontrolável e de ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes, que são pressupostos fundamentais do Estado de Direito.⁸⁷

Conclui o autor:

A legalidade é a nota essencial do Estado de Direito, é basilar no Estado Democrático. Assim, antes de ser princípio constitucional do Direito Penal, é princípio fundamental da constituição democrática do Estado de Direito que se institui. É nesse sentido que deve ser interpretado, entre nós, o texto do art. 5º, inc. II da Constituição ao estatuir que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude da lei". Esse é o princípio geral da legalidade, segundo o qual toda obrigação de conduta ativa ou omissiva, apenas poderá advir de lei. (...).⁸⁸

Com relação ao conteúdo do princípio da legalidade, as considerações de CORRÊA e SHECAIRA:

O princípio da legalidade desdobra em quatro decorrências lógicas: não se admite a edição de leis retroativas; proíbe-se o agravamento da punibilidade ou a simples punição pelo direito consuetudinário; descarta-se a idéia de analogia in malam partem; afasta-se a admissibilidade de leis indeterminadas.

A lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir. É necessária a existência de uma tipologia de condutas humanas que ofendam bens jurídicos tutelados pelo Estado. A eficácia do princípio da legalidade está condicionada à técnica legislativa para a descrição de condutas proibidas. Deve o legislador procurar formar tipos observando que ao mesmo tempo não sejam vagos - o que destruiria o próprio princípio - sem perder de vista a generalização de condutas existentes (...).

A segunda decorrência lógica do princípio da legalidade concerne à inadmissibilidade da invocação do direito consuetudinário para fundamentar a agravamento da pena. O direito, quando não estiver melhorando a situação do agente do fato, pode tão-somente partir de leis escritas evitando-se, assim, a reedição do que ocorria no direito medieval, com extremado arbítrio do juiz, que podia julgar conforme os costumes.

Outro corolário do princípio da legalidade é a proibição do emprego de analogia em relação às normas incriminadoras que possam agravar a pena em hipóteses não previstas em lei, semelhantes às que são mencionadas. Analogia, por ser uma forma de se suprir a lacuna da lei, supõe a inexistência de uma norma legal específica. Ora, a exigência da lei prévia e estrita impede a aplicação da analogia in malam partem, não obstando obviamente, sua aplicação em benefício do agente do delito, por simples questão de equidade.⁸⁹

Ainda quanto aos princípios fundamentais da pena, outro, princípio de preponderada relevância diz respeito à pessoalidade, segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado, não podendo ser alvo da pena aquele que não contribuiu para a conduta apenada e, a propósito, contribuição ao menos culposa, se não dolosa.

⁸⁷ (M. A. R. LOPES 1997, 63-64).

⁸⁸ (M. A. R. LOPES 1997, 96).

⁸⁹ (CORRÊA JUNIOR e SHECAIRA 1995, 113-114).

O princípio da pessoalidade ou responsabilidade pessoal é expresso na Constituição em seu art. 5º, inc. XLV e também tem sua origem no Iluminismo. Segundo tal dispositivo, previsto nas principais Declarações de Direitos nas Cartas brasileiras, nenhuma pena deverá passar da pessoa do condenado. Assim, ninguém responderá por um crime se não o tiver cometido ou ao menos colaborado com a sua consumação. (...).

Questão hoje superada pela doutrina é a incidência da responsabilidade subjetiva na incriminação de um comportamento e a consequente atribuição de uma sanção. Não existe crime se não houver ao menos culpa, ou seja, um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso. O art. 19 do Código Penal ratifica tal entendimento ao dispor que, pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responderá aquele que o houver causado ao menos culposamente.

Destarte, não se sujeitará alguém à imposição de pena sem que se demonstre sua culpabilidade. Fica, portanto, afastada a possibilidade de se admitir a responsabilidade objetiva em matéria penal, máxime face ao princípio acima referido. A culpabilidade é inerente ao princípio da personalidade da pena.⁹⁰

Da simples leitura das linhas passadas, torna-se evidente que todos os princípios acima explicitados têm como pano de fundo e origem comum os mesmos ideais e o mesmo objetivo precípua: garantir o indivíduo contra aplicações de penas – que, como já explicitado neste trabalho, não são nada mais que uma violência institucionalizada a quaisquer de seus direitos com um intuito específico – de modo arbitrário, injusto ou excessivo, seja pelas mãos de um particular, seja pelas mãos do Estado. E por isso mesmo, diante da necessidade de assegurar dos direitos dos cidadãos contra uma violência oficial e institucionalizada é que se torna tão importante a aplicação dos princípios que a regem (e, mais exatamente, a limitam) a todo e qualquer tipo de pena, de toda e qualquer natureza, seja ela corporal ou meramente pecuniária, seja ela oriunda de norma de Direito Penal ou de caráter administrativo ou ainda civil.

Daí, aliás, a origem das numerosas polêmicas acerca do instituto da indenização punitiva e sua aplicação no Direito Pátrio, especialmente diante das perplexidades que gera quanto à incidência dos princípios acima elencados, em especial no que diz respeito ao princípio da legalidade – tão caro (como deixam evidentes os citados acima) – e todos os seus desdobramentos.

Aliás, acerca da incidência desse princípio e tendo por pressuposto sua identificação da indenização por dano moral como instituto de caráter eminentemente punitivo, LOPES tece as seguintes considerações, dando pela exatamente pelo afastamento da tipicidade (elemento primordial do princípio da legalidade penal) sobre a punição decorrente de danos morais:

⁹⁰ (CORRÊA JUNIOR e SHECAIRA 1995, 29).

A importância da retributividade e da prevenção fiduciária e pedagógica apontam uma forte afinidade da indenização por danos morais com as penas, o que põe uma última questão: qual a justificativa para deixá-la no âmbito do direito civil e não situar sua disciplinação no direito penal?

Mais uma vez, a resposta para tal questão remete aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana. É que o núcleo de direitos intangíveis definido pela dignidade da pessoa humana, dentro da qual se situam os direitos de personalidade, não é um elenco rígido e exaustivo de direitos, e sim um rol aberto e em constante reconstrução de direitos de cada indivíduo.

“Ora, as garantias penais, principalmente a tipicidade, são incompatíveis com essa tessitura aberta dos direitos da personalidade. É somente, diante de uma regra geral e ampla da obrigação de indenizar, como uma cláusula aberta que tais direitos podem ser adequadamente tutelados. (...)”⁹¹.

Ainda acerca da legalidade, há ainda a polêmica que se erige diante da já mencionada inexistência de previsão de tal parcela destinada à punição no ordenamento pátrio, que determina a quantificação da indenização pela extensão do dano. É o que evidencia a contundente crítica de MORAES:

Deste modo, embora seja correto afirmar que o direito civil tem uma faceta punitiva - basta pensar nas diversas previsões de multas e penas constantes do Código Civil -, o que se rechaça fundamentalmente é a ausência completa de previsão legislativa e, portanto, de garantias para o réu: no instituto da indenização punitiva não há tipicidade, nem a devida apuração da culpabilidade e nem tampouco a proporcionalidade entre a gravidade da culpa e a atribuição de penalidade, sendo tudo isso substituído pela mera e simples manifestação, fracamente motivada, do magistrado. Por mais civilizado que possa parecer substituir a "satisfação da vingança" por uma pena pecuniária, o *modus operandi* do instituto não se compadece com a tutela que o ordenamento deve oferecer em juízos punitivos de qualquer espécie.

De nada adianta pedir moderação e equilíbrio na fixação do quantum indenizatório quando o sistema que se veio delineando aceita a coexistência, no âmbito da reparação de danos extrapatrimoniais, de duas regras antagônicas por princípio: a punição, de um lado, e o arbítrio do juiz, de outro. Nesses casos, em geral a função punitiva "corre solta" não tendo qualquer significação no que tange a um suposto caráter pedagógico ou preventivo.⁹²

Para além disso, mencionam aqueles contrários ao instituto a possibilidade de ocorrência de *bis in idem* o seguinte:

A esse respeito, é de se ressaltar que grande parte dos danos extrapatrimoniais, aos quais se pode impor o caráter punitivo, configura-se também como crime. Abre-se, com o caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in eadem*. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal. Aliás, do ponto de vista do Direito Penal, *stricto sensu*, a Lei nº 9.714/98 inaugurou em nosso ordenamento a sanção penal pecuniária, permitindo sua substituição a medidas restritivas de direitos. O juízo penal existe, com todas as suas garantias, justamente para punir o responsável e a sanção pecuniária, em nossos dias, apresenta-se, em diversos casos, como uma excelente alternativa.⁹³

Finalmente, fala-se ainda na potencial violação ao princípio da personalidade:

⁹¹ (O. de A. LOPES 2006, 151-152).

⁹² (MORAES 2004, 74).

⁹³ (MORAES 2004, 74).

Outro importante argumento ao qual se faz frequentemente referência quando se trata de apontar os problemas decorrentes da situação que hoje vivenciamos é que, na responsabilidade civil, nem sempre o responsável é o culpado e nem sempre o culpado será punido (porque ele pode ter feito um seguro, por exemplo).⁹⁴

Aliás, a preocupação acima toma contorno ainda mais relevante quando consideramos o foco deste trabalho, qual seja, a possibilidade da aplicação desta modalidade de apenamento em situações de responsabilidade objetiva, em especial diante da relação do princípio com a limitação da pena à pessoa do culpado – à vista das situações de responsabilidade indireta – e com a culpabilidade – à vista da sua prescindibilidade. A isso retornaremos, no entanto, mais adiante.

2.1.3. Origem e Evolução da Indenização Punitiva

A adoção da indenização punitiva aos danos morais, entendida como aquela parcela adicional no *quantum* indenizatório com o fito específico de punir o ofensor, apesar de não ser exclusividade daquele país, tem como motriz inegável uma forte influência do direito estadunidense. Isso não apenas sobre o direito brasileiro, mas sobre os sistemas jurídicos de diversas nações, mesmo a despeito das evidentes diferenças entre as tradições de direito costumeiro dos países anglo-saxões e as tradições de direito romano-germânico do direito brasileiro e de tantos outros países.

Essa influência, na opinião de MORAES, se deve não tanto a uma superioridade das tradições jurídicas que são importadas daquele país, mas mais devido ao poderio político-econômico (ou até mesmo ideológico) exercido pelos Estados Unidos da América sobre porção significativa do globo, além das influências culturais exercidas pela massiva exportação da produção hollywoodiana pelo mundo, concluindo:

Assim, não obstante permaneçam estruturais as diferenças entre os sistemas jurídicos da *common law* e da tradição romano-germânica, a aproximação entre eles é inegável e, do nosso ponto de vista, a adoção dos institutos e procedimentos típicos do direito americano já é vivamente sentida. Não mais apenas no âmbito Direito Público, mas também no que tradicionalmente se designa por Direito Privado. Esta pequena digressão serve a introduzir uma das principais discussões a serem aqui enfrentadas. Ela se refere a um assunto que está na ordem do dia, não apenas no Brasil: a conceituação e a valoração do dano moral e, em particular, a adoção de um caráter punitivo em sua reparação, concepção diretamente proveniente da Equity anglo-saxônica - mas assumida, completamente, apenas pelo sistema jurídico norte-americano - e que já se encontra, como veremos, de certo modo assimilada pela jurisprudência nacional, querendo ganhar consistência legislativa.⁹⁵

⁹⁴ (MORAES 2004, 74).

⁹⁵ (MORAES 2009, 6-7).

Conforme nos ensina ANDRADE, a primeira manifestação explícita dos chamados *punitive damages* na *common law* remontaria a fins do século XVIII, na Inglaterra, com o intuito de coibir situações em que a realização do dano se desse por meio de práticas especialmente ultrajantes:

No *common law*, a primeira articulação explícita da doutrina dos *punitive damages* remonta a 1783 e é encontrada no julgamento do célebre caso *Wilkes v. Wood*. O nº 45 do jornal semanal *The North Briton* publicara um artigo anônimo de conteúdo alegadamente ofensivo à reputação do rei George III e de seus ministros. Em conseqüência, Lord Halifax, secretário de Estado do rei, determinou a expedição de mandado genérico (*general warrant*), autorizando a prisão dos suspeitos de envolvimento na publicação do artigo, sem identificá-los nominalmente. Foram presas 49 pessoas, dentre as quais o autor do artigo, John Wilkes, inflamado membro da oposição no Parlamento. Mensageiros do rei invadiram e reviraram a casa de Wilkes, forçando gavetas e apreendendo livros e papéis provados, sem inventariá-los. Wilkes, então, ajuizou uma *action for trespass* contra Mr. Wood, subsecretário de Estado, que havia pessoalmente supervisionado a execução do mandado. Demandou *exemplary damages*, ao argumento de que uma indenização de reduzido valor não seria suficiente para impedir a prática de condutas semelhantes. O júri estabeleceu a soma, considerável para a época, de £1000 (mil libras) a título de *punitive damages*.

O mesmo episódio deu origem ao caso *Huckle v. Money*. Huckle, um modesto tipógrafo, foi detido com base no mesmo mandado genérico. Por essa razão, ajuizou uma *action for trespass, assault and imprisonment*. Embora os relatos do caso indiquem que ele tinha sido confinado por apenas seis horas e, nesse período, tenha recebido tratamento consideravelmente civilizado e cortês, o júri estabeleceu em seu favor *punitive damages* no montante de £300 (trezentas libras), quase trezentas vezes o salário semanal que ele recebia de seu empregador. Em apelação, o réu admitiu sua responsabilidade, mas sustentou que a indenização era excessiva dado o curto período de tempo de confinamento e o civilizado tratamento dispensado à vítima, assim como a baixa renda e a posição econômica desta. Essa argumentação foi rejeitada por Lord Chief Camden, que observou que, se o júri tivesse considerado apenas o dano pessoal, "talvez £20 (vinte libras) de indenização pudessem ser consideradas suficientes", mas concluiu que o júri fez bem em estabelecer *exemplary damages*, por entender que um policial entrar na casa de um homem com base em um mandado genérico, sem indicação do nome do investigado, para procurar evidências constitui um dos mais ousados ataques à liberdade individual.

Esses precedentes assentaram as bases da doutrina dos *punitive* ou *exemplary damages*, que poderiam ser invocados para punir ofensores em casos de malícia, opressão ou fraude, ou seja, em casos nos quais o ato ilícito foi praticado de forma especialmente ultrajante.⁹⁶

Assim, dos casos narrados acima, fica evidenciado a função principal e o critério primordial para a aplicação do *quantum* punitivo em acréscimo à parcela indenizatória, quais sejam, a existência de conduta especialmente ultrajante e a necessidade de censurar a conduta do ofensor e desestimular condutas semelhantes, o que funcionaria, conforme ANDRADE, na medida em que tornaria excessivo o preço a pagar pela ofensa.

A indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória. Objetiva, desta forma, restabelecer a imperatividade do ordenamento

⁹⁶ (ANDRADE 2009, 178-180).

jurídico, cujas regras devem ser obedecidas, se não pela consciência moral e importância do cumprimento do dever, ao menos pelo temor da imposição de sanções efetivamente desconfortáveis em caso de descumprimento. Impede, assim, que a reparação se torne um *preço*, conhecido previamente, que o agente esteja disposto a pagar para poder violar o direito alheio.⁹⁷

MORAES aponta ainda que, após seu surgimento, o instituto teria, no entanto, caído em longo período de restrição e diminuição de seu uso, especialmente no direito Inglês, onde jamais alcançou as proporções alcançadas pelas indenizações punitivas nos Estados Unidos e pelas quais ficaram famosas. Esse relativo esquecimento perdurou até a sua retomada no Séc. XX, a partir das ideias de STARCK, que viu no instituto um meio eficiente de proporcionar aceitação à indenizabilidade do dano moral em função das barreiras morais que se punham à atribuição de um “preço” à dor.

A teoria da pena privada foi defendida, em meados do século XX, por Boris STARCK, em tese na qual procurava demonstrar que a "*hostilité universelle*" para com tal doutrina era gratuita e injustificada. Esta teoria havia sido sustentada (fl. 219), na França do início do século, por Louis HUGUENEY, e jazia completamente esquecida, praticamente sem adeptos, até que STARCK, particularmente influenciado pelo fundamento do risco e desejoso de oferecer, através da noção de garantia, uma nova sistematização à responsabilidade civil, atribuiu à *faute* (e ao dolo, bem entendido) a consequência da pena privada. A teoria tronou-se, de fato, útil quando se percebeu a necessidade de buscar fundamentos com maior poder de adesão para fortalecer a idéia de reparação do dano moral, neutralizando o argumento moral que a afastava, pois que, não havendo como submeter a qualquer tipo de aferição em concreto a extensão do dano, o pagamento da quantia em dinheiro pelo ofensor poderia ter, pura e simplesmente, o caráter de sanção.⁹⁸

A partir da retomada propiciada por STARCK, o instituto passou por franca expansão no direito estadunidense. Indenizações punitivas, aliás, têm, lá, sua aplicação amplamente difundida não apenas em caso de indenizações por danos morais – apesar da referência acima à importância atribuída a ela nesses casos como meio de viabilizar a existência de qualquer indenização – como também em casos de danos estritamente patrimoniais, quando revelados os pressupostos de sua aplicação, ou seja, quando provocados com culpa relevante, dolo, e especial ultraje.

A inserção da idéia de punição à indenização nesses casos tem a evidente intenção de resgatar o conteúdo moral na atuação da responsabilidade civil, buscando novamente valorizar as implicações éticas da conduta, para além de seus efeitos meramente econômicos.

Essa expansão se deu até seu apogeu na década de 90, quando tornaram-se famosos diversos julgados em que atribuídas indenizações milionárias, marcados, no entanto,

⁹⁷ (ANDRADE 2009, 244)

⁹⁸ (MORAES 2009, 219-220).

por notável imprevisibilidade, ou mesmo aleatoriedade, na fixação de montantes indenizatórios com intuito punitivo, frequentemente alcançando cifras milionárias.

MORAES bem resume essa evolução das indenizações punitivas nos ordenamentos inglês e estadunidense:

Embora em sua configuração atual os *punitive damages* datem do século XVIII, desde o século XIII, na Inglaterra, em casos de lesões pessoais causadas intencionalmente, em *trespass to the person* ou em outras hipóteses específicas, o juiz podia condenar o réu a um ulterior pagamento, a título de *punitive damages*, remédio que surgiu para tutelar os direitos dos súditos em suas relações com funcionários do governo, cujo comportamento era, freqüentemente, vexatório e arbitrário. No entanto, foram progressivamente perdendo importância até que, na segunda metade do século XX, tais penas quase foram abolidas, sob consideração de que seriam incompatíveis com a natureza estritamente compensatória da reparação dos danos. Sua aplicação foi, assim, limitada a três reduzidas hipóteses: i) quando a administração pública privar um cidadão de seus direitos fundamentais; ii) quando alguém obtiver um enriquecimento como conseqüência de uma conduta culposa; ou iii) quando a hipótese estiver especialmente prevista em lei.

Tendência inversa, fortemente expansiva, verificou-se na experiência norte-americana, até pelo menos meados dos anos 90. Com efeito, desde os anos 70, especialmente no que se refere a danos decorrentes de acidentes de consumo (*products liability*), o valor das indenizações, quando em presença dos *punitive damages*, supera com alguma freqüência a faixa do milhão de dólares.⁹⁹

A partir, no entanto, da década de 90, o instituto passou a sofrer fortes críticas também no direito norte americano, onde até então encontrava-se em franca expansão, passando por momentos de contenção de sua aplicação.

A principal crítica que sofrem os danos punitivos nos Estados Unidos é a sua completa imprevisibilidade, para alguns um verdadeiro "desvario". Nessa medida, há casos que beiram o anedotismo e fazem a alegria dos estudantes de responsabilidade civil: o mais famoso é o de Stella Liebeck, a velhinha de 79 anos que derramou café em seu colo e obteve das (fl. 229) lanchonetes McDonald's uma indenização de US\$ 2.7 milhões, um caso considerado antonomástico, por assim dizer, do desequilíbrio atualmente presente no fenômeno.¹⁰⁰

Complementa:

Nos Estados Unidos, as questões relacionadas às indenizações por danos punitivos, em lugar de serem reguladas no âmbito de critérios e de parâmetros estritamente jurídicos, têm sido absorvidos pela lógica do mercado. É o que se constata a partir das informações noticiadas pelo jornal *The New York Times*, em alentada reportagem de 30 de janeiro de 2001, ao relatar a diminuição no número de sentenças judiciais sobre produtos defeituosos. De acordo com o *Administrative Office of the United States Courts*, o número de casos de produtos com defeitos apresentados à Corte Federal baixou significativamente os últimos anos, passando de 32.856 casos em 1997 para 14.428 em 2000. No entanto, observa ainda o jornal, os valores da sentenças - sem incluir danos punitivos - triplicaram desde 1993, quando atingiam (fl. 233) cerca de US\$ 500 mil, para, em 1999, alcançarem a cifra de US\$ 1,8 milhão.

⁹⁹ (MORAES 2004, 56)

¹⁰⁰ (MORAES 2009, 229-230).

Explica-se: trata-se do reflexo do quão seletivos os advogados se tornaram, em razão do extraordinário aumento dos custos processuais. Com a intensificação do emprego de peritos, as causas tornaram-se muito dispendiosas, com custas que freqüentemente ultrapassam os US\$ 100 mil. "Eu já tive muitos casos de produtos defeituosos, claramente defeituosos, nos quais eu nem falei com as pessoas envolvidas, pois as suas perdas não foram graves o suficiente", disse Craig Hilborn, advogado com escritório em Michigan. "Se eles não ficaram quadriplégicos, paraplégicos, ou não tiverem perdido alguma parte do seu corpo, não há hipótese de eu pegar o caso". "Não posso mais aceitar casos, a menos que eu esteja absolutamente certo de que eu tenha um que valha no mínimo US\$ 2 milhões", reiterou James Gilbert, presidente do *Attorney Information Exchange Group*. "Não posso mais arriscar a gastar US\$ 300 mil em um caso que valha apenas US\$ 500 mil".¹⁰¹

Diante desse quadro de exorbitância e aleatoriedade alcançado na década de 90, quando o instituto estava em seu auge, surgiram diversas críticas às indenizações punitivas mesmo nos Estados Unidos, onde o instituto teve sua maior aceitação e florescimento. Não apenas o instituto passou a ser alvo de questionamentos, mas de extensivas restrições até mesmo no campo legislativo: diversos estados no país editaram leis a fim de limitar e conter os montantes máximos arbitrados nas indenizações punitivas. Foi a chamada *tort reform*.

A reação, como bem explicita ANDRADE, limita-se não apenas aos quantitativos arbitrados nos julgados, mas alcança até mesmo a discussão acerca da compatibilidade das punições civis com a natureza do direito, bem como com a sua potencial inconstitucionalidade:

Os partidários da *tort reform* argumentam que os *punitive damages* são contrários à longa tradição do Direito norte-americano, que separa o Direito Civil do Criminal. O Direito Criminal se preocupa em punir o ofensor, enquanto o Direito Civil tem o objetivo de reparar ou compensar o dano sofrido pela vítima. A imposição dos *punitive damages* constituiria, assim, uma "anomalia", consistente no emprego de sanção penal na esfera civil.

Argumenta-se que as multas tipicamente penais são destinadas ao Estado, enquanto os *punitive damages* são pagos à vítima, para a qual o montante indenizatório constitui um ganho inesperado (*windfall*)."

(...).

A preocupação com os montantes indenizatórios e com a definição das situações em que seja cabível a imposição dos *punitive damages* tem levado vários estados americanos a estabelecer medidas restritivas ou regulatórias. Assim, por exemplo, muitos estados exigem, para a imposição da indenização punitiva, a apresentação, pelo autor, de prova clara e convincente (*clear and convincing proof*) dos comportamentos que ensejam essa espécie de indenização.

Outros adotaram um julgamento bifurcado (*bifurcated trial*), para que o júri primeiro estabeleça a responsabilidade do réu e fixe a indenização compensatória, determinando, somente depois, se ao réu deve ser imposta indenização punitiva.

Alguns estados estabelecem que uma parte do montante fixado a título de *punitive damages* seja destinada a um fundo estadual.¹⁰²

¹⁰¹ (MORAES 2009, 233-234).

¹⁰² (ANDRADE 2009, 197-199).

Nessa linha, diversas iniciativas passaram a tentar conter a expansão e o descontrole das indenizações punitivas e seus valores multimilionários. Dentre elas, as tentativas mencionadas pelo autor de edição de leis restritivas, com a imposição de tetos ou parâmetros para a fixação dos montantes das indenizações punitivas.

A necessidade de contenção dos montantes indenizatórios e da adoção de parâmetros levou até mesmo a Corte Suprema estadunidense a estabelecer padrões de referência para o estabelecimento das indenizações punitivas, tomando por base uma adequada proporcionalidade com o valor efetivo do dano indenizado, com penas civis, criminais ou administrativas previstas para condutas semelhantes, além de critérios de dosimetria penal, como a gravidade da conduta, capacidade econômica do réu etc.

Quanto à atuação da Suprema Corte nesse sentido, ANDRADE narra o caso *BMW v. Gore*, em que o proprietário descobriu que seu carro novo havia sido repintado antes da venda, em razão de avaria sofrida durante o processo de fabricação, o que ensejaria a venda com redução de 10% no valor. O defeito, no entanto, não havia sido reportado em decorrência da política da empresa de somente revelar avarias sofridas pelos automóveis em produção, com a equivalente redução de preço, se o valor do reparo excedesse 3% do valor final de venda. O autor comprovou que, com base nisso, a empresa haveria vendido aproximadamente mil carros repintados como se fossem novos, e que, com a redução equivalente do valor de venda em estimados U\$4.000 (quatro mil dólares) pela repintura, ela teria lucrado indevidamente U\$ 4.000.000 (quatro milhões de dólares). Este foi o valor que pediu fosse arbitrado a título de indenização punitiva, em adição aos U\$ 4.000 de danos materiais equivalentes à compra do carro repintado como se novo fosse. Em apelação, o valor foi reduzido para U\$ 2.000.000 em função de que a indenização computara inapropriadamente fatos semelhantes ocorridos em outra jurisdição. Comenta, então, a decisão da Suprema Corte sobre o caso:

A Suprema Corte americana, por maioria de votos, considerou que a indenização punitiva de US\$ 2 milhões fora exagerada ("*grossly excessive*") e, por conseguinte, estaria violando a *due process clause*. Argumentou que a conduta da empresa ré não era especialmente repreensível, pois o dano sofrido pelo autor foi puramente econômico; a repintura realizada no veículo antes da revenda não alterou a performance, segurança ou aparência; a conduta da ré não evidenciou má-fé, indiferença ou falta de consideração pela saúde ou segurança de outrem. Além disso, o valor da indenização punitiva (US\$ 2 milhões) correspondeu a 500 vezes o montante do dano material, sendo desproporcional em relação a este, embora não fosse possível estabelecer matematicamente uma proporção entre os dois valores. Finalmente, a indenização havia sido substancialmente maior que a multa aplicável pelo Estado do Alabama ou qualquer outro estado por condutas similares. O

processo foi devolvido à Suprema Corte do Alabama para novo julgamento, com observância dos critérios determinados. No ano de 1997, o caso foi finalmente revisto pela Suprema Corte do Alabama, que reduziu o montante dos *punitive damages* para US\$ 50,000.

A partir dessa decisão da Suprema Corte, ficaram estabelecidos os critérios (*guideposts* ou *guidelines*) para aferir a excessividade da indenização: a) o grau de reprovabilidade a conduta do réu; b) a proporção entre o dano efetivo ou potencial e a indenização punitiva; e c) a diferença entre a indenização e penalidades civis ou criminais previstas para casos similares.¹⁰³

Verifica-se, assim, o atual momento de retração das indenizações punitivas, do questionamento do seu crescimento e aplicação descontrolados e da determinação de seus limites quantitativos.

Apresentada a origem do instituto, é de se considerar que são notáveis os questionamentos acerca da sua compatibilidade com os sistemas de origem romano-germânica como um todo, dentre os quais se insere o direito pátrio. De fato, a adoção da ideia das indenizações punitivas em nosso direito esbarra em algumas concepções tradicionais e em alguns princípios basilares do direito romanístico, a começar pela alteração do papel precípua do Direito Civil – e sua dicotomia com o Direito Penal – nos sistemas romano-germânicos, em que lhe cabe a solução da reparação dos danos, enquanto ao Direito Penal competiria a aplicação de penas, passando pelo princípio da legalidade-tipicidade, que permeia visceralmente todos os sistemas jurídicos dessa natureza, em sua inteireza. Aliás, mesmo nas hipóteses em que se poderia referir que o Direito Civil se propõe a aplicação de penas, como seriam as hipóteses de aplicação de multas contratuais, cláusulas penais ou mesmo da restituição em dobro de cobranças indevidas segundo o Código de Defesa do Consumidor, ainda assim prevalece o princípio da legalidade, pois é apenas diante da sua expressa previsão em lei ou contrato que tais institutos seriam aplicáveis¹⁰⁴.

O papel de exemplaridade, por exemplo, parece perder o sentido diante de um sistema em que a norma emana não do precedente e da jurisdição, mas da atividade legislativa. Ademais, há, em função da ausência de previsão legal não apenas no instituto, mas das penas cabíveis, quando cabíveis, suas hipóteses de incidência e mensuração, uma delegação de função legiferante ao juiz sobremaneira atípica em sistemas jurídicos desta natureza. Assim, nas indenizações punitivas, da forma como hoje a conhecemos, cabe ao juiz estabelecer as condutas puníveis e a punição cabível; ao contrário do que normalmente acontece em sistemas de *civil Law*, em que a lei determina condutas puníveis e a punição

¹⁰³ (ANDRADE 2009, 201).

¹⁰⁴ Acerca do caráter penal desses institutos, veja-se nota 106, p. 61, em que CAHALI questiona caráter penal de parcelas desta natureza previstas em Direito Civil, e defende que, nesses casos, não haveria efetiva punição, mas uma presunção de dano.

cabível, ao que cumpre ao juiz verificar, dentre outros aspectos, a subsunção do fato à norma e ponderar a punição cabível *in concreto* em face dos parâmetros legais estabelecidos pela norma.

É de se anotar que o método não se trata de exclusividade do procedimento de aplicação de penas, mas de direito como um todo, verificando sempre na legislação posta a norma que regerá determinada hipótese e a resposta jurídica adequada para cada caso.

BOEIRA traça um paralelo interessante entre alguns dos aspectos socioculturais que influenciam na forma e estrutura diferenciada dos sistemas de *common Law* e do direito romano-germânico e das implicações de cada um na forma de criação e de aplicação do direito. Em que pese seu foco em algumas das alterações contidas no Projeto do Novo Código de Processo Civil, que, em sua visão, implicam atribuição de papéis aos juízes muito semelhantes aqueles que lhe são próprios em sistemas de direito costumeiro, as observações têm elevada pertinência com as indagações postas acima quanto ao tema das indenizações punitivas e a sua importação, em nosso sistema civilista, a partir do direito consuetudinário inglês e norte-americano, em função das evidentes discrepâncias entre os dois sistemas jurídicos e a atual formação, pela adoção de determinados institutos tipicamente de direito consuetudinário, em um estranho híbrido entre os sistemas, que é, aliás, o fundamento sustentado pelos defensores da aplicabilidade das indenizações punitivas no direito brasileiro, como por exemplo, a aplicação direta de princípios constitucionais diretamente pelo juiz como forma de criação normativa, ainda que despida de amparo em legislação inferior, como o autor menciona nas linhas que seguem.

Os países imersos na tradição romano-germânica, fundados sobre o Princípio da Legalidade, assentam seus sistemas jurídicos na noção da supremacia da lei e da Constituição sobre as demais fontes do Direito. [...]. As heranças resultantes de uma filosofia racionalista, apoiadas em pressupostos epistemológicos críticos à metafísica clássica de um modo geral e ao direito natural em particular, fizeram nascer o arcabouço derivativo da sociologia positivista: o positivismo jurídico. O fetichismo do método, aliado a uma noção formalista e hierarquizante das fontes do Direito, encontrava na perspectiva do sistema sua fórmula de universalidade possível.[...].

Diferente é o caso do sistema anglo-saxônico. No *common law*, o centro produtor do Direito não é o Parlamento como tal. Antes, é a própria sociedade que, aliada às Cortes judiciárias, depura do costume e da tradição imemorial dos pactos o senso do direito comum. O Direito é, *mutatis mutandis*, produto da sociedade, e não diretamente das relações de poder.

Diante disso, tem-se que o Direito anglo-saxônico possui um conteúdo experiencial muito mais forte em comparação ao sistema romano-germânico, enquanto esse deriva seu sistema jurídico do consenso produzido dentre as forças políticas antagônicas operantes no Parlamento. Há, no primeiro caso, um fundamento mais

moral e habitual do Direito. No segundo, opostamente, um fundamento mais político do Direito.¹⁰⁵

Delimitado o conceito e a evolução histórica do instituto, e algumas das indagações sobre sua adoção no sistema pátrio, cumpre estudar seus pressupostos, objetivos e parâmetros de aplicação.

2.2. Aplicação da Indenização Punitiva: pressupostos de incidência

Estabelecidas as origens do instituto, conforme apresentados nas linhas precedentes, ficam evidenciados os seus objetivos, que consistem na oportunidade de, dentro do sistema de atribuição de responsabilidades civis, atingir os objetivos precípuos do sistema de responsabilidades penais, da repressão e redução das condutas socialmente indesejáveis.

Cumprido, assim, estudar os pressupostos para a sua aplicação, os elementos sem os quais é inviável a sua aplicação ou que ela não se poderia justificar como medida de repressão a ser adotada.

2.2.1. Dano Indenizável e Responsabilidade

O primeiro pressuposto essencial para a existência de indenização punitiva configura-se na existência de dano indenizável, com a qual o responsável deva arcar. Isso porque a condenação a esse título dar-se-á sempre no bojo de um processo de responsabilidade civil para indenização de danos, cujo sucesso está condicionado à ocorrência de dano, e da sua imputabilidade a um responsável, como já se estudou no Capítulo 1.4 quanto aos pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva.

Inicialmente porque, até mesmo para que haja interesse da parte em demandar indenização, será necessária a existência de dano a ser indenizado, e será sempre no bojo dessa demanda que o pedido de condenação também punitiva poderá ser formulado. A indenização punitiva jamais configura pedido autônomo, mas está sempre condicionada à precedente indenização reparatória.

Enquanto o art. 1.056, do Código Civil, refere-se que, "não cumprida a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos", estabelece o art. 159 que, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

O dano insere-se, assim, como pressuposto da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual.

¹⁰⁵ (BOEIRA 2012).

Com efeito, depois de Carnelutti, a tese da *inconcepibilità dell'illecito civile senza danno*, de modo que *non v'è torto senza danno*, embora *vi può essere danno senza torto*, e que já vinha sendo sustentada anteriormente, firmou-se em definitivo na doutrina, superadas as distinções que faziam alguns autores.

Mesmo naqueles casos ressalvados à regra geral pela doutrina, e referentes aos juros de mora (Código Civil, art. 1.064), à cláusula penal ou multa contratual (art. 927), o que se faz apenas é presumir o dano.

(...).

Assim, é fácil dar-se como certo, com Aguiar Dias, que "a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência do dano, e é verdadeiro truísmo sustentar-se esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar"; ou com Agostinho Alvim, que, "como regra geral, devemos ter presente que a inexistência do dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto".¹⁰⁶

Assim, estando atrelada à responsabilidade civil, a pretensão de punição por meio da indenização objetiva estará fatalmente condicionada aos seus pressupostos. Diferentemente das penas em direito penal ou administrativo, em que, em muitos casos, basta a prática da conduta, sem a necessidade de que dela advenha algum resultado – sendo suficiente a sua potencialidade lesiva, como nos casos dos crimes formais, de mera conduta ou meramente tentados –, para responsabilidade civil o dano é imprescindível. É, aliás, um dos grandes diferenciais entre a responsabilidade civil e a penal:

No primeiro caso, o desvio de conduta do agente tem como consequência imediata a indenização do prejuízo gerado por essa conduta. No segundo caso, a ação ou omissão do agente em desconformidade com o ordenamento legal, mesmo que não tenha causado qualquer prejuízo (como nas hipóteses de crime tentado), acarretam as consequências imediatas na esfera do direito penal.

Assim, estabelece-se uma nítida diferença entre a função da teoria da responsabilidade civil e a da responsabilidade penal. No primeiro momento, a ilicitude somente exercerá uma função determinante se restar demonstrada a existência de um dano, sendo este o elemento central da responsabilidade civil, ao passo que, no segundo, o que interessa não é o dano, mas sim a ilicitude da ação do agente que contrariou determinada norma penal. Destarte, o ponto central da ação indenizatória será o dano, e o da ação penal, a sanção do ofensor diante da previsão contida no ordenamento.¹⁰⁷

À indenização punitiva, por estar atrelada, portanto, por relação de dependência, a uma indenização reparatória, é necessária a existência de um dano a ser reparado, a fim de que, juntamente com a busca da recomposição do direito lesado, se busque a punição do ofensor pela aplicação da indenização punitiva.

2.2.2. Dolo ou Culpa Grave

Como se retira dos princípios penais dantes apresentados, a condenação a qualquer modalidade de pena, em qualquer esfera do Direito, deve, por desdobramento do

¹⁰⁶ (CAHALI 1980, 119-121) [Referências ao Código Civil de 1916].

¹⁰⁷ (REIS 2002, 220).

princípio da pessoalidade¹⁰⁸, decorrer de conduta culposa ou dolosa que se pretenda, com seu escopo pedagógico, evitar.

Aliás, não apenas por isso, mas até mesmo por construção lógica. Segundo uma visão estritamente econômico-utilitarista do direito, a cominação de uma pena (ou de um critério subjetivo de responsabilização, seja ela de natureza penal ou civil) visa sempre agregar um custo a uma conduta indesejada até o ponto em que o custo da conduta, ultrapassando o benefício que dela se espera, e torne desvantajosa a adoção da conduta, de modo que não interesse ao autor realizá-la (no caso de ações dolosas) ou que seja mais vantajoso adotar medidas para prevê-las e evitá-las que pagar o custo decorrente (no caso das condutas culposas)¹⁰⁹.

Assim, somente se pode esperar logicamente da atribuição de uma pena para a contenção daqueles danos decorrentes de eventos (condutas) sobre os quais o responsável tenha controle, por meio da não realização de práticas dolosas, ou por meio da capacidade de prever e adotar medidas de prevenção, pelo aumento da diligência e minimização dos danos decorrentes de sua imperícia, imprudência ou negligência. Não se poderia mesmo cogitar de um mecanismo de controle de condutas que pretenda incidir sobre aquilo que não se pode controlar.

Desta forma, à aplicação da indenização punitiva, como a toda e qualquer modalidade de pena, deve incidir e limitar-se apenas àquelas situações de danos ocasionados por condutas culposas ou dolosas cuja prática se busca reprimir.

A respeito da relevância da culpa para a atribuição da responsabilidade civil, contraposta à necessidade de culpa grave para justificar um acréscimo indenizatório com finalidade punitiva, ANDRADE tece as seguintes considerações:

Apesar do avanço da responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, a culpa ainda subsiste como fundamento geral da responsabilidade civil. O art. 186 do Código Civil, ao desenhar a noção de ato ilícito, conservou o princípio da culpa, em sentido amplo (compreendendo a culpa *stricto sensu* e o dolo), como fundamento do dever de indenizar, que vem estabelecido no art. 927 do mesmo Código.

¹⁰⁸ Vide nota 90 (p. 44).

¹⁰⁹ Nesse sentido, COOTER e ULLEN (2010, p. 322): “(...) Os economistas descrevem os danos que estão fora de acordos privados como *externalidades*. A finalidade econômica da responsabilidade civil é induzir que os autores e as vítimas de lesões a *internalizarem* os custos do dano que pode ocorrer em consequência da falta de cuidado. O direito da responsabilidade civil internaliza esses custos fazendo o causador da lesão indenizar a vítima. (...)”. As idéias apresentadas levam à conclusão de que, agindo os indivíduos sempre em busca de minimizar os danos, o modelo econômico da responsabilidade se baseia no dano e nos custos para evitá-lo, assim a estimativa do nível socialmente eficiente de precaução se faz a partir do prejuízo esperado em função da precaução e do custo da precaução, de modo que o custo mais eficiente é aquele em que a soma do valor prejuízo esperado (internalizado por meio da atribuição de responsabilidade) e da precaução seja o menor possível.

Reproduziu-se, nesse ponto, o disposto no art. 159 do Código Civil revogado. A responsabilidade subjetiva continua, dessa forma, sendo a regra geral em sede de responsabilidade civil.

Tradicionalmente, para a responsabilidade civil, não importa do grau de culpa (*lato sensu*) do agente. Seja a conduta dolosa ou decorrente de culpa (grave, leve ou levíssima), o dever de indenizar subsiste em igual proporção, pois, como já se viu, a indenização é medida pela extensão do dano, admitindo-se a redução daquela somente quando o juiz a considerar desproporcional em relação a este.

Para a aplicação da indenização punitiva, em contrário, é fundamental estabelecer o grau de culpa (*lato sensu*) da conduta do agente. Essa espécie de sanção deve, em linha de princípio, ser reservada apenas aos casos de dano moral decorrente de *dolo* ou *culpa grave*, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura. Com efeito, a indenização com caráter de pena deve ser aplicada quando patenteado que o ilícito foi praticado com *intenção lesiva* ou, ao menos, com *desprezo ou indiferença pelo direito alheio*. É nessas situações que a indenização punitiva encontra campo fértil para exercer sua função *dissuasória*, que objetiva prevenir a prática de outros atos ilícitos contra direitos da personalidade. (...).¹¹⁰

Aliás, a ideia de repreensão de condutas por meio das indenizações punitivas tem forte apelo no sistema do *common Law*, na medida em que é da jurisprudência que se retiram muitas das regras que permeiam o ordenamento, sendo fonte primordial do direito. Desta forma, reside realmente nos julgados a função de estabelecer as condutas indesejadas e puníveis, fixar as penas e punir exemplarmente¹¹¹ a fim de dar parâmetros às condutas sociais.

Normalmente, *punitive damages* são concedidos quando o ofensor agiu com dolo, ou grosseira negligência, e em defesa de consumidores, isto é, quando se trata de evitar, através de punição exemplar, a repetição de situações que podem atingir um grande número de pessoas; por outro lado, e mais relevante, naquele sistema, como se sabe, o juiz pode criar a norma a ser aplicada ao caso concreto sem que necessite se referir a fontes normativas. Não dispondo o juiz de normas penais ou administrativas para punir casos de culpa grave (dita "macroscópica") ou dolo, o júri condena, então, o ofensor a pagar à vítima, além de quanto lhe é devido a título compensatório, uma soma freqüentemente muito superior àquela relativa ao ressarcimento, como "danos punitivos", com base em princípio de criação jurisprudencial.¹¹²

Aliás, para aqueles autores que veem toda indenização por dano moral como espécie de punição – não havendo que se falar em um acréscimo destinado a esse fim, mas este sendo o único existente no instituto – a culpa se revela também não apenas como identificador do dever de indenizar por parte do causador do dano, mas como elemento essencial à quantificação dos valores a serem desembolsados por ele a título de danos morais:

¹¹⁰ (ANDRADE 2009, 264-265).

¹¹¹ Referindo à exemplaridade da punição, MORAES relaciona a atribuição de indenizações punitivas à utilização do autor do dano como um "bode expiatório", criando situações injustas de indivíduos exemplarmente punidos em função de sua conduta, não necessariamente tão gravemente culposa, mas socialmente frequente, a fim de coibir condutas semelhantes de outros indivíduos (2004; 2009). A esse respeito, parece importante anotar que a exemplaridade parece fazer mais sentido em sistemas de *Common Law*, ante o poder normativo geral e vinculante de que é dotado o precedente naquele sistema, somado à grande repercussão que lhes é dada, o que não ocorre nos sistemas da *Civil Law*, como é o caso brasileiro, na medida em que cada precedente tem pouca ou nenhuma repercussão além das partes e não possui qualquer eficácia vinculante, à exceção da novel sistemática dos recursos especiais repetitivos ou o reconhecimento de repercussão geral nos recursos extraordinários, aplicada apenas a casos selecionados e em instâncias em que não há mais a incursão no substrato fático a fim de verificar culpabilidade e aplicabilidade de pena, o que parece esvaziar a ideia de exemplaridade da condenação em nosso sistema.

¹¹² (MORAES 2009, 34-35).

A culpabilidade apresenta, portanto, duplo aspecto, como fundamento individualizador e delimitador da sanção. Ela é o fundamento personalizador da sanção, pressupondo para isso a imputabilidade (capacidade de culpabilidade), a consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta diversa. A segunda função da culpabilidade, em razão da sua graduabilidade, está em permitir dosar a sanção. (...).

Dessa maneira, é por intermédio da culpabilidade que os modelos subjetivos de responsabilidade densificam de forma mais concreta a dignidade da pessoa humana. Por meio de tal juízo, garante-se que alguém só será sancionado se consciente e capaz de livre manifestação da vontade, de modo a poder dirigir seus atos pela vontade. A culpabilidade permite ainda que por meio da retribuição da gravidade da culpa se fixem limites para as sanções. A culpabilidade estabelece, portanto, um nexos entre a idéia do seu humano como alguém dotado de autonomia e, portanto, de capacidade de entendimento livre manifestação da vontade e imposição jurídica de sanções.

No caso da responsabilidade civil a culpabilidade é um juízo fundamental. À míngua do parâmetro da equivalência com o dano material e em face da inegável natureza penal dos danos morais, graduar a indenização de acordo com o grau de reprovação da conduta do ofensor é um critério claro, que fixa um limite para a sanção que não pode nem mesmo ser ultrapassado pelo direito penal. (...) ¹¹³.

No entanto, não basta somente a existência de conduta que se busque reprimir. Isso porque, conquanto não se preste a uma função penal, a responsabilidade civil, com a atribuição de indenização ainda que tão somente compensatória, como toda e qualquer sanção ¹¹⁴, já tem, por si só, alguma capacidade de desencorajar a adoção de condutas lesivas ¹¹⁵, o que, aliás, alinha-se com as ideias de eficiência apresentadas pela Teoria Econômica do Direito, afinal, partindo-se do pressuposto de que a ninguém interessa arcar com custos desnecessários, adotar-se-ão sempre as precauções necessárias a evitar os custos do dano (e do dever de indenizá-lo), optando-se pela sua precaução (enquanto sua adoção for economicamente viável, na medida do possível e do vantajoso face aos custos dos danos potencias).

Nesse contexto, as condutas ordinárias, caracterizadas por culpas medianas ou leves, já são objeto do devido contingenciamento pelas regras ordinárias de responsabilização. Restaria assim, como campo de atuação para a atribuição da indenização punitiva, a repreensão e desencorajamento de condutas caracterizadas pela culpa grave (marcada pela despreocupação e pelo descaso com as consequências das condutas adotadas com especial negligência, imperícia ou imprudência), ou ainda com intuito deliberado de provocar o dano. É o que ressalta a doutrina:

Punitive damages, em sua atual formatação nos Estados Unidos, são indenizações obtidas pela vítima quando os atos do ofensor forem considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou significativamente

¹¹³ (O. de A. LOPES 2006, 155-157).

¹¹⁴ Aqui entendida não como reprimenda legal, mas como toda e qualquer consequência legal à violação de uma norma jurídica.

¹¹⁵ Vide nota 65 (p. 35).

("grotescamente") negligentes. Assim, diversamente do que muitos crêem, a indenização por *punitive damages* não ocorre em casos de simples culpa; ela só surge se o ofensor tiver agido com culpa grave ou dolo. Ressalte-se que, de acordo com o sistema norte-americano, os Estados da federação têm flexibilidade para determinar a aceitação, ou não, as causas e o valor, limita ou não, dos *punitive damages*. A um júri popular se atribui a função de fixar a indenização, levando em consideração o interesse estadual em punir desta ou daquela maneira o infrator e em impedir a reiteração de sua conduta. Embora muito freqüentemente requeridos, raramente são concedidos. São tidos, tanto pela opinião pública como por especialistas, como um "bom meio para que a vítima consiga atingir a pessoa que a prejudicou".

Certo, porém, que eles só são concedidos quando o ofensor não só feriu a vítima, mas o fez de modo particular, que expressa por ela desdém ou desprezo. (...).¹¹⁶

Esse é o sentido, aliás, atribuído pela Suprema Corte estadunidense no caso *BMW v. Gore*, ou ainda a delimitação que lhe foi dada já em seus primórdios, no caso *Wilkes v. Wood*, anteriormente citados, nos quais se fixou que a indenização punitiva somente seria cabível nos casos de dolo ou culpa grave, naquelas condutas praticadas com especial descuido, descaso pelo direito alheio ou ainda naquelas condutas reveladoras de comportamentos especialmente ultrajantes.

Aliás, mais recente pronunciamento daquela corte trouxe critérios mais precisos para as incidências de aplicação do instituto, baseado, ulteriormente, na avaliação do grau de culpa na realização da conduta, bem como na necessidade de repreensão e repressão da prática, inclusive referindo à probabilidade de sua reiteração pelo ofensor ou por outros:

Em abril de 2003, a Suprema Corte colheu a ocasião de pronunciar-se novamente sobre os *punitive damages*, especificando os critérios que os Tribunais devem utilizar-se quando da ocorrência de hipótese de inconstitucionalidade, por excessiva desproporção, na atribuição da indenização punitiva em relação à indenização compensatória.

No caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, a Corte indicou novos critérios para uniformizar nas diversas cortes, tanto federais quanto estaduais, o exame acerca da determinação do grau de repreensão da conduta do Réu. Aos Tribunais cumprirá avaliar, essencialmente, se o dano causado é resultado de dolo, de fraude ou de negligência do réu ou se, ao contrário, é uma consequência natural do próprio caso; e ainda, se o dano é resultado de ações reiteradas por parte do réu ou se se trata apenas de uma ação isolada. Enfim, deve também ser levada em conta a conduta do réu para se verificar se ela é reveladora de absoluta falta de consideração e/ou de respeito pela vida ou pelos interesses de outrem.¹¹⁷

É importante anotar que se sugere ainda a possibilidade de inferir-se uma culpa grave da cumulação de diversas culpas leves, revelando um padrão de conduta que deve ser punido a fim de coibir a reiteração dos atos danosos:

A maior gravidade da culpa pode decorrer da reiteração da conduta do agente ou da circunstância de constituir um padrão de conduta negligente. Assim, embora o ato

¹¹⁶ (MORAES 2004, 56-57).

¹¹⁷ (MORAES 2004, 64).

lesivo, isoladamente considerado, pudesse ser configurador de culpa leve, deve ser tido como caracterizador de culpa grave, por estar inserido em um padrão de comportamento culposo do agente. É o caso de empresas que não se preocupam em aperfeiçoar seus produtos e serviços, a despeito da reiteração dos danos causados aos consumidores em decorrência de defeitos apresentados por esses produtos ou na prestação desses serviços.¹¹⁸

Há o risco, nessa avaliação, é claro, de que a verificação dessa contumácia não respeite a necessária verificação das proporções dessa reiteração a fim de certificar que há, de fato, um padrão de conduta desviante, e não apenas uma gama de danos que, apesar de numerosa, se insere dentro de um limite estatisticamente aceitável de falhas do produto, serviço ou dos mecanismos de contingenciamento de riscos. Afinal, toda atividade implicará riscos de danos e é inquestionável o fato de que inexistente sistema perfeitamente eficiente e impassível de falhas que possa evitá-los. Assim, quanto mais abrangente a atividade exercida, tanto mais numerosos serão os danos dela originados, sem que isso implique, necessariamente, a existência de um padrão de conduta lesivo: pode ser que os danos observados estejam dentro de uma margem ínfima em proporção ao volume total da atividade desenvolvida¹¹⁹.

Em qualquer caso, ainda que aceite a forma de verificação de uma suposta maior gravidade da conduta na maneira como sugerida, pela cumulação de culpas leves reiteradas, o que se conclui é que, conforme todo o exposto, a gravidade da culpa, ou a existência de dolo são, portanto, pressupostos inafastáveis da aplicação da indenização punitiva, o que se pode logicamente relacionar à ideia de vinculação da pena ao princípio da culpabilidade como pressuposto à responsabilidade penal¹²⁰.

No sistema do qual a indenização punitiva é oriunda, os dois requisitos apresentados, da existência de dano indenizável e responsabilidade civil e da existência de dolo ou culpa grave são suficientes à aplicação de condenação a esse título, bastando, portanto, a existência de dano indenizável e que este tenha decorrido de conduta especialmente grave.

Em nosso sistema, no entanto, há ainda um terceiro elemento, sem o qual não se cogita da indenização com caráter punitivo.

¹¹⁸ (ANDRADE 2009, 267).

¹¹⁹ Cogite-se, por exemplo, um caso de uma empresa em que ocorram dez mil atendimentos defeituosos por mês em seu *call center*. O número, em absoluto, parece grande e representativo de um padrão de condutas reiteradas potencialmente danosas. Imaginemos, no entanto, que se trata de grande empresa de telecomunicações, com uma base de clientes em torno de 50 milhões de assinantes de seus serviços. Nesse caso, os atendimentos defeituosos equivalem a 0,02% do número total de clientes, que não representa uma margem significativa, mas um déficit de eficiência aceitável para os serviços prestados.

¹²⁰ Vide (CORRÊA JUNIOR e SHECAIRA 1995, 29) na página 49 deste trabalho, nota 90.

2.2.3. Dano Moral

Para além da mera existência de dano indenizável e da verificação de que tenha sido perpetrado de modo excepcionalmente gravoso, verifica-se que, no direito brasileiro, a aplicação da indenização punitiva tem sido condicionada ainda – pela doutrina e pela jurisprudência, uma vez que o instituto não se encontra positivado – a que o dano verificado, ou ao menos parte dele, seja de natureza moral.

Não se cogita, em nosso sistema civilista, da aplicação de indenização punitiva em pleitos de reparação de danos exclusivamente materiais. Quanto a isso observa ANDRADE que, no direito pátrio a limitação se justifica em função da determinação legislativa de que a indenização se mede pelo dano, que, nos danos materiais, impõem-se amarras a esses valores.

Observe-se, contudo, que uma teoria da indenização punitiva, formulada independentemente das limitações e possibilidades inerentes a um determinado ordenamento jurídico, não tem que ser necessariamente relacionada com o dano moral. Não há, *a priori*, razão para excluir essa forma de sanção como resposta ao dano material. (...).

Impõe-se, no entanto, reconhecer que, no nosso ordenamento jurídico e nos da grande maioria dos países integrantes da família do *civil law*, a ideia de aplicar a indenização punitiva em relação ao dano material encontraria grandes resistências por parte da doutrina e da jurisprudência. A uma, pela falta de regra expressa a contemplar essa modalidade de sanção; a duas, em razão da existência da tradicional regra de que a indenização se mede pela extensão do dano.¹²¹

Tais restrições, no entanto, não existiriam no que concerne ao danos morais em função da evidente impossibilidade de fixação de correspondência exata entre os danos e qualquer eventual valor pecuniário que se lhe atribuisse.

No que concerne ao dano moral essas questões jurídicas são superáveis com menos dificuldades, Como sustentado anteriormente, a falta de regra expressa que preveja a indenização punitiva não constitui óbice à aplicação dessa espécie de sanção, que encontra seu fundamento em princípios constitucionais garantidores de direitos situados no centro da dignidade humana e dos direitos da personalidade e não apenas legítima, mas impõe o emprego da indenização punitiva como resposta jurídica necessária contra o ataque a tais direitos.

(...).

A regra de que a indenização se mede pela extensão do dano, por sua vez, é inaplicável ao dano moral, que não tem como ser economicamente mensurado. Embora se possa discutir, em bases mais ou menos abstratas e subjetivas, a proporcionalidade da indenização do dano moral, não há como indicar com exatidão a extensão econômica desse dano. Toda e qualquer discussão acerca do valor da indenização do dano moral sempre recairá no plano da subjetividade, a impedir equações matemáticas precisas.¹²²

¹²¹ (ANDRADE 2009, 262).

¹²² (ANDRADE 2009, 263-264).

A posição, no entanto, é controversa. Isso porque, em que pese o dano moral não possuir, de fato, equivalente econômico exato, nem por isso a atribuição de valor de indenização com função punitiva deixaria de importar violação ao princípio da correlação entre dano e indenização/compensação ou ainda da violação ao enriquecimento sem causa¹²³, o qual não ocorreria pela compensação propriamente dita do dano moral, mas é decorrência necessária da concessão de valor adicional à vítima a título de punição do ofensor. Essa é a posição adotada, por exemplo, por SCHREIBER e MORAES.

Ao se deixar que o intuito punitivo ingresse no arbitramento do dano moral, aí sim, se está criando base sólida para os argumentos relativos ao enriquecimento sem causa (sem fonte).

Do ato ilícito deriva a obrigação de reparar o dano, mas, no sistema brasileiro, não há na lei ou em qualquer outra fonte das obrigações nada que autorize indenização superior ao prejuízo causado. O novo Código Civil vai, inclusive, no sentido contrário ao declarar, em boa hora, que "a indenização mede-se pela extensão do dano" (art. 944). É de se reconhecer, portanto, que haverá enriquecimento sem causa em qualquer quantia superior ao valor do dano atribuída à vítima que, embora tenha direito à reparação integral dos prejuízos sofridos, não tem qualquer razão, jurídica ou moral, para locupletar-se com a eventual punição do ofensor.

Nada obstante, ampla jurisprudência vem fazendo uso não apenas de critérios punitivos para o cálculo do prejuízo moral, mas também elevando, vez por outra, as indenizações a título de um suposto caráter punitivo ou pedagógico da reparação do dano moral. (...).¹²⁴

Controvérsia, aliás, que vai até mesmo à posição acerca da impossibilidade de cálculo econômico do valor do dano moral. Há mesmo, na Teoria Econômica do Direito, posição segundo a qual seria possível um cálculo matemático capaz de determinar o valor de um dano moral, levando em conta o custo limite da precaução com que o próprio lesado estaria disposto a arcar a fim de evitar o dano, conforme o seguinte:

(...). Quando um pai decide que funções adicionar ao carro que está comprando ou a companhia aérea decide com que frequência inspecionar a segurança de seus aviões, ambos estão decidindo sobre o equilíbrio entre o custo de precauções adicionais e a redução na probabilidade de sofrer ou causar danos.

Uma decisão racional sobre esses riscos envolve a comparação dos custos e benefícios da precaução. Com esse raciocínio, é possível calcular a indenização pela perda de uma vida. Por exemplo, imagine que a probabilidade de um acidente automobilístico fatal cai em 1/10.000 com cada \$100 adicionais gastos em segurança automobilística. Se os gastos em segurança automobilística forem racionais, então a redução em probabilidade de acidentes fatais, multiplicada pelo valor do risco fatal, será igual ao custo marginal do cuidado:

$$(1/10.000)(\text{valor do risco fatal}) = 100$$

¹²³ A esse respeito, anote-se que não há semelhante preocupação no direito estadunidense, de acordo com MORAES, que anota que a preocupação com o enriquecimento sem causa da vítima nessas situações é típicos dos sistemas de tradição civilista: "Nos Estados Unidos, de onde os chamados "danos punitivos" foram importados, não há qualquer preocupação com o enriquecimento da vítima, o qual, antes, é pressuposto. Isto ocorre porque lá se tem o dano punitivo como justificado para que cumpra alguns objetivos de pacificação social, próprios da cultura daquela sociedade. Ele serve para: i) punir o ofensor por seu mau comportamento; ii) evitar possíveis atos de vingança por parte da vítima; iii) desestimular, preventivamente, o ofensor e a coletividade de comportamentos socialmente danosos, quando o risco de ser obrigado a compensar o dano não constitui remédio persuasivo suficiente; iv) remunerar a vítima por seu empenho na afirmação do próprio direito, através do qual se consegue um reforço geral da ordem jurídica." (MORAES 2009, 33-34).

¹²⁴ (SCHREIBER, Arbitramento do dano moral no novo Código Civil 2002, 10-11)

ou

(valor do risco fatal) = $100/(1/10.000)$,

o que sugere que o valor do risco fatal é \$ 1.000.000.

Esse método de cálculo de indenizações para mortes acidentais usa valores de mercado reais para orientar quanto o comprador avalia a segurança e, por consequência, o valor de estar vivo. (...).

Para aplicar o método a uma disputa jurídica, o tribunal deve considerar aquelas situações nas quais o risco é "razoável" e conhecido. Nessas circunstâncias, haverá algum valor p para a probabilidade de um acidente fatal e algum valor B para o ônus da precaução. A eficiência exige que tomemos precauções adicionais até que o ônus seja igual à mudança de probabilidade p multiplicada pela perda L , ou $B=pL$. (Observe que essa é a regra de Hand.) Assim, o tribunal resolve a equação L para calcular o valor do risco fatal produzido. $L=B/p$.

Observe como o método utiliza a regra de Hand de modo incomum. Normalmente, o tribunal usa a regra de Hand para determinar se a precaução de autor do dano satisfaz o parâmetro jurídico. No caso incomum, o agente utiliza o parâmetro jurídico de cuidado aceito, violado pelo indivíduo, para determinar sua responsabilidade.

No entanto, independentemente da possibilidade de realização de um cálculo matemático, como o exposto acima para o cálculo da indenização por dano moral, conclui-se que, a despeito de posicionamentos contrários, parte significativa da doutrina entende que a indenização do dano moral deve levar em consideração, para sua fixação, apenas o dano e a valoração subjetiva que o julgador lhe dá, não devendo levar-se à conta, para a valoração do valor da condenação, eventual valoração da conduta do autor do dano e de intuito punitivo que se queira atribuir à indenização.

Do lado, no entanto, dos defensores da possibilidade do acréscimo, sem que haja indevido enriquecimento por parte da vítima, ANDRADE defende, a uma, que, para além da impossibilidade de equivalência econômica, dificilmente se pode arguir que uma quantia é excessiva para compensar a perda de um ente querido, de um membro, ou uma deformidade permanente; a duas, que a sentença judicial de condenação do autor do dano do pagamento da quantia (a que título fosse) seria razão suficiente para que não se pudesse falar em enriquecimento sem causa; e, a três, que a Constituição, ao elevar os valores de dignidade humana ao status de princípios, legitimaria a aplicação da indenização punitiva nos casos de danos morais ainda que sem amparo em previsão legal específica¹²⁵ e em supremacia a quaisquer princípios de direito civil de equivalência econômica da reparação, o que não

¹²⁵ O autor parece admitir, nesse ponto, que, em defesa dos direitos morais seria legítimo conjecturar de um tipo penal abertíssimo e amplíssimo, a englobar tudo o que pudesse provocar lesão moral, cuja pena seria igualmente aberta, apenas em função de que se trataria da defesa dos direitos mais caros à pessoa humana e à sua dignidade, o que legitimaria a mitigação de todos os demais princípios de direito. Parece ignorar, no entanto, que, conforme explicitado no Capítulo 2.1.2 deste trabalho, também os princípios penais, e todas as atuais limitações ao direito de punir, visam também à proteção dessa mesma dignidade e desses mesmos direitos tão caros e elevados à condição de princípios constitucionais, contra uma violação que é ao mesmo tempo institucionalizada e tenaz, e que, por isso mesmo, dever ser imprescindivelmente objeto de restrições. O autor defende, em sua obra (ANDRADE 2009), a inaplicabilidade de vários princípios penais, em especial o da legalidade, às penas pecuniárias, o que, no entanto, parece descabido na medida em que o confisco e a não garantia de um mínimo existencial são, também, capazes de ofender à dignidade humana e, ademais, há também para os aspectos patrimoniais, proteção constitucional que não pode ser relegada.

ocorreria com relação aos danos materiais, em que tais princípios constitucionais não seriam objeto de lesão.

(...). Dentro dessa concepção, dezarrazoada seria a idéia de que para a proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade o operador jurídico estaria limitado ao manejo dos mecanismos postos à disposição pelo legislador, o que excluiria a indenização punitiva, por não estar prevista expressamente na lei. Para a proteção e promoção do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade impõe-se o emprego nas apenas do ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para alcançar esse desiderato.

A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos de personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção a ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.¹²⁶

Nessa linha de raciocínio, para aqueles que entendem aplicável a indenização punitiva no direito brasileiro, para além dos requisitos elencados nos tópicos anteriores, é necessário também que o dano que se busca indenizar seja não patrimonial, mas de natureza moral, a fim de afastar a incidência do princípio, consagrado no art. 944 do Código Civil, segundo o qual a indenização se mede pela extensão do dano, na medida em que a extensão patrimonial do dano moral é intangível, dando margem a uma maior elasticidade da indenização, a fim de comportar parcela com escopo precipuamente punitivo.

2.3. Valor do Desestímulo: a parcela punitiva da indenização e seu adequado arbitramento

Uma vez admitida, para fins de argumentação, a ideia de acréscimo de uma quantia ao valor da indenização com o escopo de punir a vítima, ao trabalho já árduo de determinação de qual o valor adequado para a compensação do dano moral provocado, soma-se a tarefa de estabelecer qual o montante que a esse deve ser acrescido para que se incuta justa punição ao ofensor. Trata-se de efetuar a dosimetria dessa pena, como sói ocorrer com

¹²⁶ (ANDRADE 2009, 238-239).

toda e qualquer pena, de qualquer natureza, desde a restrição de liberdade em matéria de Direito Penal *stricto sensu* até à quantificação de uma multa administrativa a ser aplicada por um órgão fiscalizatório, por exemplo.

O primeiro embate com que nos deparamos consiste na diferenciação de quais critérios são adequados à quantificação do montante estritamente compensatório daqueles destinados ao dimensionamento da parcela punitiva. É comum, aliás, que os julgados não diferenciem quais critérios são levados a uma ou outra conta, ou mesmo que, rechaçando o caráter punitivo, utilizem-se, ainda assim, critérios próprios de quantificação punitiva. É o que ressalta SCHREIBER:

À falta de critérios definidos no Código de 1916 e no novo Código Civil, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, na esteira de antigas leis especiais como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) e a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), vêm empregando, no arbitramento do dano moral, quatro critérios principais, quais sejam: (i) a gravidade do dano; (ii) o grau de culpa do ofensor; (iii) a capacidade econômica da vítima; e (iv) a capacidade econômica do ofensor.

O novo Código Civil não fez menção expressa a estes critérios, mas neste sentido parece que a omissão foi positiva. Isto porque, dos quatro critérios acima mencionados, apenas a gravidade do dano se justifica como parâmetro para o arbitramento do dano moral. Todos os demais critérios são discutíveis e parecem revelar, em última análise, que a doutrina e a jurisprudência brasileira têm caminhado, em matéria de dano moral, no sentido oposto à tendência evolutiva da responsabilidade civil. Enquanto a responsabilidade parece dirigir-se à libertação do propósito inculpador – e a ampliação da responsabilidade objetiva no novo Código Civil é claro reflexo disto – as cortes brasileiras permanecem, em tema de reparação do dano moral, atreladas a parâmetros de nítido teor punitivo, relacionados à conduta e à pessoa do causador do dano, e antagônicos, sob muitos aspectos, à evolução do direito civil e à própria tradição brasileira.¹²⁷

Como se pode inferir do trecho citado, uma diferenciação prática sugerida pela doutrina – porém raramente seguida pelos Tribunais pátrios – cuida da determinação do foco da análise a fim de verificar se o critério adotado diz respeito com a quantificação da parcela compensatória da indenização a ser arbitrada ou se o critério adotado diz respeito à quantificação da parcela punitiva da indenização fixada. Nesse sentido, toda análise que leve em conta: i) o dano em si e ii) as condições pessoais da vítima¹²⁸, traduzirá, na maioria das vezes, quantificação da parcela indenizatória de caráter compensatório. Por outro lado, qualquer exame que traga à consideração: i) a conduta perpetrada e sua valoração e ii) as

¹²⁷ (SCHREIBER 2002, 8-9).

¹²⁸ ANDRADE ressalta, no entanto, que as condições pessoais da vítima podem, em muitos casos, servir também como critério de aferição da reprovabilidade da conduta do agente, agindo ulteriormente como parâmetro para a quantificação da devida punição: "Por outro lado, as condições pessoais da vítima, não ligadas diretamente à sua situação socioeconômica, podem e devem ser consideradas, para uma equânime estimativa da indenização. A conduta lesiva pode ser mais reprovável em razão de alguma particularidade que envolva a pessoa da vítima, tal como a deficiência física ou mental." (ANDRADE 2009, 304-305). E complementa: "Com tal perspectiva, a situação socioeconômica da vítima pode vir a constituir critério legítimo para a fixação da indenização punitiva quando estiver relacionada com a reprovabilidade da conduta do agente. É o que se dá, por exemplo, quando o agente se aproveita da fragilidade econômica da vítima ou da posição social desta para a prática do ato lesivo. Em tal hipótese, a situação socioeconômica da vítima, como outras condições pessoais, constitui fator racional que pode e deve ser considerado para a fixação do quantum indenizatório, sem ferimento ao princípio da isonomia." (305-306).

condições pessoais do autor do dano, consistirá em critério de dosimetria da pena, correspondendo à mensuração da parcela indenizatória de caráter punitivo.

Assim, com relação aos parâmetros de quantificação da indenização estritamente compensatória, assevera MORAES:

A valoração do dano moral exige que se parta de algumas premissas já delineadas: em primeiro lugar, é preciso poder diferenciar os interesses merecedores da proteção do ordenamento daqueles interesses que são caprichosos, fúteis ou que signifiquem meros aborrecimentos ou transtornos do dia-a-dia.

A distinção só poderá ser feita com base no princípio da dignidade humana como critério para tal salvaguarda. O que quer que possa, ou deva, ser reconduzido às instâncias primárias de liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade, ou de todo e qualquer direito da personalidade, merece a especial tutela do sistema jurídico. Aliás, a propósito, foi muito bem acentuado que, enquanto o princípio da dignidade humana deve servir como base para a apreciação (substancial) na ponderação dos interesses em conflito, a dignidade da pessoa humana, sendo um fim e não um meio, não se sujeita a ponderações. Se assim é, tampouco subordina-se a circunstâncias atenuantes ou excludentes, a relativizações de qualquer tipo, cabendo-lhe a predominância onde quer que se manifeste.

Em segundo lugar, para os fins reparatórios em sede civil, a injustiça do dano, isto é, a lesão àquelas situações subjetivas merecedoras de tutela, deve ser configurada a partir de suas conseqüências, materiais ou imateriais, na pessoa da vítima, e em toda a sua extensão, não importando se a conduta ofensiva foi mais grave ou menos grave. O redimensionamento do papel da culpa, a partir da concepção normativa, relacionada com um standard de conduta, e não mais vinculada à intenção do agente ofensor, permite a coligação da injustiça ao dano, e não ao fato, à conseqüência e não ao evento.¹²⁹

Conclui, adiante:

Esta perspectiva, também chamada de "abordagem conseqüencial" da reparação do dano moral, gera diversos efeitos no que se refere à valoração e à reparação dos danos à pessoa humana.

Assumir como centro da análise a conseqüência danosa, e não o fato ou evento culposos, na reparação do dano moral, significa dar maior relevo aos bens imateriais, distinguindo-os em diferentes "itens" ou "situações", o que permite, considerando no máximo possível as singularidades das vítimas, ressarcir com maior justiça e mais adequadamente o que se sofreu (o que se perdeu) e contemplar as atividades que se terá que deixar de realizar.¹³⁰

No mesmo exato sentido são as conclusões de REIS:

Partindo dessas idéias, podemos deduzir a necessária correlação que deverá existir entre o dano e a indenização. Por isso, a adição ao patrimônio da vítima e a subtração do patrimônio do ofensor deverá sempre guardar uma correspondência, ou seja, alguém paga pelo mal causado, enquanto a vítima recebe pelo mal sofrido. (...). Diante desse quadro, deparamo-nos com uma questão aparentemente paradoxal.

Os tribunais vêm atribuindo aos danos morais - adotando padrões muitas vezes divorciados da magnitude do dano - que não correspondem à medida da lesão. Não obstante essa postura, a preocupação do legislador e do julgador sempre se materializou no princípio da *restitutio in integrum*, adotado pela Súmula 37 do

¹²⁹ (MORAES 2009, 303-304).

¹³⁰ (MORAES 2009, 310-311).

Superior Tribunal de Justiça, ao admitir a acumulação dos danos materiais e morais, objetivando a satisfação integral diante da expectativa indenizatória do lesado.¹³¹

Idêntica preocupação vemos no pensamento de AGOSTINHO ALVIM, referido por CAHALI, em que expõe:

Para Agostinho Alvim, "em direito civil, interessa pouco a intenção do autor, o dolo ou simples culpa. Na doutrina na indenização, o que se procura avaliar é o prejuízo para se medir por ele o ressarcimento". E, referindo-se ao art. 1.057, pretende o autor que, aí, "como em outros lugares, o código não estabelece graduação de culpa, para o efeito de alterar a indenização. A distinção que ele faz, tem por efeito atribuir ou não a responsabilidade do agente, conforme se trate de dolo ou de culpa, e se tenha em vista contrato unilateral ou bilateral". Mais explícito, em outro ponto, aduz que "a maior ou menor gravidade da falta não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado. A lei não olha ora o causador do prejuízo, a fim de medir-lhe o grau de culpa, e sim para o dano, para avaliar-lhe a extensão. A classificação da infração pode influir no sentido de atribuir-se ou não responsabilidade ao autor do dano, o que é diferente".¹³²

Mais adiante, REIS estabelece a influência do princípio da reparação integral na adequada determinação da indenização a partir da mensuração do dano e sua extensão em acordo com as condições da vítima:

O princípio da *restitutio in integrum* assume, no prisma da reparação dos danos extrapatrimoniais, uma função de compensação integral da vítima. Não se trata, no entanto, de uma reintegração ao patrimônio anterior do lesionado, o que sabemos ser impraticável nessa esfera do direito, mas constitui uma forma capaz de assegurar a necessária satisfação da vítima em face da perda do bem extrapatrimonial. Todavia, para atingir esse desiderato, é necessário que o sistema indenizatório seja pautado por fatores que determinem, no processo de valoração, os múltiplos e diversos aspectos a serem aferidos na personalidade do agravado, de tal forma que seja possível estabelecer o *quantum* indenizatório compatível com a extensão do dano.¹³³

Tudo isso se revela, aliás, da própria disciplina do direito civil pátrio. O Código, em seu art. 944 estabelece singelamente que "a indenização mede-se pela extensão do dano", do que se conclui quase instintivamente que, se medida por qualquer outro parâmetro, indenização não será. Não sendo indenização, outra coisa há de ser, e essa "outra coisa" frequentemente é punição que se busca infligir ao autor do dano, a "parcela punitiva".

No que refere aos elementos de quantificação dessa parcela punitiva, ANDRADE propõe:

O grau de culpa e a intensidade do dolo constituem fatores fundamentais para a determinação do quantum indenizatório: uma conduta dolosa deverá ser mais gravemente sancionada que uma culposa de igual repercussão; de duas condutas dolosas, será merecedora de sanção mais grave aquela cuja motivação seja mais reprovável; o ato lesivo praticado de forma premeditada deve ser reprimido mais

¹³¹ (REIS 2002, 14).

¹³² (CAHALI 1980).

¹³³ (REIS 2002, 28-29).

duramente que o ilícito que, embora doloso, não tenha decorrido de deliberação prévia; entre duas condutas lesivas não dolosas, a punição deve ser exacerbada para aquela em que a culpa se mostrar mais grave; a culpa consciente devem em princípio, ser mais severamente punida que a culpa inconsciente.

(...).

A *condição econômica do ofensor* é fator que, em linha de princípio, deve ser levado em consideração, porque relacionado diretamente com a função retributivo-dissuasória da indenização punitiva. Esta somente poderá desempenhar eficazmente seu papel de prevenir a prática de novos ilícitos se fixada em montante suficiente para afetar ou incomodar o lesante. Uma determinada quantia pode funcionar bem como retribuição a um determinado agente e ser insignificante em relação a outro, considerando a fortuna de cada qual. Não se trata pura e simplesmente de fazer pagar mais a quem tenha mais para pagar, mas de fixar valor que tenha efetivamente o poder de desestimular a prática de condutas lesivas e antissociais. (...).

(...).

Outras *condições pessoais do ofensor* constituem elemento importante para a estimativa do montante de indenização. Em princípio, o dano moral causado pelo pai, tutor, curador ao filho, tutelado ou curatelado é mais grave do que o causado por pessoa que não ostente tais condições pessoais. O dano causado por agente público, com abuso de função ou cargo, é, ordinariamente, mais censurável que o dano de igual natureza causado por particular.¹³⁴

Já LOPES aponta que a indenização, tendo caráter eminentemente punitivo, deve ser medida pela extensão da culpa¹³⁵ – em especial diante da impossibilidade de se tecer um paralelo de equivalência entre o dano moral e qualquer quantia¹³⁶ –, bem como pelos efeitos de exemplaridade que se visa atribuir à indenização concedida¹³⁷:

É por meio de sancionamento mais rígidos que simbolicamente afirma-se o valor do núcleo, bem como pedagogicamente o direito assinala para a sociedade qual o respeito e o comportamento que se espera diante de tais direitos. A gravidade da coerção é um parâmetro elucidativo da importância do direito que está sendo tutelado.

As diferentes posições e importância de cada direito para que se sinalize para a sociedade o respeito devido a cada um deles, que o aplicador do direito estabeleça uma gradação clara no sancionamento do dano moral. É por meio de tal variação no nível da indenização que o Judiciário indicará concretamente de que maneira se situa cada um dos direitos da personalidade dentro do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto que deve ficar claro é que, embora a sanção consista numa indenização em dinheiro, não pode não haver correspondência direta entre a importância do direito do ofendido e o valor pecuniário fixado a título de danos morais. Em verdade o sancionamento em dinheiro tem um valor eminentemente simbólico, em que a imposição da coerção remete à afirmação de um bem de outra natureza¹³⁸.

¹³⁴ (ANDRADE 2009, 301-303).

¹³⁵ Vide nota 113, p. 68.

¹³⁶ Nesse ponto, com a devida vênia, parece olvidar o autor que, da mesma forma que os danos morais não possuem avaliação monetária, a culpa também não possui valor mercadológico. Não é sem artificialismos que se atribui à culpa uma valoração seja ela para fins de mensuração de penas em âmbito de direito penal, seja em dimensionamento de indenizações com finalidade punitiva. A grande diferença consiste apenas no fato de que, em direito penal, há parâmetros legalmente estabelecidos para a avaliação culpa como medida da pena.

¹³⁷ E, nesse ponto, o raciocínio pode parecer indicar uma quantificação baseada na extensão (ou mais precisamente na importância) do dano, ao que o autor desmente ao argumento de que “No entanto, a significação e o valor de tais direitos é muito mais ampla do que a sanção pecuniária como símbolo, assim como qualquer palavra apresenta um significado e uma significação que vai além e não se confunde com as letras que a compõem. A gradação no valor da indenização de acordo com a importância do direito deve ser vista sob a sua dimensão simbólica e não sob uma perspectiva de equivalência” (p. 58).

¹³⁸ (O. de A. LOPES 2006, 158).

Quanto ao caráter punitivo do arbitramento da condenação com base nas condições econômicas e pessoais do ofensor, também assevera SCHREIBER:

É também um intuito punitivo que se encontra ínsito nos critérios da situação econômica e do grau de culpa do ofensor. Com efeito, o dano moral sofrido pela vítima permanece idêntico, independentemente de ter sido causado com culpa leve, culpa grave ou dolo, por ofensor humilde ou abastado. Ao invocar a situação econômica ou o grau de culpa do ofensor como parâmetros para o arbitramento do dano moral, o magistrado desvia o seu olhar do dano sofrido pela vítima e, em contradição com a tendência da responsabilidade civil contemporânea, passa a valorar a conduta do ofensor. Com isto, insere-se um conteúdo de punição em uma atividade que deveria pretender apenas calcular o valor do dano, a fim de compensá-lo.¹³⁹

Aliás, cumpre anotar a importância, absolutamente esquecida pelos tribunais pátrios, de que se diferenciem os montantes fixados a um título e a outro, a fim de possibilitar a impugnação específica a esta ou àquela quantia por não correspondentes à extensão do dano ou aos critérios de dosimetria penal aplicados¹⁴⁰. A esse respeito, SCHREIBER tece importantes considerações:

No Brasil, como em outros países de tradição romano-germânica, vive-se uma situação claramente anômala, na qual os *punitive damages* não vêm admitidos como uma parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral. Assim, a doutrina amplamente majoritária sustenta um duplo caráter da reparação do dano moral: (i) o caráter compensatório, para assegurar o sofrimento da vítima; e (ii) o "caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou". (...).

(...).

A orientação jurisprudencial, a rigor, contraria expressamente o Código Civil de 2002, que, em seu art. 944, declara: "a indenização mede-se pela extensão do dano". Pior: ao combinar critérios punitivos e critérios compensatórios, chegando-se a um resultado único, a prática brasileira distancia-se do modelo norte-americano, que distingue claramente *compensatory damages* e *punitive damages*. Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto.¹⁴¹

A segunda problemática, quando se fala na quantificação desta pena em especial, diz respeito ao fato de que, por carecer de previsão expressa em lei, a indenização punitiva também carece de critérios legalmente estabelecidos que possam orientar a sua aplicação, inexistindo quaisquer balizas legais para a fixação do montante adequado da pena.

¹³⁹ (SCHREIBER 2002, 10).

¹⁴⁰ "Bernd-Rüdiger Kern, baseado na jurisprudência alemã, que enxerga na indenização do dano moral uma função de compensação e outra de 'satisfação' (tomado este último vocábulo como sinônimo de 'pena privada'), propugna pela 'renúncia ao dogma da inseparabilidade dos elementos constitutivos do dinheiro da dor', com a partição, na sentença, dos montantes estabelecidos a título de compensação e punição, como forma de garantir o controle racional dessas verbas: 'O dinheiro da dor deveria ser identificado separadamente em suas funções de compensação e satisfação. Isso facilitaria a distinção racional dos fatores de cálculo a serem respectivamente considerados.'" (ANDRADE 2009, 299-300).

¹⁴¹ (SCHREIBER 2007, 199-201).

ANDRADE defende que o estabelecimento de tais balizas seria de todo inadequada, na medida em que traria restrições às possibilidades de defesas dos direitos do lesado. Por outro lado, é relevante lembrar os riscos decorrentes da arbitrariedade na fixação dos limites e dimensionamento de penalidades¹⁴², tão ou mais capazes de provocar lesões à dignidade humana quanto a conduta lesiva que inicialmente se quer apenar¹⁴³.

Na ausência de parâmetros legalmente estabelecidos, o montante punitivo, tal qual o montante da indenização estritamente compensatória, ficam relegados ao prudente arbítrio do juiz, levando à conta cada um dos elementos citados acima, de acordo com a sua pertinência para cada uma de suas finalidades.

O certo é que, conforme se retira dos elementos citados de quantificação da indenização punitiva mencionados por ANDRADE, o montante arbitrado a título de indenização punitiva deve ser tanto quanto o que se considere apto a realizar os objetivos estabelecidos para o instituto. Dessa forma, o valor arbitrado deve ser capaz de: i) representar punição proporcional à gravidade do agravo; e ii) constituir-se de valor capaz de inibir a reiteração da conduta.

2.3.1. Eficácia: considerações da *Law & Economics*

A despeito das considerações tecidas em linhas anteriores (Capítulo 2.2.2 “Dolo ou Culpa Grave”), as considerações da Teoria Econômica do Direito acerca do valor adequado das indenizações punitivas e a sua capacidade de produzir os efeitos desejados parece chocar-se frontalmente com o primeiro requisito da atribuição de indenização punitiva: a aferição da gravidade da culpa na provocação do dano.

Isso porque, conforme essa teoria, as condutas se guiam sempre em direção ao resultado que acarrete menor custo, gerando a adoção de precauções adequadas para a redução da probabilidade de ocorrência do dano. A quantidade de precaução adotada variará em função do custo da precaução e do custo esperado do dano¹⁴⁴, de forma que quanto maior o custo esperado do dano, maior será a precaução adotada. Como a precaução altera a probabilidade do dano, quanto mais precauções adotadas farão com que os custos decorrentes de eventuais danos sejam menores. Assim, para minimizar os custos, a tendência será sempre

¹⁴² Vide Capítulo 2.1.2 “Princípios Penais: aplicabilidade” deste trabalho, em especial p. 48.

¹⁴³ Vide nota 125.

¹⁴⁴ Vide nota 36.

a adoção de uma quantidade de precaução que faça com que a soma dos custos da precaução com os custos dos danos esperados seja a menor possível.

Nesse sentido, aduz que sistemas imperfeitos de indenização (em que a indenização não corresponda ao valor total do dano, ou em que nem todo dano seja objeto de indenização – porque não demandado ou não obtido êxito na demanda) reduzem o custo esperado do dano e, conseqüentemente, as precauções adotadas, que passam a ser deficientes. É o que refere como “erro de execução”= e .

Segundo a teoria econômica, a porção punitiva poderia servir para equilibrar esse déficit aumentando o valor da indenização proporcionalmente à redução das indenizações no sistema imperfeito, pela adoção de um “multiplo punitivo”= m , que seria o inverso do erro de execução ($m = 1/e$). Desse modo, a eficiência da precaução seria restaurada, pois o custo com indenizações seria igual ao dano esperado, elevando o nível de precaução eficiente¹⁴⁵.

Ocorre, entretanto, que o sistema proposto funciona apenas com a responsabilidade objetiva. Isso porque, nele, ambos os custos da precaução e do dano potencial estão inteiramente a cargo do autor do dano, de tal modo que o nível de precaução por ele visado será o mais eficiente possível, por ser aquele capaz de reduzir ao máximo os custos totais esperados¹⁴⁶.

Entretanto, na responsabilidade subjetiva, o ponto que reduz o custo é sempre o parâmetro jurídico de precaução:

(...). Sob uma regra de responsabilidade subjetiva, agentes que tomarem precauções tão grandes ou maiores do que o parâmetro jurídico de cuidado escaparão da responsabilização pelos danos acidentalmente sofridos por outra pessoa. Aqueles que tomarem precauções menores do que o parâmetro jurídico poderão ter que pagar indenização por tais danos sofridos por outra pessoa.¹⁴⁷

Assim, a adoção de uma indenização punitiva não será capaz de elevar o nível de precaução adotado, pois não será capaz de deslocar o nível de precaução em que o custo é menor (nível eficiente de precaução), pois o menor custo será sempre o custo da precaução imediatamente acima do parâmetro jurídico, o qual não variará em função do custo do dano, de modo que esse custo será indiferente.

¹⁴⁵ Vide nota 36.

¹⁴⁶ Vide nota 39 e p. 23.

¹⁴⁷ (COOTER e ULLEN 2010, 329).

Conclui-se que, adotando uma precaução aquém do parâmetro jurídico, seja em muito ou em pouco, haverá sempre a obrigação de indenizar, com o consequente aumento de custo, de modo que a tendência será sempre a adoção do parâmetro. Se, por outro lado, há a deliberada não adoção do parâmetro, é porque há deliberada despreocupação com a eficiência e redução do custo e consequente disposição para o pagamento do valor correspondente, qualquer que seja.

Dessa forma, vê-se a incongruência da eficiência matemática, segundo uma análise econômica, contrabalançada com os requisitos estabelecidos para a indenização punitiva, na medida em que, por um lado, conclui-se que esta somente será aplicável em caso de aferição de culpa grave ou dolo; e, por outro, calcula-se que esta somente será eficiente quando atrelada a uma responsabilidade independente de culpa.

2.4. *Bis in Idem*: preocupações sobre múltiplas apenações

Outro ponto que enseja conflitos quanto à aplicação da indenização punitiva diz respeito à possibilidade de configuração de *bis in idem* na aplicação da punição. O princípio garantista, a propósito, apesar de frequentemente associado à esfera unicamente penal, é tido por alguns como princípio geral do Direito, relacionado, por exemplo, à proibição de novo julgamento com base na existência de coisa julgada.

A expressão latina *ne bis in idem*, aut *bis de eadem re ne sit actio*, é hoje consagrada como princípio geral de direito, e consiste na proibição de julgar-se o mesmo fato duas ou mais vezes (GUEDES, 2006, p.12). É utilizada para significar a proibição de um segundo processo pelos mesmos fatos já apreciados pelo Poder Judiciário. Significa dizer que um bem jurídico obtido por meio de uma ação judicial não pode ser objeto de uma nova ação com o mesmo intento.

Na definição de Fábio Medina Osório (apud GUEDES, 2006, p.1):

“A idéia básica do *ne bis in idem* é que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato. Já foi definida essa norma como princípio geral de direito, que, com base nos princípios da proporcionalidade e coisa julgada, proíbe a aplicação de dois ou mais procedimentos, seja em uma ou mais ordens sancionadoras, nos quais se dê uma identidade de sujeitos, fatos e fundamentos [...]”¹⁴⁸

O risco surge em decorrência de diferença sistêmica entre a persecução penal e a responsabilização civil.

Admitindo-se que de uma única conduta possam decorrer uma multiplicidade de danos a uma multiplicidade de lesados, tem que, no direito civil, haveria uma multiplicidade de legitimados à pretensão indenizatória, todos eles igualmente aptos a obter o ressarcimento

¹⁴⁸ (CASTRO e SILVA 2011).

do dano havido – sem que as múltiplas pretensões ressarcitórias impliquem, por si, *bis in idem*, na medida em que o total indenizatório será a extensão total do dano, que é a medida da indenização civil de caráter não-punitivo; por outro lado, no direito penal, o rol de legitimados e a sua aptidão a obter pretensão indenizatória são severamente limitados. Assim, o Direito Processual Civil vincula a legitimidade para demandar a reparação de um dano à existência de um interesse, consistente exatamente na influência da conduta do autor do dano na esfera jurídica do demandante: a mesma conduta pode ensejar a propositura legítima de uma série de demandas indenizatórias. Preenchidos os requisitos mencionados anteriormente, em cada um dos procedimentos será possível a formulação de pedido de indenização punitiva, oportunizando a cumulação de uma série de punições sob o mesmo fundamento fático.

ANDRADE, em defesa da aplicabilidade da indenização punitiva a despeito dessa problemática, tece as seguintes considerações:

Embora a cada lesado indireto corresponda um dano moral e uma indenização, a conduta lesiva é única. Como a finalidade da indenização punitiva é demonstrar a desaprovação em relação a um comportamento censurável, para prevenir sua reiteração, é razoável que, na fixação das indenizações individuais, seja considerado o somatório dos valores estabelecidos. Com efeito, não seria razoável nesse caso a fixação de várias indenizações punitivas fixadas com absoluta independência entre si. O montante total não deve ultrapassar aquilo que seria suficiente para punir e prevenir o comportamento lesivo. Caberá ao julgador, portanto, tomar em consideração a pluralidade de legitimados a fim de distribuir entre eles o montante total que seria cabível para a consecução dos objetivos a que a indenização punitiva busca alcançar.

É possível, no entanto, que inicialmente nem todos os possíveis legitimados proponham ação de indenização, ou que não o façam conjuntamente. Assim ocorrendo, o juiz, no momento de fixar a indenização punitiva, deve levar em conta a existência dos legitimados que ainda não ajuizaram ação, para deduzir do montante indenizatório a parcela que caberia àquele que ficou de fora da demanda. Essa é a solução que mais atende às finalidades da indenização punitiva.

Imagine-se, no entanto, que talvez o julgador desconheça a existência de outros legitimados, razão pela qual, ao julgar a demanda que lhe foi apresentada, venha a fixar indenização em montante considerado suficiente, por si só, como punição e dissuasão para o lesante. Em assim ocorrendo, quando do ajuizamento de demanda por outro legitimado, caberá ao julgador, em atenção ao princípio da proporcionalidade entre o dano e a punição a este imposta, recusar a fixação de quantia a título de pena, limitando-se a estabelecer indenização de caráter compensatório.

Ao julgador, porém, quase sempre restará espaço para a fixação de novo montante indenizatório a título de sanção, ainda que de valor reduzido, em consideração ao fato de que uma nova vítima foi alcançada pelo evento lesivo. A existência de uma outra vítima indireta poderá ser considerada circunstância relevante, com influência no próprio juízo de reprovabilidade da conduta lesiva analisada na demanda subsequente. Além disso, o julgamento por órgãos jurisdicionais diferentes possivelmente levará a estimativas distintas do valor das indenizações punitivas, o que também poderia abrir espaço para uma nova indenização.

De todo modo, em linha de princípio, caso o juiz entenda que a indenização imposta a título de sanção em demanda anterior não constitui suficiente reprimenda ou fator

de dissuasão do comportamento lesivo, deverá fixar nova indenização punitiva, mas sempre levando em consideração o valor precedentemente estabelecido.¹⁴⁹

A proposta, apesar de bem intencionada, parece falha e de difícil implementação, na medida em que, para que o juiz tome conhecimento e possa realizar a ponderação de cada uma das indenizações punitivas – de modo que o seu somatório esteja limitado à quantia adequada, razoável e proporcional ao agravo –, seria necessária uma ampliação atípica do âmbito cognitivo da demanda para levar à consideração elementos que não possuem pertinência direta com a lide *sub judice*. Isso importaria dificuldade e morosidade adicional à parte, além de que seria questionável mesmo a possibilidade dessa ampliação, na medida que não cabe a discussão, no processo, de questões que não sejam diretamente pertinentes a reparação do dano sofrido pela vítima.

Outro problema, por exemplo, diria respeito a situações de danos que, a despeito de não decorrentes, exatamente, de uma só conduta, mas de uma variedade de eventos atribuíveis a uma origem comum, como, por exemplo, no caso de serviço ou produto defeituoso posto em circulação. Para esse caso, apesar das evidentes implicações concernentes à ocorrência do *bis in idem*, o Autor defende, ainda assim, a possibilidade, nesses casos, de condenação em múltiplas indenizações punitivas.

(...) O que une todos esses acontecimentos é um remoto comportamento culposo ou doloso do lesante que lhes deu origem. A indenização punitiva, então, deve ser aplicada em relação a cada um dos eventos lesivos com autonomia. Quando muito, razões de ordem social e econômica poderiam ser invocadas para justificar alguma moderação no arbitramento dos valores indenizatórios.¹⁵⁰

Outra situação ainda diz respeito a situações em que há diversos eventos lesivos, decorrentes, no entanto, da adoção do mesmo padrão repetitivo de conduta lesiva¹⁵¹:

O julgador, porém, deve fugir à tentação de buscar fixar, em uma 'única demanda, valor tão elevado que, sozinho, pudesse constituir fator de coerção ou desestímulo. Se assim o fizesse, estaria a colocar em risco a saúde econômica da empresa, à medida que esta se encontra exposta a outras demandas relacionada com o mesmo padrão negligente de conduta. Por outro lado, o valor não deve ser tão reduzido que, mesmo multiplicado pelo número de demandas fundadas no mesmo padrão de negligência, não teria nenhuma eficácia coercitiva. Cabe ao julgador a delicada tarefa de determinar um valor que, sistematicamente fixado em demandas que tenham como causa fatos relacionados com o mesmo padrão de negligência, possa atuar como elemento de pressão para que a empresa fornecedora melhore os seus serviços.¹⁵²

¹⁴⁹ (ANDRADE 2009, 280-281).

¹⁵⁰ (ANDRADE 2009, 283).

¹⁵¹ Pense-se, por exemplo, em multiplas condutas lesivas que, em verdade, têm origem comum na adoção de uma política específica da empresa que enseja tais condutas. O substrato fático, nesse caso, continua sendo um só: a adoção de uma política ensejadora de práticas danosas.

¹⁵² (ANDRADE 2009, 283-284).

Por outro lado, o Direito Processual Penal é dotado de mecanismos capazes de evitar situações de *bis in idem* dos quais o Processo Civil é absolutamente desprovido. Até mesmo a menor gama de legitimados à propositura da ação penal, restrita, no mais das vezes, à atuação do Ministério Público, já funciona como limitador à possibilidade do desencadeamento de vários processos, e consequentes punições, para a mesma conduta delituosa. Aliás, a pretensão punitiva cabe sempre ao Estado, e o interessado será sempre este. Apenas em caso excepcional o liame de interesse é ampliado para legitimar o lesado à propositura da ação penal, no entanto, isso não implica o deslocamento da pretensão punitiva, que continua pertencendo exclusivamente ao Estado. Trata-se de decorrência do monopólio da violência pelo Estado nos Estados Modernos.

Além disso, enquanto, no Direito Civil, uma única conduta poderá desencadear uma multiplicidade de demandas que corresponderão a uma multiplicidade de condenações em diferentes indenizações – tantos quantos forem os danos decorrentes e os legitimados a pleitear sua indenização –; no Direito Penal, a uma conduta corresponderá sempre uma única e singular condenação e a somente uma pena (ainda que distribuída em diferentes modalidades, como cumulação de multa e privação de liberdade), sendo certo que quaisquer outras ações baseadas nos mesmos fatos serão necessariamente rejeitadas. Todos os possíveis delitos decorrentes do mesmo substrato fático devem ser atacados na mesma acusação – que, ainda que possa ser posteriormente aditada, será sempre única, e que, uma vez encerrada, não mais poderão ser processados outros delitos decorrentes do mesmo fato, ainda que não constantes da denúncia original.

No Direito Penal, ainda no caso de haver múltiplos legitimados à propositura de ação privada, pode haver, ainda assim, apenas uma única sentença condenatória decorrente do mesmo fato, uma vez que, em que pese a delegação da persecução penal ao particular aos legitimados (os ofendidos e seus representantes), a pretensão punitiva continua pertencendo ao Estado, ao qual cabe com exclusividade o poder de aplicar penas e executá-las, e apenas uma única vez lhe será dado exercer a punição com base no mesmo fato: demais ações fundadas na pretensão punitiva referente à mesma conduta delitativa serão afastadas pela existência de coisa julgada e pelo repúdio ao *bis in idem*, ainda que a eventual propositura de nova ação seja realizada por outro legitimado. Bastará, para isso, a identidade da causa de pedir e do réu, pouco importa quem seja o autor, uma vez que a pretensão punitiva do Estado já foi exercida, exauriu-se. É o que asseveram CASTRO e SILVA quanto à amplitude e efeitos do princípio no Direito Penal e Processual Penal:

De acordo com as explicações de Glênio Sabbad Guedes, para caracterizar o *ne bis in idem*, “há a necessidade de coexistirem dois elementos, a dizer : a mesma causa de pedir, e identidade de réu. E só!”, Explica que “não há, aqui, identidade de autor, pois que, no campo penal, o Estado será sempre o autor, por ser ele o único titular do *ius puniendi*”, também entende que “nem mesmo quando o ofendido move a ação penal pode-se dizer ser ele o autor, porquanto, na realidade, em nosso sistema, funcionará como mero substituto processual do Estado”. Quanto à causa de pedir, o autor em comento lembra que “tratar-se de um mesmo fato, do qual se extrai a consequência jurídica”, com efeito, “não se trata de indicar um dispositivo legal, e a ele ficar-se atrelado. O fato permanece o mesmo, independentemente da roupagem legal que eventualmente ganhar em um segundo processo, reitere-se, aborlativo do mesmo fato”.

Destarte, o que vai definir o fenômeno do *ne bis in idem* é a unidade de sujeitos, fatos e fundamentos, entendidos da forma a seguir: “o sujeito puniente é o mesmo? O fato, naturalístico, objeto da lide, é o mesmo? O fundamento jurídico, a categoria jurídica em que se enquadra o fato, é a mesma? Se positiva a resposta, tem-se *bis in idem*, e sua consequente proibição”.

O Gabinete de Relações Internacionais do Ministério da Justiça Português considera relevante para os efeitos da aplicação do *princípio ne bis in idem*:

“[...] saber se alguém foi, ou não, objeto de uma decisão final transitada em julgado, de uma jurisdição penal condenatória ou absolutória, devendo ser considerada não só apreciação do mérito, mas também as causas de extinção do procedimento criminal.”

Em termos gerais, o princípio *ne bis in idem*, vem sendo aplicado, atualmente, em dois sentidos: a) na vertente processual, que corresponde à inadmissibilidade de múltipla persecução penal, simultânea ou sucessivamente, pelos mesmos fatos, vinculando-se à garantia constitucional da coisa julgada; e b) no âmbito material, que diz respeito aos limites jurídico-constitucionais da acumulação de sanções penais e administrativas pelos mesmos fatos e mesmos fundamentos, ainda que impostas em ordens sancionadoras diversas.¹⁵³

Há assim, no Direito Penal, um rígido controle visando evitar a ocorrência de dupla punição que não encontra paralelo no Direito Civil, até porque não é essa a sua função precípua, pelo que não necessita mesmo de mecanismos rígidos para esse controle, que se limita às preocupações com eventuais ofensas à coisa julgada, existência de litispendência e afins. Convive-se, portanto, com a indenização punitiva, com o risco de violações ao princípio do *ne bis in idem* pela aplicação de múltiplas indenizações punitivas em demandas por reparações de danos decorrentes do mesmo substrato fático.

Além disso, há ainda que ser levada à consideração a cumulatividade de persecução penal e civil pelos mesmos fatos:

A este respeito, é de se ressaltar ainda que grande parte dos danos morais, aos quais se pode impor o caráter punitivo, configura-se também como crime. Abre-se, com o caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in eadem*. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal, considerando-se, ainda, de relevo o fato de que as sanções pecuniárias cíveis têm potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal.¹⁵⁴

¹⁵³ (CASTRO e SILVA 2011).

¹⁵⁴ (MORAES 2009, 260-261).

A observação, aliás, ganha uma especial pertinência na visão de ESPÍNOLA FILHO, apresentada por CAHALI, que, rechaçando a visão segundo a qual toda indenização de dano moral teria apenas caráter punitivo (na medida em que seria, segundo teorias já abandonadas, impossível a reparação propriamente dita em função da ausência de conteúdo econômico do direito), aponta que essa visão, somada à vedação do *bis in idem* tornaria a reparação do dano impossível em diversas hipóteses em que a conduta fosse perpetrada de modo especialmente grave:

Espínola Filho, entre nós, afasta semelhantes colocações: "A idéia de pena privada, que ganhou foros de teoria prestigiada, na atualidade, graças, principalmente, a Hugueney, não satisfaz para fundamento da reparação do dano moral, bastando considerar que, nos casos em que o ato ilícito assume maior gravidade, pelo perigo social dele resultante, a ponto de considerar-se crime, o direito penal intervém, aplicando a pena (pública) ao delinquente; e, então, já estando reprimida criminalmente a ação lesiva, não haveria nenhum motivo para acrescentar, à pena corporal ou multa, quando seja o caso, a indenização; daí, só haveria a satisfação do dano nos casos em que a culpa assume aspecto mais leve."¹⁵⁵

Relembre-se, a propósito, que a limitação do *bis in idem* é consequência lógica necessária dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, que permeiam praticamente todo o direito, em especial a aplicação de penas, conforme já salientado neste trabalho¹⁵⁶.

Assim, outra preocupação relevante na aplicação das indenizações punitivas deve ser sempre a possibilidade de aplicação, em múltiplos processos, de múltiplas punições com base em uma mesma conduta. É importante ressaltar, aliás, que mesmo diante das sugestões propostas para a solução dessa problemática, como o retromencionado entendimento de ANDRADE, essas mesmas soluções implicam o surgimento de uma série de outros problemas, o que acaba por agravar a polêmica sobre o tema. Afinal, deve-se investigar com mais seriedade se caberia ao juiz, além de quantificar um montante punitivo, especular quantos legitimados existiriam, e ainda quantos desses efetivamente buscariam exercer tal pretensão punitiva a fim de verificar qual será a quantia adequada para que, no somatório total, não se mostrasse excessiva ou insuficiente à punição desejada.

¹⁵⁵ (CAHALI 1998, 34-35).

¹⁵⁶ Vide p. 44

3. Indenização Punitiva *versus* Indenização Objetiva

Finalmente, devidamente apresentados todos os antecedentes, os pontos relevantes à temática, à conformação e aos pressupostos dos institutos trabalhados, podemos adentrar agora no tema principal deste trabalho: a forma como os institutos da responsabilidade civil objetiva e da indenização punitiva se relacionam e a sua (in)compatibilidade.

Conforme se pôde verificar de todas as considerações anteriores aqui tecidas, o maior crescimento da importância de uma ou outra decorre de tendências antagônicas que vêm sendo adotadas de modo concomitante no Direito brasileiro, apesar de apontarem em direções diametralmente opostas. Explica-se:

Foi possível retirar do estudo da atual conformação da responsabilidade civil objetiva e da atual ampliação de seu âmbito de incidência, que a sua adoção decorre de um movimento de um relativo abandono da culpa como filtro na reparação civil de danos. Este, aliás, é o ponto firmemente defendido por SCHREIBER ao longo de sua obra “Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos”, em que o autor reitera que, apesar de não ter perdido totalmente seu espaço, a verificação da culpa perdeu muito de sua importância e de sua força, sendo que, mesmo a sua aferição tem sido realizada de modo cada vez mais objetivo, afastando-se cada vez mais da conotação moralista e profundamente subjetiva de que se revestia primitivamente¹⁵⁷.

Em contrapartida, verifica-se, ao longo do Segundo Capítulo deste trabalho, que a atribuição de uma função punitiva à indenização por danos morais decorre justamente de uma maior valorização da culpa como elemento da conduta danosa. Seu fundamento reside justamente na maior ponderação da valoração moral da a fim de justificar a aplicação de uma punição além da mera compensação.

Verifica-se, assim, que a ampliação do âmbito de incidência da responsabilidade civil objetiva simultaneamente à crescente atribuição de uma função punitiva à indenização por danos morais representa a adoção concomitante de princípios opostos e incompatíveis.

¹⁵⁷ "Se, por um lado, a concepção objetiva (ou normativa) da culpa atenua, intensamente, as dificuldades inerentes à sua demonstração, por outro - e, a rigor, exatamente por esta razão - implica um flagrante divórcio entre a culpa e sua tradição moral. O agente não é mais tido em culpa por ter agido de forma reprovável no sentido moral, mas simplesmente por ter deixado de empregar a diligência social média, ainda que sua capacidade se encontre aquém desse patamar. Em (fl. 35) outras palavras, o indivíduo pode ser considerado culpado ainda que "tenha feito o seu melhor para evitar o dano" (SCHREIBER 2007, 35-36).

Caminha-se, ao mesmo tempo, por caminhos que seguem para direções opostas, em uma posição que parece claramente incoerente, senão paradoxal.

No entanto, apesar dos pressupostos absolutamente contrários de um e outro instituto, verificam-se com frequência contumaz, nos julgados pátrios, condenações em indenizações punitivas no âmbito de ações movidas com base em responsabilidade objetiva do demandado. Essa incidência conjunta vem, no mais das vezes, desacompanhada de qualquer ponderação acerca da configuração desses pressupostos e da possibilidade da coexistência. Não bastasse, tais julgamentos passam também ao largo de praticamente a unanimidade da doutrina, que aponta, com veemência, a incompatibilidade entre responsabilidade objetiva e indenização punitiva e a impossibilidade de comparecimento de ambas como fundamento da mesma condenação.

A propósito, mesmo a doutrina, ao afirmar unânime a inaplicabilidade simultânea dos institutos, não faz uma análise mais detida acerca do tema, registrando ANDRADE apenas:

Com muito mais razão, não seria impositiva indenização punitiva àquele que responde apenas objetivamente pelo fato lesivo. O fundamento da responsabilidade civil, em tal caso, é, tão somente, o risco proporcionado por uma dada atividade. A ausência de culpa afasta a necessidade e, conseqüentemente, o fundamento da sanção de natureza penal.¹⁵⁸

E CAHALI:

Consigne-se, também, que a questão da proporcionalidade da reparação à gravidade da culpa só terá lugar, como é evidente, naqueles casos em que a responsabilidade civil só nasce diante da culpa por fato próprio, ou por fato culposo de pessoa ligada ao responsável; não tendo aplicação, portanto, naqueles casos enquadrados no amplo elastério da responsabilidade objetiva ou sem culpa; à evidência, em tais casos, prescindida a verificação da "conduta culposa", não haveria como graduá-la para o efeito de dimensionar a indenização.¹⁵⁹

A propósito, cumpre trazer, como observação, o posicionamento de SCHREIBER, para quem a simples combinação entre responsabilidade objetiva e indenização de dano moral, ainda que despida de função punitiva, é perigosa e não deve ser realizada de maneira acrítica e carente de uma análise cuidadosa dos requisitos necessários a uma condenação. Tudo em função da singeleza de pressupostos à imputação objetiva, a que bastam dano e nexo causal¹⁶⁰, e à "comprovação do dano moral" que, em verdade, se retira do mero fato potencialmente danoso, na medida em que, na impossibilidade de comprovação material do

¹⁵⁸ (ANDRADE 2009, 270).

¹⁵⁹ (CAHALI 1980, 161)

¹⁶⁰ Em sentido lato, vide observações tecidas no tópico 1.4.2 "O nexo causal".

dano moral, esse se presume *in re ipsa* (o que, na visão do autor, é ideia equivocada, sugerindo critérios para sua verificação), como bem pondera:

O resultado disto é que a combinação entre a responsabilidade objetiva e o dano moral afigura-se desastrosa. Em um cenário marcado por princípios e cláusulas gerais, a identificação de uma norma que, em abstrato, acolha o interesse alegadamente lesado é requisito por demasiado simples. (...). Por conseguinte, nesta concepção dominante, o dano se apresenta como um elemento de aceitação quase automática, explicada pela dificuldade de se excluir, em tese, a lesão da vítima do âmbito de incidência de normas cujo enunciado é deliberadamente amplo. Tampouco se cogita de qualquer exclusão com base no efeito concreto da atividade sobre o lesado, pois tal expediente vem afastado pelo mito de que o dano moral é *in re ipsa*. O dano vem, assim, verificado em sede puramente normativa, sem qualquer cotejo com a atividade lesiva nas circunstâncias concretas. Por conta disso, em ações de responsabilidade objetiva, verificado o nexa causal, praticamente conclui-se pela responsabilidade do réu.

Essa postura é nefasta na medida em que dispensa o juiz de promover a efetiva seleção dos interesses merecedores de tutela em concreto. Note-se: no campo da responsabilidade subjetiva, o juízo de ilicitude (portanto, também, o de antijuridicidade) da conduta lesiva permite ao magistrado afastar o resultado reparatório nas hipóteses em que o dano é considerado, por assim dizer, justo ou legítimo (porque resultado do exercício regular de um direito). Tal esfera de discricionariedade judicial não encontra paralelo no âmbito da responsabilidade objetiva, onde o exame acaba se restringindo, como visto, à demonstração do nexa causal. E parece absurdo que seja assim.¹⁶¹

Outras questões, no entanto, parecem de sobrelevada importância, quando da reparação de danos morais por meio de imputação objetiva, com a pretensão de atribuição de caráter punitivo ao montante indenizatório. Aliás, nesse ponto, é importante salientar o pensamento de LOPES, que, com sensatez, ao defender a existência unicamente de caráter punitivo dos danos morais, aduz a incompatibilidade da condenação em danos morais com a responsabilidade objetiva:

(...). Por isso, a sanção, no modelo do ato ilícito, é decorrência imediata de um juízo de reprovação de uma conduta, consistente na culpabilidade. Só quem tenha capacidade de entendimento e livre manifestação de vontade é que sofre coerção por ato ilícito. Apenas aquele que tenha autonomia para cumprir seus deveres pode ser responsabilizado com uma sanção.

(...).

Os modelos de responsabilidade objetiva, por sua vez, em virtude da disparidade da capacidade de ação e intervenção das partes, destinam-se a distribuir os eventos danosos de forma equânime. Essa ideia pode ser melhor compreendida a partir da teoria do risco, em que as responsabilidades pelos danos se imputa àquele que voluntariamente criou, tira proveito ou tem a capacidade de direção do empreendimento que põe em risco bens de terceiros.

Assim, que, tira proveito ou dirige uma atividade que expõe terceiros a um perigo socialmente relevante deve ser responsabilizado pelos resultados relacionados à sua intervenção. É que, se no domínio e controle da natureza o homem é capaz de calcular riscos, de modo a planejar e gerir o seu futuro, também no âmbito da responsabilidade devem ser-lhe imputados todos os eventos danosos que se vinculem a tal cálculo. No risco, assim como nos outros modelos de

¹⁶¹ (SCHREIBER 2007, 184).

responsabilidade objetiva, não há avaliação de conduta, mas apenas atribuição de resultado material danoso.

Então, se o aspecto principal focado pela responsabilidade objetiva é um resultado material e não uma conduta, a incompatibilidade é evidente. A atribuição de danos morais, no âmbito teórico estrito da responsabilidade objetiva, é um mero ato de arbítrio. É, com os critérios de responsabilidade objetiva, impossível falar-se em ato ilícito e ainda faltará a culpabilidade como parâmetro e quantificação. A necessidade de avaliar a conduta, graduando a indenização de acordo com a culpabilidade, remete necessariamente ao modelo de responsabilidade subjetiva por ato ilícito¹⁶².

Desta forma, parece relevante apresentar as muitas problemáticas que orbitam a associação dos institutos.

3.1. O Âmbito Cognitivo: recuperação da culpa abandonada

A primeira observação que se mostra relevante diz respeito justamente com as questões suscitadas por CAHALI e ANDERSON nos trechos supracitados, qual seja: como seria possível a atribuição de punição, com base na gravidade da culpa, se a culpa não foi apreciada por não representar pressuposto à indenização pleiteada com base em responsabilidade objetiva.

Isso porque, conforme se salientou no tópico 2.2.2 “Dolo ou Culpa Grave”, deste trabalho, a existência de culpa grave ou dolo se põe como pressuposto inafastável da aplicação de indenização com função punitiva, atrelado ao princípio da culpabilidade como limitador da responsabilidade penal¹⁶³. Aliás, como já se citou ao longo deste trabalho¹⁶⁴, a doutrina rechaça a possibilidade de responsabilização objetiva em matéria penal – o que, conforme se defendeu nos tópicos 2.1.1 “Caráter Punitivo: delimitação da pena” e 2.1.2 “Princípios Penais: aplicabilidade” decorre da natureza da indenização punitiva, ainda que sua aplicação se dê no âmbito da responsabilidade civil.

Ademais, conforme se defendeu no tópico 2.2.2 “Dolo ou Culpa Grave”, a aplicação de pena somente se pode justificar, como método de repressão de condutas indesejadas, quando a sua aplicação seja efetivamente capaz de inibir a adoção da conduta punida, o que depende, logicamente, da possibilidade do agente de controlá-la e evitá-la, ou a aplicação de pena se mostra de todo ilógica.

A cláusula geral de responsabilidade objetiva no Direito Brasileiro, contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, conforme se expôs no Capítulo 1 “A

¹⁶² (O. de A. LOPES 2006, 161).

¹⁶³ Vide nota 120.

¹⁶⁴ Vide nota 90.

Responsabilidade Civil Objetiva”, baseia-se, para a imputação de responsabilidade sem culpa, na existência de risco na atividade desenvolvida. Ora, a existência de risco implica, necessariamente, que, ainda que contingenciável, não é completamente possível evitar a ocorrência de dano, inerente ao exercício da atividade. Outra não é a concepção de risco que não justamente a possibilidade inevitável de dano.

ANDERSON, no entanto, parece procurar um caminho alternativo para autorizar, ainda assim, a possibilidade de aplicação da indenização punitiva em casos de responsabilidade objetiva, no que sustenta:

Observe-se, todavia, que mesmo em caso de responsabilidade objetiva será aplicável a indenização punitiva, se o ofensor, comprovadamente, tiver atuado com culpa grave ou dolo. Com efeito, nada impede que, em processo no qual esteja a cuidar de caso de responsabilidade civil objetiva, a parte autora produza prova acerca do dolo ou da culpa do réu na produção do evento. Afinal, a responsabilidade objetiva não é sinônima de responsabilidade sem culpa, mas de responsabilidade civil que *prescinde da culpa* e, conseqüentemente, dispensa, a princípio, a prova da culpa. Em se tratando, por exemplo, de dano moral decorrente de fato do produto ou do serviço, na qual a responsabilidade do fornecedor é de natureza objetiva, a indenização punitiva dependeria da comprovação, a cargo do consumidor atingido, de que o evento decorreu de culpa grave daquele.¹⁶⁵

Ao elaborar a referida tese, entretanto, o autor não aborda alguns empecilhos, de ordem processual e mesmo conceitual, à aplicabilidade da proposição. Veja-se.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que, quando da imputação objetiva de responsabilidade, há, por evidência, uma redução no âmbito cognitivo do processo: o julgador não há que se preocupar com a configuração ou não de culpa do demandado a fim de verificar a sua responsabilidade pelo pagamento da indenização pelo dano alegado. Esse é exatamente o mote da responsabilidade objetiva¹⁶⁶. Ora, isso traz implicações além da mera despreocupação do juiz com a existência ou não de provas nesse sentido, pois, de outra banda, implica também uma despreocupação por parte da demandada em desconstituir eventual prova de culpa eventualmente produzida, na medida em que, independentemente da sua desconstituição ou não, a responsabilidade pela reparação do dano persistirá tal e qual, contanto que permaneçam incólumes a) a comprovação do nexo de imputação – causal, normativo, etc., e b) a ocorrência de fato lesivo com conseqüente presunção de dano (uma vez que, via de regra, considera-se, em sede de dano moral, que a lesão é *in re ipsa*), que serão, por regra, os únicos pontos atacados em defesa.

¹⁶⁵ (ANDRADE 2009, 270-271).

¹⁶⁶ Vide Capítulo 1.2 “Origens Históricas da Responsabilidade Civil Objetiva”, p. 13.

Diante disso, produzida pela parte autora a prova da existência de dolo ou culpa grave na conduta do ofensor, haveria a possibilidade de que o julgador, apenas por ocasião do julgamento, resolvesse, naquele momento, apreciar as provas produzidas quanto à existência da culpa agravada e decidisse, por isso, aplicar ao demandado condenação a título punitivo, em decorrência das provas produzidas, ainda que não contestada pela parte ré diante da simples inocuidade do esforço para afastar sua responsabilidade. Nesse contexto, estaria perpetrada flagrante ofensa ao direito de defesa, na medida em que ao demandado, apesar de previamente deparado com as provas que fundamentaram a condenação, não teria sido oportunizado produzir eficiente contraprova, pois diante de situação em que sua produção seria, ao menos a princípio, dispensável à defesa.

Ressalte-se outra questão relevante acerca da prova da culpa, que diz respeito às garantias trazidas pelo direito processual penal, para apuração da punibilidade do agente, que não são postas à disposição da parte no juízo civil, o que implica maiores dificuldades à defesa, facilitando, nessa seara, a aplicação injusta da pena e a violação aos direitos fundamentais que os princípios penais buscam justamente evitar:

No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*; além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais - como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova - tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal.¹⁶⁷

O julgamento, procedido desta forma, estaria assim não apenas injusto, mas fadado à nulidade, pelo cerceamento da defesa, constituída como direito fundamental das partes em processo. Para solucionar tal conflito, seria imperioso que à parte ré fosse dado pleno conhecimento da possibilidade de apenação e da reinserção da culpa no âmbito cognitivo do processo, com a consequente necessidade de contestação e instrução processual nesse sentido.

A questão acerca do possível cerceamento de defesa torna-se ainda mais delicada quando, combinada à imputação de responsabilidade objetiva, verifica-se ainda hipótese de inversão do ônus probatório, como nas situações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Em semelhante situação –bastante frequente –, vislumbra-se a perversa possibilidade de que a parte venha a ser exemplarmente punida não porque deixou de desconstituir uma prova apresentada pela parte autora de sua culpa, mas porque não foi capaz

¹⁶⁷ (MORAES 2009, 261).

de produzir prova da inexistência dessa culpa. E, há de se convir, toda prova negativa tende a ser, por si, diabólica, quase ou verdadeiramente impossível.

Em segundo lugar, parece incoerente ampliar o âmbito cognitivo em ações de responsabilidade objetiva, a fim de incumbir a parte autora da prova da culpa, quando o objetivo da adoção da responsabilidade objetiva como meio de imputação é justamente dispensar o demandante da prova dessa mesma culpa. Nesse caso, cria-se um ônus exatamente idêntico àquele que se busca extirpar pela adoção da imputação objetiva. Ou, se no caso da hipótese apresentada no parágrafo anterior, não se lhe impõem aos demandantes esse ônus adicional – aparentemente mitigando-se essa incoerência –, por outro lado se inflige um ônus evidentemente excessivo aos réus, o que pode gerar situação de evidente injustiça, em moldes idênticos, se não piores, daqueles que antes vigoravam em prejuízo das vítimas dos danos e que ensejaram o desenvolvimento da responsabilidade objetiva¹⁶⁸.

Finalmente, há que se observar que a ampliação do âmbito cognitivo do processo, e conseqüentemente da instrução processual, pode gerar também, para a parte, uma indesejável morosidade adicional no andamento do feito, na medida em que mais elementos deverão ser objeto de conhecimento e de prova perante o juízo. A medida iria de encontro, assim, às contemporâneas preocupações com a necessidade de eficiência e eficácia do processo na satisfação do direito, que passa pela consecução de seus objetivos num tempo razoável, conforme novel principiologia constitucional, segundo a qual se enumeram, dentre os direitos fundamentais, a razoável duração do processo.

Tudo isso sem mencionar, ainda, os impasses causados pela origem da ação culposa em relação à possibilidade de que, em responsabilidade objetiva, o responsável não seja, diretamente, o agente da conduta danosa, conforme se verá a seguir.

3.2. Responsabilidade por Ato de Outrem: a sanção por culpa alheia e o princípio da personalidade da pena

Outra questão cuja discussão é relevante quando se trata da possibilidade de aplicação de escopo punitivo à indenização por dano moral reside na constatação de que uma parcela significativa das situações que autorizam a imputação independentemente de culpa diz respeito a situações de responsabilidade civil por fato de outrem. Nesse caso, o primeiro

¹⁶⁸ Vide Capítulo 1.2 “Origens Históricas da Responsabilidade Civil Objetiva”.

empecilho que se apresenta à aplicação da indenização punitiva é a possibilidade de violação ao princípio da pessoalidade da pena.

Em sede de responsabilidade civil, é perfeitamente possível a imputação da responsabilidade pela reparação do dano a uma pessoa diferente do seu autor que tenha sobre ela relação de responsabilidade, direção ou hierarquia, a depender do caso. Por outro lado, no âmbito da responsabilidade penal, é inconcebível, pela filosofia ocidental moderna, e pelo princípio constitucionalizado da pessoalidade, a aplicação de pena àquele que não tenha efetivamente perpetrado a conduta delitativa. A exceção (se é que poderia ser tratada como tanto) caberia às situações de responsabilização penal também do mandante do crime, caso em que se pode cogitar não de que não seja o agente direto da conduta, mas que o seja, apenas delegando a execução a interposta pessoa, que age como sua *longa manus*, remetendo a conduta ulteriormente ao autor da ordem criminosa.

Conforme estudado em linhas anteriores¹⁶⁹, a individualização da resposta penal trata de evolução concernente ao remoto abandono das vinganças grupais – tribais ou familiares – como resposta às ofensas sofridas pelo grupo, que respondia como um todo à ação do grupo rival, que era também entendido como responsável como um todo pelos atos de seus membros.

Atualmente, conforme já se apontou neste trabalho, o caráter personalíssimo da pena e a sua individualização assumem o caráter de princípios basilares do direito e de direitos fundamentais do indivíduo, constitucionalmente assegurados. Dessa forma, torna-se particularmente problemática a condenação em indenização punitiva em situações em que há responsabilidade civil objetiva em que, em verdade, a ação direta se dá por interposta pessoa, que não o responsável civil pela reparação.

ANDRADE vislumbra a possibilidade dessa condenação vinculada às seguintes hipóteses:

Em caso de responsabilidade indireta ou por fato de terceiro, fundada no art. 932 do Código Civil, haverá necessidade, no que se refere à indenização punitiva, de comprovar a culpa grave do responsável, embora se cuide de responsabilidade objetiva. Assim, caberá a demonstração da grave negligência do pai do menor que causou o dano, por ter aquele descumprido com o seu dever de guarda e vigilância em relação a este. Prova semelhante há de ser produzida contra o tutor e o curador, para que estes respondam pelos atos, respectivamente, do tutelado e do curatelado.

¹⁶⁹ Vide Capítulo 2.1.1 “Caráter Punitivo: delimitação da pena”, p. 42.

Em se tratando de dano moral praticado por empregado ou preposto no exercício do trabalho que lhes competir, o empregador ou comitente, embora responsáveis objetivamente, somente deverão ficar sujeitos à indenização punitiva em caso de culpa comprovada. Assim, por exemplo, quando demonstrado que aqueles agiram autorizados por estes ou segundo suas instruções; ou quando tiver o empregado sido incumbido de função para a qual não estava devidamente qualificado. O empregador e o comitente sujeitam-se, ainda, à indenização punitiva quando tiverem ratificado ou aprovado o ato do empregado ou preposto.

Em se tratando de responsabilidade pelo fato das coisas ou dos animais - regulada como de natureza objetiva pelo novo Código Civil - a imposição de indenização punitiva dependerá da comprovação de que o dano moral decorreu de um grave descumprimento do dever de guarda ou vigilância que incumbe ao proprietário ou possuidor da coisa ou do animal.¹⁷⁰

Introduz-se, assim, mais um complicador às tentativas de aplicação de indenização punitiva em casos de responsabilidade civil objetiva, qual seja, verificar não apenas a existência de culpa na ação danosa, mas verificar a origem culposa da conduta – quando não se possa discutir a convergência de múltiplas culpas na eclosão do resultado danoso.

Conforme já se expôs acerca da responsabilidade por fato de outrem¹⁷¹, são possíveis convivências de culpa nas condutas do agente e do responsável, nos quatro quadros então apontados: a) o agente agiu com culpa, e o responsável cumulativamente agiu com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*; b) o agente agiu com culpa, mas ao responsável não se pode atribuir culpa; c) o agente não agiu com culpa própria, mas reproduzindo determinação culposa do responsável; d) nem o agente nem o responsável agiram com culpa, mas a imputação decorre de critérios puramente objetivos, como o risco da atividade.

Cada uma dessas hipóteses tem diferentes implicações quanto à possibilidade de sanção da(s) conduta(s) perpetradas pelo agente e pelo responsável, e, não só, mas traz também diferentes dificuldades quanto à sua aferição e comprovação no bojo da demanda formulada a fim de apontar a origem culposa do dano e justificar o pedido de condenação em indenização punitiva. Não apenas, mas dada também a necessidade de individualização da pena e sua dosimetria conforme as condições pessoais do apenado, fundamentar também a sua quantificação.

E mais, haverá diferenciação quanto à possibilidade de regresso em cada uma das situações descritas e da possibilidade e necessidade de defesa daquele contra o qual o regresso poderá ser exercido, preocupação inexistente quando pleiteada indenização sem escopo

¹⁷⁰ (ANDRADE 2009, 272-273).

¹⁷¹ Vide Capítulo 1.4.3 “Imputação da Responsabilidade: responsabilidade direta (por fato próprio) ou indireta (por fato de outrem)”.

punitivo, mas meramente compensatório, mas que ganha especial relevo quando a condenação visa um escopo punitivo.

Em havendo pedido de condenação em pagamento de indenização de caráter unicamente compensatório, medindo-se a indenização pelo valor do dano, a responsabilidade objetiva implicará que haverá dever de indenizar independentemente da existência ou não de culpa e da possibilidade de dela eximir-se pela sua imputação a outrem: o regresso poderá ser formulado independentemente em ação distinta sem que isso implique alteração na relação inicial de responsabilidade entre aquele que indenizou por imputação objetiva e a vítima. Assim, constatado o direito de regresso (total ou parcial, a depender da existência de culpas concorrentes e concausas), esse valor será repassado (no todo ou em parte); inexistindo direito de regresso, arca o responsável pelo prejuízo conforme a regra de imputação objetiva, sem que isso acarrete prejuízos indevidos a quaisquer das partes. Isso significa, ulteriormente, que se torna dispensável a formulação da defesa pelo eventual responsável por regresso na ação demanda inicial, mas apenas na ação de regresso que contra este se mova, o que sugere também a desnecessidade de denúncia da lide e até mesmo a sua inconveniência, dada a dificuldade adicional que impõe e devido à morosidade que acarreta para o julgamento final da contenda.

Doutra banda, quando intentada uma majoração do valor indenizatório com intuito punitivo, que se dará mediante a alegação da existência de conduta culposa, o demandado, a fim de eximir-se da culpa e da conseqüente punição, poderá intentar a denúncia da lide àquele que considera o culpado e ulterior responsável pelo dano. Nesse caso, será imperioso o deferimento da denúncia da lide, sob pena de cerceamento de defesa e de violação ao princípio da pessoalidade da pena, conforme se detalhará a seguir.

Nem é preciso mencionar a dificuldade gerada para a parte pela complexificação da relação processual e da decorrente morosidade adicionada ao processo. Assim, em um caso de indenização fundada em imputação por responsabilidade objetiva, em que a parte sequer precisaria, a princípio, alegar ou demonstrar culpa a fim de obter a indenização do responsável, passará a ser necessária a discussão e formulação de provas não apenas da existência de culpa mas da sua origem e a quem será finalmente imputável (ou se distribuída e em que proporção), diante agora não apenas de um, mas de dois (ou mais) demandados, a fim de verificar a possibilidade de punição de um e de outro pela provocação do dano.

3.2.1. Regresso: âmbito cognitivo e quantificação da indenização

Digamos, então, que, formulado o pedido de condenação em indenização punitiva, o responsável indicado resolva esquivar-se da possibilidade de punição por meio da alegação de que não agiu com culpa, mas sim determinado proposto, por exemplo, a quem caberia, portanto, eventual punição pela prática da conduta danosa. Alegou-se, em linhas anteriores, que, neste caso, a denúncia da lide seria obrigatória, sob pena de cerceamento de defesa e de violação ao princípio da pessoalidade da pena. Explica-se.

Recebida a denúncia, cada um dos ocupantes do polo passivo da demanda, denunciante e denunciado, teriam a chance de debater e rechaçar a culpa que lhe fosse atribuída, formulando cada qual sua defesa, de forma que o julgador poderia, ao final, definir pela punibilidade e penalização de um ou outro, de acordo com a reprovabilidade de cada uma das condutas, se existente, e as condições pessoais de cada um dos condenados.

Por outro lado, não recebida a denúncia da lide, desenhar-se-ia um dos seguintes cenários, todos em prejuízo de ao menos uma das partes ou implicando violações a direitos fundamentais em cada uma delas.

No primeiro cenário, que parece o que acarreta menores prejuízos injustos ou violações a direitos fundamentais, o magistrado poderia, após rejeitar a denúncia, indeferir o pedido de indenização punitiva tornando desnecessária a aferição de culpa de quem quer que seja, restringindo a demanda à indenização compensatória por imputação objetiva. Neste caso, preservado o direito posterior de regresso, o “prejuízo” restaria apenas à parte demandante a que, apesar de negado o adicional punitivo, restaria ainda a indenização compensatória, de forma que não se poderia falar em efetiva perda (apenas a não concessão de ganho adicional) na medida em que o dano efetivo teria sido reparado, nos remetendo à situação já descrita no Capítulo anterior.

Há o perigo, no entanto, da situação em que o magistrado indefira a denúncia da lide – ao argumento da inconveniência da ampliação da relação processual e do âmbito cognitivo – preservando, no entanto, o entendimento de que cabível a indenização punitiva. A partir desse momento, desencadearia uma série de violações a direitos fundamentais.

O primeiro deles seria o cerceamento de defesa do denunciante: ao indeferir a denúncia, tolheria da parte demandada uma poderosa ferramenta a fim de afastar (ou ao

menos mitigar) a culpa que lhe é imputada e rechaçar ou reduzir assim a condenação punitiva ou o seu montante. Essa violação seria direta e imediatamente acompanhada de violação ao princípio da personalidade da pena: se efetivamente a culpa coubesse ao denunciado, nesse caso o denunciante estaria também sofrendo aplicação de pena por conduta delituosa praticada por terceiro, com a injusta condenação daquele que não tem culpa.

Por outro lado, digamos ainda que, em tal situação, o responsável, dado o insucesso da denunciação, promovesse ação regressiva em face do denunciado, buscando redirecionar a condenação em indenização punitiva sofrida. Nesse caso, caso fosse julgada procedente o regresso, novamente teríamos a violação ao direito de defesa. Isso porque, embora possibilitado ao réu defender-se do regresso – cujas regras de imputação são apenas e tão somente aquelas de responsabilidade civil meramente compensatória –, não pôde, na ação anterior, formular defesa quanto à parcela punitiva da indenização, nem tampouco discutir seu montante. Não bastasse, haveria clara ofensa ao princípio da individualização da pena, uma vez que essa teria sido arbitrada, na demanda originária, com base na imputação ao denunciante, sem respeitar, portanto, as condições pessoais daquele a quem se está ora retransmitindo a pena, o que implica duas consequências problemáticas: o valor da pena arbitrada com base no poderio econômico do denunciante pode ser excessiva com relação às capacidades do denunciado, de forma que esse será superpenalizado – ou, diante da sua limitação, o denunciante terá que arcar com o excedente da condenação, sendo injustamente apenado –; ou a pena arbitrada pode ser insuficiente em face do poder econômico do denunciado, tornando-a inócua.

Verifica-se, assim, que, impossibilitada a denunciação, gera-se uma série de injustiças, pelo que, em tais casos, seria obrigatória, tornando necessária a ampliação do âmbito cognitivo do processo a fim de incluir no polo passivo aquele a que se imputa a conduta delituosa. A medida, no entanto, poderia causar os inconvenientes naturais da complexificação da demanda, como a morosidade e a maior dificuldade de comprovação de todos os fatos necessários. Ademais, uma vez denunciada a lide, a busca pela culpa passaria a ser obrigatória no procedimento, ainda que, afinal, a decisão desse pela impossibilidade de punição de qualquer dos réus e a condenação apenas ao pagamento da indenização compensatória.

Cria-se, também um risco adicional à parte demandante, no que concerne à mitigação da garantia de reparação do dano causada pela adoção da responsabilidade objetiva.

Isso porque o objetivamente responsável frequentemente é também aquele que dispõe de maior capacidade econômica e, portanto, mais apto a efetivar a reparação. Num caso em que se concluísse pela culpa pessoal do denunciado, a partir desse momento o responsável objetivo, que inicialmente arcaria com o prejuízo da parcela punitiva, agora pode transferi-lo, que passa a recair inteiramente sobre o denunciado. Em tal hipótese, caso o denunciado não disponha de recursos suficientes para arcar com o valor da condenação (calibrada com base no poderio econômico do responsável objetivo), haveria punição indevida ao denunciante.

O cenário é desvantajoso em comparação com uma situação em que o responsável objetivo responde independentemente de culpa, e subroga-se no direito de cobrar o valor da condenação daquele que é o efetivo culpado, de tal forma que se insuficientes os recursos do culpado, o denunciante arcará com o excesso, que se pode considerar inserto no risco da atividade por ele exercida, sem que a isso se possa falar corresponda qualquer injusta apenação ou violação de direito fundamental da parte.

Demonstram-se, assim, as diversas injustiças potencialmente advindas da aplicação de indenizações punitivas em âmbito de responsabilidade objetiva, em especial quando deparamo-nos com situações em que essa responsabilidade decorre de fato de terceiro. As injustiças, é necessário salientar, não se perpetraram apenas em face da parte demandada e, mais, podem acarretar, muitas vezes, na violação de direitos fundamentais da parte e mesmo no cerceamento de sua defesa, o que nos autoriza vislumbrar a inconstitucionalidade da medida.

3.3. Seguros de Responsabilidade Civil: inocuidade do acréscimo de parcela punitiva à indenização arbitrada

Outro empecilho à aplicação da indenização punitiva, não apenas em responsabilidade objetiva, mas nela especialmente, em função da sua utilização primordial em relações de massa, em que a utilização desses serviços é mais comum, diz respeito à possibilidade de que o responsável pelo dano tenha contratado um seguro de responsabilidade civil, o qual suportará a eventual condenação.

Desta forma, a aplicação da indenização punitiva seria perfeitamente inócua, na medida em que não acarretaria efetiva redução patrimonial do ofensor a fim de recriminá-lo e dissuadi-lo da conduta danosa. É, aliás, o que sugere MORAES:

Outro importante argumento ao qual freqüentemente se faz referência quando se trata de apontar os problemas dessa situação é o de que, na responsabilidade civil, nem sempre o responsável é o culpado, e nem sempre o culpado será punido (porque ele pode ter feito um seguro, por exemplo).¹⁷²

Os acréscimos, no entanto, ao significarem maior perda da seguradora em cada sinistro, acarretaria provável aumento dos valores cobrados dos segurados pela cobertura, o que, pode-se alegar, poderia trazer punição indireta ao ofensor, implicaria também a punição de todos os demais clientes de seguro dessa natureza, sem que esses, entretanto, mereçam ser punidos ou tenham contribuído com condutas lesivas. É o que conclui SCHREIBER:

E, por fim, há as hipóteses em que o autor da ofensa dispõe de seguro contra eventuais indenizações. A propósito, é de se atentar ao estímulo que as indenizações punitivas geram ao desenvolvimento da indústria de seguros, recaindo a tentativa de punição sobre toda a classe de segurados, com evidente aumento dos custos da vida em sociedade.¹⁷³

ANDRADE, no entanto, sugere que, por caracterizar punição, e não compensação, a indenização punitiva não se enquadraria na cobertura do seguro, que limitar-se-ia ao valor do bem segurado (logo, dos danos potenciais abrangidos), e, citando Bernd-Rudiger KERN, aponta a seguinte solução para a questão posta:

"Se a função penal deve efetivamente incidir, a satisfação deve ser indicada, em separado e com precisão, na sentença. Somente assim ela poderá se extraída do seguro e atingir o ofensor como um palpável sacrifício patrimonial."¹⁷⁴

Nada impede, no entanto, que, dentro da autonomia da vontade e da liberdade contratual, estabeleça-se seguro com cláusula de cobertura para tais situações, tornando inócua a colocação do autor. Ademais, ainda que se pudesse cogitar, como sugere o autor num trecho mais adiante, que se consignasse em sentença de eventual proibição de que a parcela punitiva fosse suportada pelo seguro, há que se questionar a legitimidade de disposição desse tipo.

Isso porque, nesse caso, a sentença estaria interferindo indevidamente em relação jurídica estranha à relação processual, ferindo a liberdade contratual entre as partes. Assim, o decisório faleceria de legitimidade, a não ser que a seguradora fosse convidada a integrar a lide, com todas as inconveniências já conhecidas relacionadas à ampliação da relação processual.

¹⁷² (MORAES 2009, 262).

¹⁷³ (SCHREIBER 2002, 14).

¹⁷⁴ (ANDRADE 2009, 300).

3.4. Responsabilidade Civil do Estado: impossibilidade de apenação da coisa pública e o prejuízo social da aplicação da indenização punitiva ao Estado

Uma situação em que, em sede de responsabilidade objetiva, a aplicação e indenização punitiva se mostra injustificável diz respeito à hipótese vislumbrada por SCHREIBER, que conclui:

Há ainda os casos de danos causados por agente público, em que o Estado e, em última análise, a coletividade sofrerá a punição.¹⁷⁵

E, aliás, o problema não se resume à questão da necessidade de aferição de culpa e eventual denunciação, como revela a indagação de MORAES:

Quando o dano é praticado por agente público, como atribuir o caráter punitivo? Vai-se entrar na discussão da culpa - que é justamente o que se tenta evitar, quando se impede que o Estado denuncie à lide o agente ou terceiro?¹⁷⁶

Efetivamente, é mesmo por determinação constitucional que a responsabilidade civil do Estado se dá de forma objetiva. Trata-se de medida protetiva do cidadão em face do risco de dano e um meio de distribuição desse risco social da maneira menos onerosa possível às possíveis vítimas das consequências da ação do Estado, que, visando ao bem estar, pode ser que, no entanto, para implementar medidas socialmente benéficas, inflija danos a alguns. Dessa forma, nada mais justo que o Estado arque, independentemente de culpa, com a reparação desses danos, distribuindo socialmente o risco equivalente, de tal forma que o mesmo corpo social que se beneficia de suas ações suporta também os riscos decorrentes, que não ficam, portanto, a injusto cargo da vítima apenas e tão somente.

Ora, como toda situação de responsabilidade objetiva, a responsabilidade do Estado também poderá abarcar duas diferentes hipóteses. A primeira seria aquela em que o dano é causado diretamente, em ação perpetrada no interesse do Estado e, portanto, atribuível diretamente às suas ações. A segunda hipótese diz respeito às situações de ações culposas dos agentes do Estado, caso em que seria cabível ação de regresso contra esses agentes, como nos demais casos de responsabilidade objetiva por fato de outrem.

Pois bem, como ressaltou MORAES no trecho supracitado de sua obra, é muito comum a rejeição de denunciação da lide nos casos de responsabilidade direta do Estado, a

¹⁷⁵ (SCHREIBER 2002, 14).

¹⁷⁶ (MORAES 2009, 329).

fim de não impor à parte demandante a onerosidade decorrente da discussão da culpa no bojo do processo. A medida se justifica na proporção em que a responsabilidade será atribuída independentemente da existência de culpa, o que poderá, portanto, ser objeto de processo autônomo movido pelo Estado em face de seu agente, em que se discutirá a culpa apartada da relação inicial com a parte demandante, simplificando assim o procedimento para que a vítima obtenha sua justa indenização¹⁷⁷. No entanto, quando cogitamos, nesse procedimento, a possibilidade de condenação do demandado em indenização punitiva, todas as observações tecidas no parágrafo anterior se aplicam, tornando obrigatória a denunciação, que tanto se tenta evitar nas demandas em face do Estado, justamente em benefício da vítima, tentando evitar que se lhe imponham todas as dificuldades e morosidades decorrentes da ampliação da relação processual e do âmbito cognitivo da demanda.

Além dos inconvenientes citados anteriormente, há ainda um agravante nas ações movidas contra o Estado nas situações em que a condenação punitiva seja suportada pelo Estado – seja pelo insucesso da denunciação, o insucesso ou insuficiência do regresso ou ainda porque sua responsabilidade seja direta. É que, se à Pessoa Jurídica de Direito Privado se pode atribuir um conjunto de vontades – direcionados à realização de seus escopos (normalmente o lucro) conforme o posicionamento dos dirigentes, que lhe traduzem os interesses, mas não só, imprimem seus próprios objetivos nela - e, portanto, de interesses que podem ser afetados pela condenação punitiva, fazendo com que a punição contra ela perpetrada possa, em alguns casos, mostrar-se produtiva e eficiente; ao Estado, por outro lado, dificilmente se consegue conceber uma vontade específica ou ainda a possibilidade de que um certo interesse seja afetado pela condenação punitiva e, diferentemente das Pessoas Jurídicas de Direito Privado, não há uma relação tão íntima entre os objetivos do Estado e aqueles de seus dirigentes, pois, de uma forma ou de outra, serão afetados por seus resultados.

Assim se a administração de uma empresa pode ser compelida à adoção de determinadas medidas em razão de aplicação de penalidade à entidade que lhe fira seus

¹⁷⁷ No seguinte precedente, o STF radicaliza atribuição da responsabilidade de modo objetivo, escudando até mesmo o agente público da ação direta da vítima, afastando ainda mais eventual possibilidade de atribuição de função punitiva: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 327904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78)

interesses e, logo, reflexamente, a de seus dirigentes, o mesmo fato não acontece com o Estado. A aplicação de penalidades ao Estado não gera um ferimento reflexo nos interesses de seus dirigentes, pois não serão afetados pelas consequências daí resultantes. Dessa forma, a aplicação de penalidades ao Estado parece, de todo, inócua, na medida em que não é capaz de compeli-lo (ou ainda, aos seus dirigentes) a adotar ou deixar de adotar determinadas condutas mais ou menos desejáveis.

Em realidade, a única consequência da aplicação de um acréscimo punitivo às condenações do Estado será o esvaziamento adicional dos cofres públicos. Nesses casos, o que se provocará é a destinação de recursos que deveriam ser destinados à realização dos escopos sociais do Estado para a satisfação de um único indivíduo, para além da reparação do dano que se lhe tenha sido infligido. Nesse cenário, não há mais o preenchimento do objetivo de distribuição do risco social do dano, mas, sim um injusto enriquecimento de um à custa de toda a sociedade. Trata-se de uma matemática verdadeiramente profana.

Aliás, como bem aponta SCHREIBER no trecho retrocitado, o adicional punitivo, nesse caso, implica o desvio, para o bolso particular, dos recursos que deveriam destinar-se à satisfação das necessidades sociais e à realização de serviços públicos, que, em decorrência, ficam precarizados. Ora, nesse caso, a indenização punitiva tem uma utilidade reversa: não a de desencorajar condutas indesejáveis e de encorajar aquelas desejadas, mas a de reprimir a realização de um escopo socialmente muito desejável.

4. Aplicação da Função Punitiva e da Responsabilidade Civil Objetiva na Jurisprudência Pátria

Na prática, todas as considerações tecidas ao longo desse trabalho não são objeto de relevante ponderação quando se trata de aplicar o instituto da indenização punitiva no direito brasileiro.

Conforme já foi por vezes pincelado ao longo deste trabalho, a jurisprudência brasileira não se ocupa de fazer uma análise nem mesmo perfunctória do instituto e de seu cabimento ao aplicá-lo, e não há grandes preocupações acerca da configuração dos pressupostos de sua aplicação, das inúmeras implicações da atribuição de caráter penal a uma parcela condenatória arbitrada em sede de responsabilidade civil, ou mesmo da possibilidade da atribuição dessa função punitiva em situações em que a culpa do demandado sequer foi objeto de discussão ao longo da demanda.

Aponta ANDRADE, por exemplo, que os julgados pátrios não produzem distinção acerca dos caracteres e das parcelas punitiva e indenizatória das condenações arbitradas, tratando da reparação e da punição como faces da mesma moeda. Não se fala, em nossos julgados, de uma parcela indenizatória com função compensatória e outra com função punitiva, mas em uma *dupla função* da indenização por danos morais, que teria simultaneamente caráter indenizatório o punitivo.

Atualmente, prevalece na doutrina e na jurisprudência brasileira o entendimento de que a indenização pelo dano moral não cumpriria apenas o papel de compensação pelo dano ou de satisfação concedida à vítima. A doutrina, em sua maioria, acentua a *dupla função* da indenização do dano moral: do lado da vítima, atuaria como compensação pelo dano sofrido; enfocado o ofensor, funcionaria como uma pena pelo dano causado.¹⁷⁸

Essa concepção de uma dupla função da indenização por dano moral tem implicações problemáticas na valoração da indenização – na medida em que não se sabe até que ponto se está atribuindo maior peso ao dano efetivamente sofrido ou a repreensão que se considera que o autor do dano deva suportar – bem como na aplicação indiscriminada de punições, mesmo em casos em que não seja efetivamente devida.

¹⁷⁸ (ANDRADE 2009, 151).

A assertiva desse duplo caráter, a propósito, decorre apenas e tão somente da reiteração jurisprudencial, na medida em que, como bem assevera MORAES, não tem qualquer embasamento legal. Ao contrário, a regência do nosso Código é clara em afirmar que a indenização visa à reparação do dano em sua exata extensão. A função é meramente reparatória, não havendo qualquer faceta punitiva.

Uma dessas funções é de ser reconhecida aos distintivos "punitivo", "exemplar" ou "punitivo-pedagógico", que, como é notório, têm pairado na motivação das sentenças e dos acórdãos referentes à indenização por dano moral. É de se ressaltar que essas funções decorrem, unicamente, da construção jurisprudencial acerca da matéria, sem embasamento normativo específico.¹⁷⁹

Causa ainda perplexidade pela indagação da natureza da reparação do dano moral – se uma efetiva reparação de dano ou de uma mera leniência, o que leva ao questionamento da sua reparabilidade em si, o que já foi objeto de discussão em folhas passadas¹⁸⁰ - além da própria discussão acerca do seu cabimento, então, em casos em que não houvesse culpa, como na responsabilidade objetiva, o que, hoje, não se nega (apesar de a mesma massiva jurisprudência entoar uníssona uma teoria sobre a natureza da indenização que parece entrar em choque com essa hipótese). Ademais, a punição não seria da natureza do processo indenizatório e entraria em contradição com a própria noção de indenização, como assevera REIS:

(...). As decisões proclamam que nas indenizações dos danos morais deverá ser observado o binômio pena-compensação, o que constitui uma situação contraditória em relação ao verdadeiro sentido do processo indenizatório.

O efeito sancionatório na responsabilidade civil não pode ser confundido com o efeito punitivo-repreensivo existente na esfera dos danos penais. (...).

Na realidade, o preceito consignado na primeira parte do "caput" do art. 1.525 no sentido de que "a responsabilidade civil é independente da criminal..." indica a absoluta independência entre a esfera penal e a da responsabilidade civil, não obstante tenha o comando legal estabelecido uma inter-relação entre os dois institutos. Mas o significado maior da regra reside na circunstância de que os fatos que ocorrem na esfera cível devem ser tratados sob o prisma das normas que regulamentam o direito civil. A área de atuação de cada conhecimento jurídico deve ficar adstrita aos casos particulares de cada uma delas.

(...).

Ademais, há muito se encontra superado o antigo e primitivo princípio romano pelo qual o devedor respondia pessoalmente pelo pagamento de suas dívidas, em face da sua eliminação pela *Lex Poetelia Papiria*. Por outro lado, há que se considerar que a dupla punição (punição e reparação-compensação) implicaria um verdadeiro *bis in idem*, incompatível com o princípio da equivalência entre o prejuízo e o dano."

De qualquer forma, ao estabelecerem dupla função da indenização dos danos morais, os julgamentos firmam entendimento incongruente, já que admitem a incidência de

¹⁷⁹ (MORAES 2009, 26).

¹⁸⁰ Vide Capítulo 1.4.1 "O dano indenizável".

dois componentes que são incompatíveis entre si e não podem ser agregados sob o pressuposto formal de uma decisão única.¹⁸¹

Em que é acompanhado por MORAES:

Tal caráter aflitivo, aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos morais, coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei a sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a idéia, extravagante à nossa tradição, de que a reparação já não se constitui como fim último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção.¹⁸²

Ultrapassando os questionamentos de ordem teórica, a adoção do critério de indenização única, a que se atribui dupla função, tanto ressarcitória como punitiva, arbitrando-se o dano com base em ambos os escopos em conjunto, o posicionamento jurisprudencial traz ainda consequências de ordem prática que podem acarretar o cometimento de injustiças e a limitação do direito de defesa do demandado, como é bem observado pela doutrina:

(...) a maioria dos juízes, por indicação inclusive do STJ, não separa a compensação da punição. Na verdade, tal como construído o sistema de reparação, a diferenciação entre compensação e punição poderia acabar por comprometê-lo ainda mais; no entanto, não parece razoável que alguém seja punido, através de sanção pecuniária, sem que tenha como saber o valor da penalidade infligida. Para que a sanção fosse expressiva e pudesse atingir qualquer uma das tantas funções que lhe são atribuídas, tais como a prevenção, de exemplo ou de desestímulo, seria mais do que desejável que a parcela respectiva fosse adequadamente destacada..¹⁸³

(...). Torna-se impossível, no cenário brasileiro, separar no valor da condenação a parcela concedida a título de compensação do dano e aquela que se pretende atribuir à vítima a título de punição do ofensor. Há, nisto, violação flagrante ao direito de ampla defesa do causador do dano e limitação ao contraditório em sede de recurso, já que se inviabiliza a discussão acerca da legalidade e conveniência da punição, cuja extensão nem chega a ficar clara.¹⁸⁴

Assim, falando-se em uma “dupla função” dos valores arbitrados em danos morais, para satisfazer a ambos objetivos de reparar e punir, restringe-se a possibilidade de impugnação específica do agravamento punitivo, pela comprovação da inexistência de conduta culposa ou dolosa punível, para que a indenização se reduza para o montante necessário à mera reparação, por exemplo.

Trata-se, em verdade, de uma importação capenga, para o nosso sistema jurídico, do instituto da indenização punitiva a partir da sua concepção nos sistemas de *common Law*. Capenga porque, apesar da repetição robótica de uma suposta necessidade de punição do infrator e da atribuição de uma função punitiva à indenização – inclusive pela adoção de

¹⁸¹ (REIS 2002, 194-195).

¹⁸² (MORAES 2009, 258).

¹⁸³ (MORAES 2009, 329).

¹⁸⁴ (SCHREIBER 2002, 19).

critérios de quantificação da condenação que dizem respeito a um escopo claramente punitivo, como as condições pessoais e econômicas do ofensor – não há uma efetiva preocupação com a verificação dos pressupostos necessários à aplicação de uma punição – e à conseqüentemente fundamentação da aplicação de indenização com escopo punitivo no julgado –; nem tampouco há uma preocupação em identificar em que proporção se está a ressarcir a vítima e em que intensidade se pretende punir o ofensor; e, finalmente, há ainda que se considerar que propala-se a função punitiva da indenização dos danos morais ainda que a conduta *sub judice* não possa ser considerada punível ou ainda que a culpa e a reprovabilidade não tenham sido objeto de cognição ao longo do procedimento. Aplica-se assim a indenização com escopo punitivo de forma indistinta e indiscriminada, esvaziando o seu significado e provocando, com isso, diversas injustiças e violações a diversos direitos fundamentais, como sói ocorrer sempre que a aplicação de penas não é precedida de uma rígida adequação aos princípios garantistas que regem e limitam a ação punitiva e protegem os indivíduos contra as arbitrariedades que lhe são praticadas.

Há ainda, o questionamento acerca da possibilidade de que um mesmo valor seja capaz de, ao mesmo tempo, adequar-se da função punitiva e à ressarcitória. Isso porque, ao levar à conta a função ressarcitória, o foco da avaliação do montante adequado será a vítima e o dano por ela sofrido. Por outro lado, ao se preocupar com a função punitiva, a quantificação terá como foco a conduta e a pessoa do condenado, de forma que haverá necessária desproporção entre esse valor e a extensão do dano sofrido pela vítima. Desta forma, a observância simultânea dos requisitos pode mostrar-se, por vezes, inconciliável.

Isso em especial diante da inconsistência da aplicação do instituto no direito pátrio quando, em que pese uma constante preocupação declarada em evitar o enriquecimento sem causa da vítima – rechaçado pelo nosso ordenamento (Código Civil, art. 844 e seguintes) –, verifica-se reiterada referência, ainda assim, a que a indenização deva ser quantificada de modo a representar “adequada punição ao infrator” e também que sirva como “desestímulo” à conduta lesiva, mencionando-se com freqüência suposto “caráter pedagógico” da indenização por danos morais. No entanto, é de se questionar se a indenização não se mede pelo valor atribuído ao dano, mas aos efeitos punitivos que se espera que gere no espírito do ofensor, fatalmente a desproporção entre um e outro significará exatamente o enriquecimento sem causa.

Observa PONTES E MIRANDA, quanto a isso, que, ao contrário do que se pode alegar no sentido de que em indenizações por danos morais não haveria que se falar em configuração ou não de enriquecimento sem causa, o doutrinador ressalta que quando há preocupação em medir a indenização pela extensão do dano – levando-se à conta os direitos efetivamente lesados e as condições da lesão etc. – o que se processa é a compensação da lesão a um patrimônio imaterial por outro de natureza material, e não há, efetivamente, que se falar em enriquecimento sem causa: a causa será justamente o dano sofrido e a sentença deferindo a indenização; no entanto, se o critério para arbitramento da indenização for o intuito de punir o ofensor, fatalmente não haverá correspondência entre dano e indenização e, nesse caso, será perfeitamente possível se falar, sim, em enriquecimento sem causa da vítima.

A teoria da responsabilidade pela reparação dos danos não há que se basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas, a despeito de não se atribuir direito à indenização por parte da vítima culpada. O fundamento, no direito contemporâneo, está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível. A restituição é que se tem por fito, afastando qualquer antigo elemento de vingança. Em sentido amplo, a indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial ou, por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não se houvesse produzido o fato ilícito (*lato sensu*) de que se irradiou o dever de indenizar [...] Ora, o pagamento indenizatório a título punitivo seria claramente uma afronta ao princípio do enriquecimento ilícito [...]. A reparação é sem propósito exemplificativo, disciplinar: o que se tem por fito é emenda, correção objetiva. Daí a inconfundibilidade com a pena. O juiz que condena à reparação não pune; pode punir e condenar à reparação. Mas, mesmo então, as sanções são diferentes em conteúdo.¹⁸⁵

A importação do instituto, dessa forma, se dá de maneira acrítica, sem que se faça uma análise cuidadosa da sua compatibilidade com o sistema jurídico pátrio – e basicamente com a maioria dos sistemas de direito romano-germânicos – a fim de justificar a sua aplicação e rechaçar quaisquer questionamentos quanto à validade da utilização do instituto em nosso direito. Diferentemente do que praticam nossos Tribunais, tais inconsistências foram bem analisadas pelas Cortes alemãs ao afastar a possibilidade de realização do instituto naquele país:

A *Bundesgerischof* decidiu, no que tange à indenização punitiva, a declaração de execução prejudicada pelo limite de ordem pública expresso no § 723, II, 2ª parte, e § 328, I, n. 4, do *ZPO*. De fato, o ordenamento alemão prevê, como consequência de uma ação ilícita, o simples ressarcimento dos danos e não também o enriquecimento do ofendido. No exame, entendeu a Suprema Corte necessário sublinhar que a função punitiva do a função pedagógica, configuráveis no instituto dos *punitive damages*, são objetivos possíveis somente através do Direito Penal. Em especial, manifestou-se no sentido de considerar justo que a *fattispecie* proveniente dos ordenamentos anglo-saxões possa operar no âmbito do direito civil, mas não considerou admissível que em um ordenamento como o germânico, em que o Estado tem o monopólio de aplicar sanções, um cidadão possa assumir a função do

¹⁸⁵ (PONTES E MIRANDA, *apud* MORAES 2009, 261-262).

Ministério Público, pretendendo que sejam cominadas sanções em decorrência de um ilícito civil e, pior, que delas possa beneficiar-se.

A Corte alemã observou ainda que a função pedagógica da indenização punitiva não pode ser equiparada, de nenhum modo, à satisfação presente na reparação do dano extrapatrimonial porque a *ratio* de ambos é distinta: enquanto a responsabilidade civil extrapatrimonial tem uma função precipuamente compensatória, o instituto anglo-saxão tem como função principal a punição do responsável pelo dano, e, secundariamente, a constituição de prevenções em relação ao autor e à sociedade como um todo.¹⁸⁶

Isso sem mencionar que, em sistemas civilistas, como o nosso, o juiz está adstrito à lei, não podendo criar normas ou julgar unicamente por meio de precedentes, ao contrário do que acontece na *common Law*, de onde provém o instituto, o que dificulta ainda a concepção de sua aplicabilidade quando não há qualquer previsão em nosso ordenamento e que exigiria ainda mais cautela para sua aplicação em nosso sistema e uma análise ainda mais cuidadosa das possibilidades de sua aplicação.

E essa aplicação acrítica do instituto pela nossa jurisprudência passa também pela não verificação, quando da sua aplicação, dos seus pressupostos essenciais de incidência, decorrentes não apenas do desenho que lhe dão as Cortes americanas¹⁸⁷ e por elas apontadas em seus julgados, de onde o reproduzimos, mas também apreensíveis da própria avaliação lógica da sua caracterização como uma punição – que lhe atribui caráter eminentemente penal, a despeito da inserção em direito civil, o que torna a questão ainda mais delicada – e dos objetivos que visa alcançar¹⁸⁸.

É o que passamos a demonstrar.

4.1. O Critério Punitivo Infundado

Já se salientou em linhas anteriores que, muito frequentemente, no direito pátrio, a jurisprudência faz referência a uma função punitiva a ser exercida pela indenização dos danos morais de modo genérico, como se a ideia de punição fosse indissociável da reparação por dano extrapatrimonial – o que, ao que parece, das inúmeras referências já mencionadas no presente trabalho, não é elemento necessário da resposta à lesão ao dano imaterial.

Nessa toada, frequentemente temos, no direito pátrio, em processos em que não há qualquer preocupação e investigação acerca da existência da culpa ou da sua gravidade, quando da condenação dos demandados ao pagamento de indenização por danos morais, a

¹⁸⁶ (MORAES 2004, 67-68).

¹⁸⁷ Vide Capítulo 2.1.3 “Origem e Evolução da Indenização Punitiva”.

¹⁸⁸ Vide Capítulo 2.2.2 “Dolo ou Culpa Grave”.

menção à suposta dupla-função da indenização do dano moral. Desta forma, ao fundamentar a fixação do *quantum* indenizatório, faz-se menção à necessidade de que o valor arbitrado deva representar, ao mesmo tempo, devida reparação ao lesado e adequada punição ao lesante.

No entanto, nem sempre há uma indicação expressa do motivo pelo qual determinada conduta deveria ser objeto de “adequada punição”, que não o mero fato de que dela tenha resultado um dano de natureza moral, ainda que independentemente de haver sido perpetrada com dolo ou culpa, em qualquer grau. Ora, a adequação da punição mede-se sempre em referência à necessidade de repressão a determinada conduta e à necessária proporção entre a sanção imposta e a censurabilidade do comportamento repreendido.

Em tal situação, ao que parece, cria-se uma hipótese, no direito pátrio, de responsabilidade penal objetiva, na qual, para que seja aplicada uma punição ao ofensor, basta a ocorrência de dano a direito de natureza extrapatrimonial e a sua relação¹⁸⁹ com a conduta (ou a atividade) desenvolvida pelo demandado. Parece, em tal cenário, que se cria a possibilidade de que o simples desenvolvimento de uma atividade que ocasione riscos, ainda que perfeitamente lícita, pode ser, por si só, objeto de punição, sempre que dela eclodam danos morais a outros, independentemente da ilicitude da conduta perpetrada, da sua reprovabilidade ou da existência de culpa na sua prática.

Ora, não é necessário apontar os riscos, as injustiças e, especialmente, as violações a direitos fundamentais que acarretam da adoção de um sistema punitivo objetivo. Do exercício regular de direito, ainda que possa eclodir dano indenizável e o dever de repará-lo, não pode decorrer, por certo, punição – não há que se punir conduta escorreita.

De um lado, enquanto falamos de atribuição de responsabilidade civil por danos, a adoção de um sistema objetivo de atribuição de responsabilidade traz fundamentos de lógica razoáveis e implica a adoção de um sistema de distribuição de riscos regulada pelos riscos ocasionados pelas atividades desenvolvidas, dentro ainda do papel precípua da responsabilidade civil, conforme alguns autores, como se examinou no tópico 1.1 “A Responsabilidade Civil: conceito e contornos originais”.

De outro lado, quando falamos de atribuição de responsabilidade penal objetiva, não parece haver fundamentos de ordem lógica, especialmente quando verificamos a possibilidade de apenação com base meramente no risco (ainda que de conduta lícita e

¹⁸⁹ Causal ou normativa.

perfeitamente moral), sem que se observem os pressupostos ou os fundamentos das penas, que têm íntima correlação com a sua função precípua, como bem se estudou no tópico 2.1.1 “Caráter Punitivo: delimitação da pena”, que tem com principal foco coibir ações danosas praticadas com dolo, ou, em alguns casos, com culpa – frequentemente grave, porém por vezes mesmo a leve – que indique falta de diligência inadmissível no resguardo de certos direitos. Justamente devido a esse objetivo precípua que a atribuição de apenação com base objetiva parece de todo ilógica.

4.2. Despreocupação com eventual *bis in idem* decorrente da aplicação do caráter penal em múltiplos julgados

Outra preocupação relevante com relação à forma como tem se dado a aplicação da indenização punitiva pelos magistrados brasileiros diz respeito à ausência de qualquer preocupação, como muitas vezes se observa, com relação à possibilidade incorrer-se em *bis in idem* quando da aplicação de punição, diante da possibilidade de que o mesmo fato já tenha ou possa ensejar outras medidas repressivas, na esfera civil ou em outros ramos do Direito.

Difícilmente se observa alguma preocupação do magistrado, por exemplo, com o fato de que a conduta lesiva pode também ter repercussão na esfera penal, de forma que o autor do dano já está sujeito a adequada – e severa – punição, subsistindo a necessidade apenas da reparação do dano sofrido pela vítima, ou, se determinada conduta configurar também infração administrativa, aplicação de sanção nessa esfera, sendo desnecessária e injusta nova pena pecuniária. Restringindo-nos à esfera civil, raramente se vê a preocupação também de que, ao se quantificar a indenização a que se atribui caráter punitivo, se observem possíveis desdobramentos da mesma conduta que possam acarretar vários danos a diferentes indivíduos ou mesmo um único dano a que correspondam diversos legitimados à reparação, e que possam, dessa forma, acarretar diferentes demandas em face do mesmo réu em que se pleiteie aplicação do acréscimo punitivo.

Nessa última hipótese, aliás, parece haver uma preocupação às avessas, que se fundamenta no apego à função atribuída à parcela punitiva de coibir a repetição de condutas danosas, de forma que, em casos em que possam eclodir vários danos de uma mesma conduta ou padrão de conduta, cada uma das indenizações acaba por ser especialmente majorada em função da repetição, sem que, no entanto, se observe que o somatório das quantias punitivas nos diversos procedimentos pode afinal mostrar-se excessivo. Isso sem mencionar a

circunstância de que, muitas vezes, essa preocupação com a repetição do dano, com a constante referência ao caráter pedagógico ou preventivo da indenização arbitrada, se demonstra mesmo em situações em que não há qualquer indício de que se trate de conduta contumaz, ou mesmo em casos que, por sua peculiaridade, são de improvável reprodução.

Impende, ainda, observar que nem sempre que uma conduta ocasione danos a diversos indivíduos isso significará que se trata de conduta reiterada ou que isso implique especial reprovabilidade da conduta: um único vôo comercial acidentado pode ocasionar danos para uma centena de pessoas e, em consequência, eclodir uma centena de processos judiciais, o que poderia sugerir a adoção de conduta recalcitrante reiterada e especialmente danosa, quando, em verdade, um único evento isolado foi a origem de uma infinidade de males.

Nos julgamentos pátrios, entretanto, raramente são levadas à consideração, para a quantificação das indenizações individualmente deferidas em cada demanda oriunda de determinado evento, as possíveis condenações semelhantes do mesmo réu em outras pretensões decorrentes dos mesmos fatos. Assim, pode-se concluir que não raro aplicam-se múltiplas indenizações de caráter punitivo que implicam *bis in idem* do qual não se ocupou o julgador e cuja cumulação torna a resposta jurídica à lesão provocada excessivamente onerosa.

Tal distorção, é possível cogitar, sequer poderia ser atribuída a eventual defeito na prestação jurisdicional, mas de uma característica elementar do sistema processual civil ora vigente: não é dado ao julgador, no processo civil, sentenciar levando à conta elementos externos estranhos à lide levada a julgamento, e às provas constantes dos autos. Desta forma, questões que não digam respeito à relação entre as partes e à pretensão indenizatória exercida não podem influir no julgamento, o que obviamente inclui a eventual existência (ou não) de várias outras vítimas e legitimados. Isso porque nosso sistema prevê a indenização com caráter meramente ressarcitório, e tais externalidades não têm qualquer importância quando a pretensão exercida possui apenas esse caráter, uma vez que a condenação deverá levar em conta apenas e tão-somente a extensão do dano a se reparado; entretanto, essas questões que ultrapassam a relação inter partes adquirem superior relevo quando se atribui, por força doutrinária e jurisprudencial, caráter punitivo aos valores arbitrados para as indenizações, quando deverão entrar na equação a necessidade de prevenção do *bis in idem* e a necessidade

de que a punição total não extrapole aquela necessária ao objetivo visado, nem fique aquém dele.

A questão toma especial relevo quando se verifica que, na maior parte dos casos, os causadores de danos em massa são também aqueles que respondem objetivamente pelos danos causados, como é o caso dos fornecedores de produtos e serviços em relações de consumo e os entes estatais e seus agentes diretos e indiretos. Já se sublinhou no tópico 1.2 “Origens Históricas da Responsabilidade Civil Objetiva” que foi exatamente essa massificação dos danos decorrentes de tais atividades a principal força motriz da objetivação de sua responsabilidade. Nesses casos, por consequência, não é raro que se arbitrem montantes com o objetivo precípuo de coibir a reiteração da conduta – com escopo claramente punitivo – quando sequer se questionou a existência de culpa ou dolo na conduta em questão e se a dita reiteração decorre efetivamente de defeito na atividade que deva ser corrigido ou se é mera decorrência do risco inerente à atividade, tendo em vista que não há mecanismo isento de falhas e a massificação da atividade pode significar grande número de danos sem que isso corresponda a deficiência estatisticamente relevante do serviço prestado ou do produto fornecido.

4.3. Limitação da atuação do STJ às situações extremas (quantias ínfimas ou exorbitantes): fuga à análise dos critérios de fixação dos valores indenizatórios

Outra questão problemática no que se refere à aplicação da indenização punitiva no Direito brasileiro, em especial quando se trata de sua associação com a atribuição objetiva da responsabilidade, diz respeito à inexistência de controle rígido das Cortes Superiores quanto aos critérios de sua aplicação e quanto aos parâmetros a serem adotados para a sua fixação.

Isso se dá especialmente em decorrência da contumaz e já assentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, via de regra, não é possível a revisão dos valores indenizatórios em instância especial. O entendimento se baseia na premissa de que a fixação do valor da indenização baseia-se nos elementos de prova constantes nos autos; no caso da indenização por danos morais, na valoração dada pelo magistrado a elementos subjetivos da demanda. Nessa toada, a revisão dos valores de indenização demandaria reexame de fatos e provas, sendo, assim, fatalmente obstado pelo

enunciado da Súmula nº 7 daquele Tribunal, segundo a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial”.

Com base na lógica exposta, aquela Corte apenas procede à revisão dos valores de indenização fixados naquelas situações em que se configura valor patentemente insignificante ou exorbitante, em que o montante indenizatório destoe de maneira gritante dos valores costumeiramente atribuídos para situações semelhantes, quando se verifica ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Nesses casos, os montantes são ajustados aos valores médios normalmente verificados em casos análogos.

Essa lógica, entretanto, ignora o fato de que não necessariamente a revisão de valores de indenização implica obrigatório reexame de fatos e provas. Apesar de as quantias normalmente serem arbitradas ou calculadas tendo por base os fatos observados e as provas colhidas ao longo a instrução, não raro a sua revisão dispensa nova incursão a esses elementos. São frequentes as situações em que, estabelecida uma premissa no *decisum* recorrido, essa premissa não é levada à consideração na quantificação da indenização, ou essa é estabelecida em contradição frontal à premissa estabelecida. Ora, em tal hipótese não há qualquer necessidade de incursão no acervo probatório ou exame dos fatos, basta a leitura do acórdão e o cotejo das premissas estabelecidas e das consequências a elas atribuídas, matéria que envolve debate exclusivamente de Direito.

Um exemplo claro da hipótese proposta diz respeito justamente às situações em que, estabelecida a responsabilidade independentemente de culpa – cujo exame é afastado, ou, mesmo diante da comprovação de sua inexistência, subsiste a obrigação de indenizar ainda assim –, o montante indenizatório é fixado tendo em vista a punição do ofensor, ou um caráter preventivo, pedagógico, ou ainda o porte econômico do ofensor, que revelam escopo claramente punitivo, o qual, como já repetidamente exposto neste trabalho, tem como pressuposto a existência de culpa ou dolo a justificar sua aplicação. Em tais casos, diante da premissa estabelecida de inexistência de culpa ou de desnecessidade de sua avaliação, não é necessário revolver provas para concluir que a indenização fixada com base nesses parâmetros deverá ser reduzida, de modo a afastar a porção estabelecida com tais fundamentos.

Trata-se de hipótese que em nada difere de situação em que acórdão recorrido estabeleça coexistência de danos estéticos e dano moral puro, e fixar, entretanto, quantia

indenizatória apenas para os danos estéticos, entendendo não serem a eles cumuláveis os danos morais (tese rechaçada pela jurisprudência do STJ). Não há nenhum óbice a que, com base na premissa estabelecida no acórdão pela existência dos danos morais, determinar montante indenizatório também a esse fim¹⁹⁰. O que não poderia, é claro, é, revolvendo provas, concluir pela inexistência de tais danos, como não poderia, na hipótese apontada acima, revolver provas para avaliar a existência de culpa e proferir quanto a ela um juízo de valor. Longe disso, nada impede a reforma da conclusão de um julgado com base nas premissas nele mesmo estabelecidas.

A colenda Corte Superior, entretanto, tem se furtado da análise dos montantes indenizatórios e do cabimento da atribuição de função punitiva às indenizações fixadas a título de danos morais com fundamento exatamente no argumento de que tal exame encontraria óbice na Súmula nº 7 daquele Tribunal. A consequência disso é que, no Direito pátrio, não há a fixação, pelo órgão máximo de interpretação e aplicação da Lei, dos critérios e parâmetros para a valoração das indenizações por danos morais e das condicionantes que devem ser levadas à conta na sua quantificação.

Doutro lado, quando o tema é adentrado, a análise realizada geralmente não é tecnicamente adequada, havendo apenas referência vaga a critérios de razoabilidade e proporcionalidade e a menção inespecífica da suposta “dupla função” da indenização por danos morais, havendo, com frequência, a alusão à punição ou ao caráter pedagógico, mesmo diante da expressa menção à vedação, no nosso Direito Civil, aos *punitive damages*, os quais são apontados como causa de enriquecimento ilícito. É o que se verá da análise dos casos a seguir apresentados.

4.4. Estudo de casos

Conforme já se afirmou reiteradamente ao longo deste trabalho, a jurisprudência pátria adota posições contraditórias com relação à fixação das indenizações por danos morais, em especial no que diz respeito à adoção de critérios punitivos para a sua fixação ante à inexistência de previsão legal para a atribuição de caráter penal à indenização por dano moral, à vedação ao enriquecimento ilícito, à ocorrência de *bis in idem* ou à verificação da existência de culpa por parte do ofensor como pressuposto à aplicação de um escopo punitivo. A análise dos julgados adiante, todos provenientes do STJ, cujo papel constitucional deveria ser

¹⁹⁰ Vide REsp 910.794/RJ, abaixo (p. 111), em que verificada revisão de montante indenizatório exatamente nesses termos.

exatamente o de esclarecimento e sedimentação da interpretação da Lei mostra exemplos claros desse posicionamento confuso e contraditório da jurisprudência pátria.

No caso cuja ementa segue transcrita, por exemplo, o STJ estabeleceu responsabilidade civil objetiva do Estado por dano causado por “bala perdida” em perseguição policial. Em tal situação, em que pesem as diversas limitações às realizações de disparos de arma de fogo por agentes públicos, verifica-se que não há que se falar em ato ilícito: o dano surge do exercício do dever do Estado em prover a segurança pública, não há que se falar em conduta faltosa, seja por dolo ou culpa. Mantido, assim, o dever de indenizar com base na responsabilidade objetiva do Estado prevista na Constituição, fundamentada no risco da atividade, reputada suficiente a demonstração do nexo causal.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPAROS EM VIA PÚBLICA EFETUADOS EM PERSEGUIÇÃO POLICIAL. "BALA PERDIDA" QUE ATINGIU ADOLESCENTE. DANOS ESTÉTICOS. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE. PROVA TESTEMUNHAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. PERÍCIA TÉCNICA INEXISTENTE. *VENIRE CONTRA FACTUM PRÓPRIO*. INADMISSÍVEL. ALTERAÇÃO DO ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. RAZOABILIDADE.

1. Cuida-se, na origem, de ação de indenização proposta pela ora recorrida em face do Estado do Espírito Santo, em decorrência de evento ocorrido em 15 de abril de 1982, que a deixou gravemente ferida após confronto entre policiais civis daquele Estado e um fugitivo.

2. Os recursos de apelação interpostos pelas partes devolveram ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo o conhecimento de toda a matéria discutida nos autos. Com isso, essa Corte pôde reexaminar o ponto atinente à indenização por danos estéticos, de modo que não há que se cogitar de julgamento *extra petita* no caso concreto.

3. Ao efetuar incontáveis disparos em via pública, ainda que em virtude de perseguição policial, os agentes estatais colocaram em risco a segurança dos transeuntes, e, por isso, em casos assim, devem **responder objetivamente pelos danos causados**.

4. O Estado, competente para a conclusão do inquérito policial, alega que, diante da inexistência de exame de balística do projétil que atingiu a autora, há mais de 29 anos, não há meios de lhe imputar a responsabilidade pelo fato, todavia, inadmissível na espécie *venire contra factum proprium*.

5. Esta Corte já se pronunciou acerca do dever da parte autora em demonstrar o nexo de causalidade e do Estado em provar a sua inexistência (REsp 944.884/RS, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJe 17/04/2008). Sendo assim, é justamente pela falta da referida perícia, que o recorrente não possui meios de comprovar a ausência de tal requisito, sendo assim, bastante para tanto as provas trazidas pela recorrida.

6. Sendo que a Corte de origem realizou acurada análise das circunstâncias em que o fato ocorreu, valendo-se, para tanto, de robusta prova testemunhal, suficientes para a caracterização do nexo de causalidade ensejador da reparação pelos danos suportados pela vítima, a revisão do julgado esbarra no óbice da Súmula 07/STJ.

Precedentes.

7. **A indenização por danos morais e estéticos deve ser proporcional ao dano causado, fixada com razoabilidade de forma que não se torne fonte indevida de lucro e, por outro lado, não desampare a vítima.**

8. In casu, a autora, com apenas 14 anos à época dos fatos, teve interrompido prematuramente o curso natural da vida. Dura realidade, não só para a vítima, mas para toda a família que foi privada da convivência, dos momentos de alegria e realizações da adolescente.

9. Segundo o acórdão recorrido, a recorrida "precisa de tratamentos permanentes de neurologia, neurocirurgia, psicologia, fonoaudiologia, fisioterapia, oftalmologia, endocrinologia, cirurgias plásticas e cirurgias diversas", e, ainda, que "possui fragmentos metálicos de projétil de arma de fogo no cérebro".

10. Razoável o montante arbitrado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em 400 (quatrocentos) e 100 (cem) salários mínimos a título de danos morais e de danos estéticos, respectivamente. Precedentes.

11. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 1236412/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 17/02/2012).

A despeito da evidente inexistência de culpa, no julgamento do Recurso Especial interposto pelo Estado do Espírito Santo, foi rejeitado o pleito de redução do valor estabelecido a título de indenização por danos morais ao fundamento de que a quantia estabelecida mostrava-se razoável e proporcional, não caracterizando assim a exorbitância necessária à intervenção da Corte Superior. Da leitura do inteiro teor do acórdão, entretanto, é possível verificar que, conquanto expressamente reconhecida a atribuição de responsabilidade sem culpa, o aresto recorrido estabeleceu o valor da indenização tendo por base critérios claramente punitivos. É o que se retira do recorte do acórdão recorrido, constante do voto do Relator:

(...) Por isso, para atender à dupla função do dano moral (reparação-sanção) - ou seja (a) **caráter punitivo ou inibitório (exemplary or punitive damages)** e (b) natureza compensatória ou reparatória - tenho por razoável sua fixação em 400 (quatrocentos) salários mínimos vigentes à época da sentença.

O exame do *quantum* indenizatório, desta forma, passou ao largo da verificação de que, para justificar a aplicação de punição – e, portanto, de fixação de valor que busque atender também a um critério punitivo – é pressuposto necessário a existência de conduta punível, caracterizada sempre pela existência de dolo ou culpa, jamais podendo se atribuir punição pelo exercício regular de dever institucional. O STJ, no entanto, parece não se preocupar com a necessidade desse pressuposto inafastável para a aplicação de um escopo punitivo à indenização, contentando-se com a repetição acrítica da fórmula da “dupla função” da reparação dos danos morais. Isso sem mencionar a incongruência da tentativa de apenação do Estado¹⁹¹.

Em outro aresto, da simples leitura da ementa se vê novamente atribuição da responsabilidade objetiva do Estado associada à manutenção de valor indenizatório arbitrado

¹⁹¹ Vide p. 96, tópico 3.4 “Responsabilidade Civil do Estado: impossibilidade de apenação da coisa pública e o prejuízo social da aplicação da indenização punitiva ao Estado”.

com base em parâmetros claramente punitivos (capacidade econômica do ofensor e caráter pedagógico da indenização), sem que houvesse discussão da apenação independente de culpa, a que se furto o Tribunal pela aplicação da Súmula nº 7.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO ILÍCITO PRATICADO POR AGENTE PÚBLICO QUE, NESSA QUALIDADE, CAUSA DANO A TERCEIRO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. FACULDADE.

1. Sobre a alegada contrariedade aos arts. 186 e 403 do Código Civil, nota-se que a revisão do valor fixado a título de danos morais encontra óbice na Súmula n. 7/STJ, uma vez que este fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, a exemplo, a **capacidade econômica do ofensor** e do ofendido, a extensão do dano, o **caráter pedagógico da indenização**.

2. Não é demais lembrar que, segundo a jurisprudência deste Tribunal, a revisão do valor a ser indenizado somente é possível quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa in casu diante da quantia fixada em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Precedentes.

3. Quanto à aludida ofensa ao art. 76 do CPC, também não prospera a alegação do recorrente, em virtude de esta Corte ter pacificado-se no sentido da desnecessidade de denunciação da lide em matéria de **responsabilidade civil objetiva** do Estado. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 60.305/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011)

Aliás, quanto à configuração da culpa, pertinente ressaltar que a responsabilidade na hipótese seria claramente indireta, uma vez que o dano foi causado por agente público não na prestação do serviço público, mas de suposto estelionato praticado aproveitando-se do cargo ocupado, e, mais, a discussão da existência de culpa e eventual punibilidade foi adicionalmente limitada não apenas pela atribuição de responsabilidade objetiva como também pela rejeição da denúncia da lide ao agente causador do dano – o que, aliás, também representa desafio à quantificação do dano segundo a baliza, eminentemente penal, da capacidade econômica do ofensor, já vista neste trabalho. Também traz indagação o argumento de prevenção de reiteração da conduta, tendo que a condenação não se volta contra o autor direto do dano, tampouco se poderia cogitar da contumácia do Estado na prática do ilícito. É o que evidencia a ementa do Acórdão, proferido na instância *a quo*, recorrido no caso acima:

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO ILÍCITO PRATICADO POR AGENTE PÚBLICO QUE, NESTA QUALIDADE, CAUSA DANO A TERCEIRO. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. NÃO OCORRÊNCIA. CULPA CONCORRENTE. DESCARACTERIZAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE RECONHECIDO. RESPONSABILIDADE INDENIZATÓRIA QUE DECORRE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO,

ASSENTADA NO ART. 37, §6º DA CARTA REPUBLICANA. CONDENAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS REDUZIDA, TENDO EM VISTA O ACERVO PROBATÓRIO ADORMECIDO AOS AUTOS. CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS MANTIDA NO PATAMAR ESTABELECIDO NA ORIGEM (R\$25.000,00). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDOS NOS TERMOS DO ART. 20, §3º E §4º, DO CPC. APELOS E REMESSA CONHECIDOS, DESPROVENDO-SE O APELO DO AUTOR, E PROVENDO-SE PARCIALMENTE O APELO DO ESTADO.

1. Preliminarmente, não se pode concluir - sob pena de desproporcional ofensa à cláusula do amplo acesso à justiça - que o autor da ação deixou de juntar os documentos essenciais para fins de reconhecimento da regularidade da petição de exórdio, tendo em vista que, ao alvitre de seu protocolo, o autor indicou as provas que pretendia produzir e juntou os documentos minimamente essenciais à instauração do procedimento ordinário respectivo, atendendo, por isso mesmo, aos ditames do art. 282, VI, e 283, ambos do CPC. Preliminar de inépcia da petição inicial rejeitada.

2. Tem-se afirmado de modo pacífico, seja no âmbito da doutrina processual e material cível, seja na jurisprudência, que a denunciação à lide prevista no art. 70, III, do CPC - para fins de exercitar o direito de regresso no caso de responsabilidade objetiva do Estado - se acentua como providência de caráter inequivocamente facultativo. Precedentes do STJ (REsp 1089955/RJ, REsp 955.352/RN entre outros). Em face disto, o exercício do direito de regresso não resta prejudicado em face da inexistência de manifestação expressa, no decreto sentencial, acerca da culpa ou dolo do agente público que, nesta qualidade, causa danos a terceiros. Aplicação, em tema de nulidades, do princípio *pas des nullités sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem demonstração de prejuízo. Preliminar rejeitada.

3. No mérito, os autos noticiam que o autor da ação foi vítima de uma ação caracterizadora, em tese, do delito de estelionato praticado por parte de um ex-servidor público à época integrante dos quadros do Poder Judiciário do Estado do Ceará. Consubstanciou-se, o ato ilícito, na exigência, pelo ex-servidor, de depósitos mensais relativos aos alugueis da casa em que o autor residia na qualidade de locatário, a pretexto de que, assim o fazendo, se desincumbia de eventual ordem de despejo. Sucedeu que o autor passou a depositar, mês a mês, as referidas quantias, e, após quase 3 (três) anos, acabou sendo despejado do imóvel.

4. Já se encontra decantado na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual a responsabilidade do Estado, em se tratando de ato ilícito comissivo praticado por um de seus agentes, é de índole eminentemente objetiva, prescindindo da demonstração de dolo ou culpa por parte do agente causador, bastando a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o dano ocasionado, consoante estabelece a teoria do risco e conforme se colhe do figurino constitucional adotado no art. 37, §6º, da Carta Política de 1988.

5. Fazendo-se uso, para os exclusivos contornos do presente caso, de qualquer das teorias que regem o instituto do nexo causal, ou seja, a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada ou mesmo a teoria fundada pelo Desembargador Agostinho Alvim, nominada teoria da causalidade direta ou indireta, não se pode excluir o nexo de causalidade existente entre a conduta ilícita do ex-servidor e os danos experimentados pelo autor da ação. Alegações do ente público que não ilidem tampouco mitigam o liame objetivo a relacionar, de um lado, a conduta ilícita do agente público, e, de outro, o dano material e moral experimentado pelo autor da ação, conclusão esta que afigura-se inafastável, seja em virtude de o autor não ter, em nenhum momento, se esquivado de pagar as prestações dos alugueis respectivos, seja porque a ação ilícita perpetrada pelo ex-servidor se revestiu de uma série de características que lhe emprestaram uma nota insuperável de ardisidade (mediante simulação de audiências, expedição de recibos com papel timbrado do tribunal etc), impossibilitando ao autor - que desconhece as normas jurídicas que regem o procedimento especial subjacente - descobrir que estava sendo vítima de uma ação em tese subsumível à figura típica do estelionato.

6. Indenização por dano material reduzida, tendo em vista que, na sentença, houve condenação ao pagamento de 34 (trinta e quatro) prestações de alugueis

indevidamente pagos, quando, na verdade, somente há prova nos autos de 33 (trinta e três) destas prestações.

7. O arbitramento da indenização por danos morais deve atender, ao mesmo tempo, a um ideal de reparabilidade efetiva do dano e de prevenção de futuras condutas reincidentes, não podendo implicar, em nenhum hipótese, em enriquecimento sem causa, nem consubstanciar indenização irrisória, observado, em todo caso, a proporcionalidade e a razoabilidade no ensejo de sua fixação.

8. Indenização fixada na origem no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), quantia que se revela compatível com o dano experimentado pelo autor, além de se subscrever às diretrizes que informam a fixação dos danos morais, não caracterizando indenização irrisória tampouco traduzindo verba representativa de enriquecimento sem causa.

9. Nas condenações contra a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados com fundamento no art. 20, §4º, do CPC, o qual faz remissão às alíneas do §3º, mas não alude aos limites percentuais nele estabelecidos. Neste sentido: REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004. Honorários advocatícios reformados para o patamar de R\$ 3.000,00 (três mil reais), valor que, equitativamente, atende aos parâmetros assentados nas alíneas a, b e c do art. 20, §3º, do CPC e às peculiaridades do caso.

10. Remessa e Apelações conhecidas, desprovendo-se o apelo interposto pelo Autor, e provendo-se parcialmente o apelo do Estado, para o fim específico de reduzir a condenação por danos materiais a R\$ 5.245,02 (cinco mil duzentos e quarenta e cinco reais e dois centavos), e reduzir a condenação por honorários advocatícios para R\$ 3.000,00 (três mil reais), mantendo-se os demais termos do édito sentencial de origem.

No caso que segue, em que pleiteada em face de pais de condutor menor pelos pais de passageiro também menor falecido em acidente de trânsito provocado por aquele aproveitando-se da ausência dos pais, causa espanto a observação de que é “objetiva a responsabilidade configurada nos autos” em seguida ao registro de que “a quantia indenizatória arbitrada guarda proporcionalidade com [...] o grau de culpa”. Ora, ou a responsabilidade é objetiva e a culpa é irrelevante à atribuição da responsabilidade e não será objeto de análise, ou ela é relevante e deve ser avaliada para dimensionar o valor da indenização, não é possível que seja as duas coisas simultaneamente. E mais, é de se questionar a adoção de parâmetros punitivos quando, ainda que se pudesse cogitar culpa grave do menor autor do dano, a responsabilidade no caso é claramente indireta, e, ainda que se possa cogitar culpa na violação do dever de vigilância sobre o filho, cabe ponderar os limites da capacidade diretiva desse poder a fim de caracterizar a falta como grave com o objetivo de justificar punição quando o menor, dotado de vontade livre e plena capacidade fática de ação autônoma (ainda que civilmente incapaz), aproveita-se justamente da ausência desses para cometimento do ato ilícito.

DIREITO CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ARBITRAMENTO ADEQUADO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Considerando que **a quantia indenizatória arbitrada a título de danos morais guarda proporcionalidade com a gravidade da ofensa, o grau de culpa e o porte sócio-econômico do causador do dano**, não deve o valor ser alterado ao argumento de que é excessivo.
2. Na seara da responsabilidade extracontratual, mesmo sendo **objetiva a responsabilidade configurada nos autos**, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, e não a partir da citação.
3. Em casos de responsabilidade extracontratual, o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão em que foi arbitrado o valor da indenização
4. Não há por que falar em violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.
(REsp 780.548/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 14/04/2008).

No caso seguinte, vários aspectos do julgado merecem destaque. O primeiro deles está no fato de que, como se pode observar das primeiras linhas da ementa, o procedimento em questão se origina de sentença condenatória penal, do que se pode retirar a preexistente punição do agente causador direto do dano. Diante disso, deve-se presumir que a ação civil deveria direcionar-se unicamente à reparação dos danos decorrentes do ato lesivo, a que foi acionado o Estado em função da responsabilidade objetiva que se lhe atribui em função dos atos lesivos praticados pelos seus agentes. Entretanto, a despeito de que do fato em questão já havia originado adequada punição ao seu autor, na fixação do montante indenizatório foi claramente consignado o caráter pedagógico de que de revestia.

Pois bem, no procedimento em questão, a existência preestabelecida de culpa (*lato sensu*) do agente faz com que seja certo o direito de regresso diante da condenação. O exercício do direito de regresso, repassando ao agente a indenização não meramente reparatória, mas também punitiva, levaria à dupla apenação do agente, incidindo em *bis in idem*, por outro lado, o não exercício desse direito levaria à injusta punição daquele que agiu sem culpa, e mais, em detrimento da coisa pública, que, por esforço dedutivo pode ser referido como pena imposta à sociedade como um todo. Finalmente, há que se verificar que, no caso, estabelecida indenização com duplo caráter, englobando a apenação do ofensor, a indenização é fixada levando não apenas em conta a extensão do dano sofrido pela parte, mas também a capacidade econômica do ofensor, no caso, o Estado, o que permite concluir que seria de todo improvável que tais valores pudessem ser integralmente repassados ao agente causador do dano – cuja capacidade econômica é certamente inferior à daquele – o que implicaria que, mesmo diante do exercício de regresso, ainda assim, persistiria a injusta

apenação do responsável objetivo, que arca com os danos independentemente de ter agido com culpa na eclosão do evento danoso¹⁹².

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

MILITAR. VÍTIMA DE HOMICÍDIO EM QUARTEL. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PROFERIDA PELA JUSTIÇA MILITAR FEDERAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS.

ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

NEXO DE CAUSALIDADE. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. EXORBITÂNCIA.

INEXISTÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. CABIMENTO. TEMPUS REGIT ACTUM.

1. A prescrição de ação indenizatória, por ilícito penal praticado por agente do Estado, tem como termo inicial o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 951.232/RN, SEGUNDA TURMA, DJ de 05/09/2008; REsp 781.898/SC, PRIMEIRA TURMA, DJ 15/03/2007 e REsp 439.283/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 01/02/2006.

2. In casu, trata-se de Ação de Indenização ajuizada em face da União, em 04.11.2004, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, proferida pelo Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM-Porto Alegre-RS, nos autos do Processo Penal Militar nº 22/98-0, em 31.08.1999 (fls. 73/79), a qual transitou em julgado em 2001, consoante noticiado pelo Juízo 6ª Vara Federal de Porto Alegre - SJ/RS (fl. 145), objetivando a reparação de danos morais e materiais decorrentes do falecimento de Soldado do Exército, vítima de homicídio por disparo de arma de fogo desferida por outro soldado, no período em que prestava Serviço Militar no 3º Regimento de Cavalaria de Guardas - REGIMENTO OSÓRIO.

(...)

11. In casu, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal a quo: "A responsabilidade objetiva do Estado está inserida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." **Da análise dos autos, resta incontestável o fato de que a presente ação versa sobre a responsabilidade objetiva. Fundada na teoria do risco administrativo, a responsabilidade objetiva independe da apuração de culpa ou dolo, ou seja, basta estar configurada a existência do dano, da ação ou omissão e do nexo de causalidade entre ambos.**

Assim, demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo imputável à administração e o dano, exsurge para o ente público o dever de indenizar o particular, mediante o restabelecimento do patrimônio lesado por meio de uma compensação pecuniária compatível com o prejuízo. **Não se perquire acerca da existência ou não de culpa da pessoa jurídica de direito público porque a responsabilidade, neste caso, é objetiva, importando apenas o prejuízo causado a dado bem tutelado pela ordem jurídica.(...)"**

12. **A modificação do quantum arbitrado a título de danos morais somente é admitida, em sede de recurso especial, na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo, incorrentes no caso sub judice.** (...)

13. Sob esse enfoque assentou o Tribunal a quo, verbis: "Ultrapassada a questão do dano moral, deve-se adentrar para a fixação do quantum indenizatório, tendo em vista que a União pleiteia a redução dos valores arbitrados pelo magistrado de piso (300 salários mínimos para a mãe e 100 salários mínimos para a irmã). (...)Assim, ultrapassada esta questão, se faz necessário observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o valor arbitrado deve guardar **dupla função, a**

¹⁹² Maiores considerações a esse respeito no tópico 3.2 "Responsabilidade por Ato de Outrem: a sanção por culpa alheia e o princípio da pessoalidade da pena".

primeira de ressarcir a parte afetada dos danos sofridos, e uma segunda pedagógica, dirigida ao agente do ato lesivo, a fim de evitar que atos semelhantes venham a ocorrer novamente e, ainda, definir a quantia de tal forma que seu arbitramento não cause enriquecimento sem causa à parte lesada. Nesse sentido entendo por manter a fixação realizada pelo magistrado singular. Contudo, conforme acima relatado, transformo a fixação de salários mínimos para valor monetário nominal, devendo a União pagar à mãe a quantia de R\$ 105.000,00 (cento e cinco mil reais) e à irmã o valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) obedecidos, é claro, os parâmetros do salário mínimo vigente à época da sentença, ou seja, R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais).

(...).

15. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 1109303/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 05/08/2009)

A respeito da possibilidade de revisão dos valores arbitrados a título de danos morais, de que se tratou em linhas anteriores¹⁹³, o caso abaixo é emblemático em demonstrar que, de um lado, a Corte Superior admite com clareza a possibilidade de alteração do montante indenizatório sem que isso implique violação da Súmula nº 7, quando tal análise puder ser realizada tão somente com base nas premissas fáticas estabelecidas no Acórdão recorrido, mas, por outro lado, aplica aquele verbete sumular para furtar-se à adequação da indenização arbitrada mesmo diante da evidente existência de elementos suficientes no Acórdão para permiti-la independentemente da incursão às provas. Aliás, como se tem repetido ao longo deste trabalho, o questionamento dos valores de indenização com base no ataque não às premissas fáticas que o embasam, mas nos fundamentos jurídicos que lhe dão suporte – como a aceitação de um duplo caráter a indenização, englobando o escopo punitivo, e a eventual majoração dos valores com base na referida função preventiva ou pedagógica em casos em que não está estabelecida a existência de culpa (quicá grave, gravíssima ou ainda de dolo) – são questões que tratam unicamente de matéria de Direito. A propósito constituem um debate jurídico a cuja análise a Corte Superior de Justiça não poderia se furtar, mas que, no entanto, jamais é objeto de análise por aquela Corte com base em enunciado sumular que ela mesma busca afastar quando determinada a proceder ao exame de outras matérias. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL DE JPGB E OUTROS. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. HOSPITAL MUNICIPAL. AMPUTAÇÃO DE BRAÇO DE RECÉM-NASCIDO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO.

POSSIBILIDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM FAVOR DOS PAIS E IRMÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que derivados de um mesmo fato, desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado. Precedentes.

¹⁹³ Vide considerações de p. 109.

2. Na hipótese dos autos, em Hospital Municipal, recém-nascido teve um dos braços amputado em virtude de erro médico, decorrente de punção axilar que resultou no rompimento de veia, criando um coágulo que bloqueou a passagem de sangue para o membro superior.

3. Ainda que derivada de um mesmo fato - erro médico de profissionais da rede municipal de saúde -, a amputação do braço direito do recém-nascido ensejou duas formas diversas de dano, o moral e o estético. O primeiro, correspondente à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia a que seus pais e irmão foram submetidos, e o segundo, decorrente da modificação da estrutura corporal do lesado, enfim, da deformidade a ele causada.

4. Não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que o recém-nascido não é apto a sofrer o dano moral, por não possui capacidade intelectual para avaliá-lo e sofrer os prejuízos psíquicos dele decorrentes. Isso, porque o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica - dependente das reações emocionais da vítima -, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, a dignidade é fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação.

5. A respeito do tema, a doutrina consagra entendimento no sentido de que o dano moral pode ser considerado como violação do direito à dignidade, não se restringindo, necessariamente, a alguma reação psíquica (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 76/78).

6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 447.584/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJ de 16.3.2007), acolheu a proteção ao dano moral como verdadeira "tutela constitucional da dignidade humana", considerando-a "um autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos".

7. O Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp 612.108/PR (1ª Turma, DJ de 3.11.2004), bem delineou que "deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual".

8. Com essas considerações, pode-se inferir que é devida a condenação cumulativa do Município à reparação dos danos moral e estético causados à vítima, na medida em que o recém-nascido obteve grave deformidade - prejuízo de caráter estético - e teve seu direito a uma vida digna seriamente atingido - prejuízo de caráter moral. Inclusive, a partir do momento em que a vítima adquirir plena consciência de sua condição, a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação certamente serão sentimentos com os quais ela terá de conviver ao longo de sua vida, o que confirma ainda mais a efetiva existência do dano moral. Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético nos termos em que fixados na r. sentença, ou seja, conjuntamente o quantum indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R\$ 300.000,00). Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação.

9. Quanto ao pedido de majoração da condenação em danos morais em favor dos pais e do irmão da vítima, ressalte-se que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada. Essa excepcionalidade, contudo, não se aplica à hipótese dos autos. Isso, porque o valor da indenização por danos morais - fixado em R\$ 20.000,00, para cada um dos pais, e em R\$ 5.000,00, para o irmão de onze (11) anos, totalizando, assim, R\$ 45.000,00 -, nem é irrisório nem desproporcional aos danos morais sofridos por esses recorrentes. Ao contrário, a importância assentada foi arbitrada com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

10. Recurso especial parcialmente provido, apenas para determinar a cumulação dos danos moral e estético, nos termos em que fixados na r. sentença, totalizando-se, assim, trezentos mil reais (R\$ 300.000, 00).

RECURSO ESPECIAL ADESIVO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.
PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL.

REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO-CONHECIDO.

1. O recurso especial adesivo fica prejudicado quanto ao valor da indenização da vítima, tendo em vista o exame do tema por ocasião do provimento parcial do recurso especial dos autores.

2. O quantum indenizatório dos danos morais fixados em favor dos pais e do irmão da vítima, ao contrário do alegado pelo Município, não é exorbitante (total de R\$ 45.000,00). Conforme anteriormente ressaltado, esses valores foram fixados em patamares razoáveis e dentro dos limites da proporcionalidade, de maneira que é indevida sua revisão em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial adesivo não-conhecido.

(REsp 910.794/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 04/12/2008)

Em outro caso, em que pleiteada indenização pelo espólio e herdeiros por dano à imagem de falecida, a Corte Superior demonstra com clareza a não realização de um estudo aprofundado acerca do instituto da indenização punitiva e a não completa compreensão de seu significado. Isso porque, conforme se vê, o julgado refere à vedação dos “*punitive damages*” no Direito pátrio, com base no fundamento de que o arbitramento de valor não meramente ressarcitório, mas destinado à punição do ofensor, não apenas não encontraria previsão em nosso ordenamento, como implicaria enriquecimento sem causa do demandante, rechaçado pelo ordenamento pátrio. Contudo, em contradição ao entendimento adotado, registra que o valor arbitrado a título de danos morais deve servir “para desestimular o ofensor a repetir o ilícito”. Ora, como bem se verificou ao longo deste trabalho, especialmente no tópico 2.3 “Valor do Desestímulo”, conforme os ensinamentos de SCHREIBER¹⁹⁴, e conforme os estudos acerca do papel da pena e a sua diferenciação quanto à reparação¹⁹⁵, o objetivo de desestímulo de condutas semelhantes, tais como eventuais escopos pedagógicos, preventivos, e critérios de dimensionamento de valores com base no grau de culpa, condições pessoais e sócio-econômicas do ofensor, todas denunciam o desempenho de uma função punitiva das indenizações fixadas. Como salientou aquele autor, no que o acompanha importante doutrina, só revela caráter estritamente reparador a indenização cuja compensação tem por fundamento apenas e tão somente a extensão do dano.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL.

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM VALOR EXORBITANTE. NECESSIDADE DA REDUÇÃO.

RESPEITO AOS PARÂMETROS E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES.

1. Cingindo-se, a hipótese em análise, a dano à imagem da falecida, remanesce aos herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de

¹⁹⁴ Vide nota 127, p. 71.

¹⁹⁵ Vide Capítulo 2.1.1 “Caráter Punitivo: delimitação da pena”.

eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide.

2. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior 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, bem como **que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.**

3. **A aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada 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.**

4. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

5. *In casu*, o Tribunal *a quo* condenou as rés em R\$ 960.000, 00 (novecentos e sessenta mil reais), tendo dividido o valor entre as rés, arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente excessivo.

6. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais), devendo ser ele rateado igualmente entre as rés, o que equivale a R\$ 72.625,00 (setenta e dois mil, seiscentos e vinte e cinco reais) por litisconsorte passiva.

7. Evidencia-se que a parte agravante não apresentou qualquer argumento capaz de infirmar a decisão monocrática que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida íntegra por seus próprios fundamentos.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010)

Em outro momento, a despeito do reconhecimento da ilegalidade dos *punitive damages* no Direito pátrio, fundamentada justamente na vedação ao enriquecimento sem causa que decorrem de sua aplicação, a mesma Corte estabelece que a indenização deve ter caráter punitivo, mas não pode promover o enriquecimento do lesado, em clara contradição:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DOCUMENTO DE LICENCIAMENTO DE VEÍCULO AUTOMOTOR FORNECIDO COM O ANO DE EXERCÍCIO ERRADO - VERIFICAÇÃO EM BLITZ POLICIAL - APREENSÃO DO VEÍCULO - CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL.

1. Não há falar que a apreensão do veículo em blitz por estar o documento de licenciamento fornecido com o ano de exercício errado é um "transtorno corriqueiro". "Os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos etc." (REsp 608.918/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 20.5.2004, DJ 21.6.2004, p. 176.)

2. Não resta dúvida, no presente caso, que o proprietário do veículo sofreu desconforto e constrangimento bastantes para se impor uma compensação pelo infortúnio, que **deve ter finalidade compensatória e punitiva, sem patrocinar o enriquecimento sem causa.**

Recurso especial provido em parte, para determinar a condenação em danos morais no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.
(REsp 1181395/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010).

Em comum, todos os julgados acima têm a característica de que, da leitura do inteiro teor dos acórdãos, não se verificar, dos votos dos Eminentes Ministros, maior aprofundamento nos fundamentos da manutenção ou modificação dos valores indenizatórios do que aqueles expendidos nas ementas. E, do que se retira dos recortes acima, as considerações tecidas consistem, quase sempre, na entoação repetida do mesmo mantra, firmado em três alicerces: i) a obediência a princípios de razoabilidade e proporcionalidade; ii) o desempenho de “dupla função” compensatória e punitivo-pedagógica da indenização por danos morais; e iii) a fixação dos valores com base em aspectos subjetivos da demanda, cuja apreciação foge às competências daquele Tribunal.

Mesmo os critérios que são objeto de análise, como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o são apenas nos casos extremos, em que associados apenas à correção de distorções profundas de infimidade ou exorbitância dos valores comparados a uma gama amplíssima de precedentes os mais variados, que podem variar, muitas vezes, de menos de uma dezena a centenas e milhares de reais. O mesmo se diga quanto ao significado ulterior da “dupla função” dos danos morais, sua indistinta aplicabilidade a todo e qualquer caso apresentado e os fundamentos jurídicos que o embasam.

Todos esses casos demonstram que a jurisprudência pátria, em seu órgão máximo de uniformização de jurisprudência e de interpretação da Lei infraconstitucional, não apresenta um conceito aprofundado e consistente acerca do significado dos danos morais punitivos e da sua função. Em verdade, mesmo a diferenciação entre as funções que podem ser exercidas pela indenização dos danos morais mostra-se frouxa: registra-se, por vezes, que deva exercer dupla função, ao mesmo tempo reparatória e punitiva; por outras, rechaça-se a ideia de punição, asseverando-se, entretanto, que deva exercer função preventiva ou pedagógica, que revelam exatamente uma função punitiva, como já iterado e reiterado neste trabalho, em clara contradição.

Grande parte dessa superficialidade na abordagem do tema, como se anotou, deve-se ao entendimento da Corte de que os critérios e balizas para o arbitramento dos danos morais não devam ser objeto de apreciação em instâncias especiais, na medida em que sua fixação atrela-se às particularidades dos casos concretos levados à apreciação jurisdicional.

Em oposição à justificada posição no sentido de que não cabe àquele Tribunal Superior reavaliar fatos e provas do litígio, pois efetivamente não se presta a uma terceira instância ordinária, olvida-se o fato de que é papel precípua do Superior Tribunal de Justiça avaliar os aspectos legais da avaliação dos danos morais, a fim de fixar interpretação criteriosa e sólida acerca do seu significado, da função precípua que deva exercer no Direito pátrio, com base nos princípios que orientam nosso ordenamento civil ou mesmo nosso sistema jurídico como um todo, e finalmente, das balizas legais de sua aplicação e mensuração, conforme o sentido e os papéis que lhes sejam atribuídos e seu cabimento em face das premissas fáticas preestabelecidas na demanda, como a existência ou não de culpa, a sua gravidade, a natureza do dano, o caráter direto ou indireto da responsabilidade, enfim.

Tudo isso, no entanto, depende de um estudo aprofundado a que aquele Colendo Tribunal se furta, apesar de parecer ser exatamente essa a função que lhe foi outorgada pela Constituição, de orientar e sedimentar a interpretação e aplicação do Direito infraconstitucional pátrio.

O resultado do pouco aprofundamento em torno do instituto são as inconsistências, contradições e confusões na aplicação dos danos morais. O problema ganha especial relevo e gravidade quando se trata de verificar atribuição às indenizações de papel que não é próprio dos mecanismos civis de reparação, e, em especial, das situações em que essa função atípica deve ou não ser aplicada, sob o risco da temerária distribuição generalizada e aleatória de punições diante de todo tipo de dano indenizável, ainda que não represente uma conduta merecedora de grave repreensão. Agrava principalmente tal preocupação a expansão das hipóteses de responsabilidade por dano sem culpa, pois a despeito das considerações quase uníssonas na doutrina acerca da impossibilidade de aplicação de condenação com escopo punitivo em casos de responsabilização objetiva, na ausência de culpa ou na sua não investigação, a elas têm sido aplicadas, sem que se questionem o cabimento, a juridicidade ou mesmo a lógica, condenações ao pagamento de valores cujo arbitramento leva à consideração fatores eminentemente punitivos, tais quais a função pedagógica, preventiva (ou expressamente punitivas), as condições pessoais ou socioeconômicas do ofensor, dentre outros.

Tudo isso evidencia que essas questões precisam ser repensadas, por meio da elaboração de um estudo comprometido com uma abordagem técnica e sistemática da indenização/compensação por danos morais e eventual função punitiva a ela atribuída, para

que se possam delimitar critérios e parâmetros tangíveis para a sua quantificação e, em especial, para a sua majoração ou não, tendo em vista o papel que deva exercer e os elementos de aferição e dimensionamento com que esse papel se relaciona. Isso significa definir, em última análise, o espaço que ocupará a culpa (*lato sensu*) na aferição da responsabilidade e a importância que a ela se dará em seu dimensionamento.

Conclusão

Das páginas deste trabalho, é possível verificar que o avanço que se tem verificado na imputação da responsabilidade civil objetiva, no direito pátrio, concomitantemente à crescente utilização de critérios eminentemente punitivos para a quantificação das indenizações por danos morais (revelando a adoção imperfeita da doutrina dos *punitive damages* pelos nossos magistrados), revelam a equivocada consideração de movimentos diametralmente contrários no que se refere à importância atribuída à culpa em sede de responsabilidade civil por danos no Direito Brasileiro contemporâneo.

Por um lado, busca-se cada vez mais abandonar a culpa como filtro à obrigação de reparação de danos, relegando-a cada vez mais a um papel de menor importância. Com isso, procura-se prover à necessidade da proteção de direitos a cuja lesão não se pode referir a uma conduta faltosa específica do causador do dano, ou a um sujeito específico de uma entidade. Trata-se da evolução natural da massificação e redução da pessoalidade das relações na sociedade contemporânea.

Por outro lado, em uma tentativa de humanizar essas mesmas relações, massificadas e impessoalizadas, cresce a tendência a atender ao sentimento de revolta gerado e punir aqueles que provocam danos com acentuada culpa ou mesmo dolo, revelando descaso com os direitos e a dignidade humanos. Aliás, toda conduta que fira o ser humano em sua dignidade, nos aspectos mais caros de sua personalidade, como a sua honra e a integridade, geram um senso de reprovação, ainda que decorrente do menor dos desvios de diligência, afinal o bem lesado merece, sem dúvida, elevada valorização, e a menor lesão a ele gerará sempre acentuada aversão.

A partir daí se tenta saciar o sentimento de vingança surgido nas vítimas e espectadores de um ato ofensivo por meio da majoração de condenações a títulos de danos morais. O papel do Direito, no entanto, não é aplacar o sentimento de vingança, mas justamente evitar a sua realização, extirpando-o das relações sociais, racionalizando os conflitos para dar fim ao ciclo de retaliações e promover a pacificação social¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Vide observações tecidas no tópico 2.1.1 “Caráter Punitivo: delimitação da pena”, p. 46.

Como não poderia deixar de ser, a convivência desses movimentos em rumos antagônicos, em especial quando da sua concomitância sobre as mesmas situações levadas à apreciação jurídica, leva a algumas perplexidades, apontadas ao longo deste trabalho. Quando se tenta saciar a ambos os imperativos – reduzir os filtros à obtenção da reparação do dano, e satisfação do sentimento de vingança – sem atentar para a discrepância entre as procedências e os objetivos de cada um deles, o resultado não poderia ser menos que confuso, incoerente e potencialmente desastroso.

Nesse contexto criam-se aberrações como procedimentos em que se passa ao largo da avaliação da culpa do agente, pois a responsabilidade é atribuída objetivamente, mas se profere condenação em que se anuncia que a indenização por danos morais deva representar adequada punição ao ofensor, ou o valor arbitrado para a indenização, medida por critérios outros que não a simples extensão do dano sofrido, é permeado por critérios com escopo claramente punitivo, como a necessidade do cumprimento de uma função pedagógica e preventiva, ou da adequação às condições socioeconômicas do ofensor, ou mesmo ao grau de culpa do ofensor – paradoxalmente referido em muitos casos em que esse grau de culpa jamais foi objeto de apreciação. Isso apesar do consenso da doutrina em consignar que o critério punitivo deve ser adstrito às ofensas em que verificada culpa grave ou dolo do agente lesante, como, aliar, sói ocorrer com toda e qualquer modalidade de pena.

O impasse demanda urgente solução, a fim de evitar situações absurdas como as vistas nos precedentes citados. Tal solução pode ser alcançada por dois distintos caminhos.

O primeiro deles, mais laborioso, porém menos radical já foi apontado neste trabalho, e diz respeito à realização de um estudo mais acurado dos dois institutos postos – a indenização punitiva e a responsabilidade objetiva – para uma aplicação mais criteriosa de ambos, estabelecendo-se parâmetros bem definidos para sua aplicação, de forma a serem cautelosamente observados os pressupostos e o cabimento de cada um, evitando posições conflitantes acerca da culpa e do peso atribuído a ela em cada caso concreto.

A opção por esse caminho, como já se salientou, imporia uma avaliação mais consistente por parte da doutrina brasileira acerca da indenização do dano moral e da “dupla função” que a ela se atribui como expressão da adoção da doutrina dos *punitive damages*, ainda que não nos mesmos moldes que aqueles verificados no direito costumeiro. Daí imporia observar se essa “dupla função” seria sempre universalmente cabível, ou se em apenas alguns

casos exerceria função não meramente compensatória; determinar se a majoração decorrente da função sancionatória mereceria destaque em prol do esclarecimento dos montantes indenizatórios e da possibilidade de impugnação específica. Tudo isso em prol de verificar se e quando a dosagem da condenação com escopo punitivo seria admissível em face das peculiaridades do caso concreto. Daí avaliar a necessidade e possibilidade de se impor aflição ao responsável pelo dano, que pode não tê-lo provocado, ou pode não ter agido com culpa, mas ser ainda sim obrigado a indenizar.

Diante da aplicação cautelosa e criteriosa dos institutos, buscar-se-ia, destarte, evitar a superposição de pressupostos conflitantes na aplicação de um e de outro.

O outro rumo que se poderia adotar é mais radical, e impõe a adoção de uma posição mais rígida e que imporia maior coerência sistêmica à aplicação do Direito Civil pátrio, especialmente no que diz respeito à responsabilidade civil. Trata-se da adoção de uma posição consistente única acerca do papel a ser exercido e da importância da culpa no sistema de atribuição de responsabilidade civil no direito pátrio.

Uma opção seria a efetivação do que, na visão de SCHREIBER¹⁹⁷, é tendência crescente do Direito Civil brasileiro: a erosão da culpa como filtro à reparação de danos. Sob esse ponto de vista a culpa vem, nos tempos contemporâneos, perdendo sua importância na verificação da responsabilidade, sendo cada vez mais amplas e variadas as situações em que ela é dispensável à atribuição do dever de indenizar, deixando de ser a exceção e tomando o lugar de regra na responsabilidade civil a sua modalidade objetiva. Segundo essa concepção, o movimento contrário, pela adoção do instituto da indenização punitiva, intimamente atrelada à idéia da culpa para que a indenização arbitrada assumira também recortes de pena a ser imposta ao lesante por sua ação censurável é um passo na contramão da tendência observada ao longo do último século de relegar-se a culpa a um papel secundário. Sua crescente utilização representa uma anomalia no sistema vigente, a comprometer a sua estrutura.

Isso porque, conforme se pôde observar das considerações tecidas ao longo do Capítulo dedicado à Responsabilidade Objetiva, a diminuição da importância e do âmbito de atuação da culpa no Direito Civil pátrio não diz respeito apenas e tão somente ao atendimento de uma necessidade utilitarista de facilitação do acesso da vítima à reparação dos danos

¹⁹⁷ (SCHREIBER 2007).

sofridos. Tal mudança tem relação com uma nova concepção acerca do aspecto teleológico da responsabilidade civil.

Explica-se: a redução da importância da culpa tem relação com o desenvolvimento de uma concepção da responsabilidade civil como um instituto que tem por objetivo não a moralização das condutas e a sanção ou censura a condutas consideradas reprováveis e indesejadas, mas sim como um mecanismo que visa à adequada distribuição social dos riscos e dos custos da vida em sociedade. O fim almejado não é, destarte, a formulação de resposta ao ato ilícito, mas a garantia de que os danos sofridos pelos indivíduos não sejam deixados sem reparação. Busca-se o amparo à vítima, para que se recomponha da lesão sofrida, ainda que o dano sofrido seja decorrente de atividade regular, mas para cujo desempenho o agente assumiu os riscos de provocar danos, pelos quais deve desta forma responder.

Nesse contexto, a responsabilidade civil, como frisado ao longo do Primeiro Capítulo, passa a ser concebida como um instituto que tem por finalidade a distribuição social dos riscos e dos prejuízos deles decorrentes, atrelada a um conceito de justiça distributiva, sem qualquer vinculação à satisfação de inclinação ética de moralização de condutas. É que o risco da provocação de dano a outrem é inerente à vida em sociedade, independentemente da inclinação moral da conduta do indivíduo, que deve, ainda assim, responder pelo prejuízo provocado.

Tendo fundamento exatamente oposto, na idéia da moralização do direito civil, como mecanismo de censura a determinados comportamentos, o instituto da indenização punitiva não encontra guarida nesta concepção teleológica do direito que se revela no crescimento da abrangência da responsabilização objetiva. A adoção dos *punitive damages* denuncia e implica justamente a adoção de concepção teleológica distinta, exatamente contrária. Aliás, a doutrina dos *punitive damages* consiste exatamente num ímpeto reacionário, de resgate da concepção primitiva do Direito Civil, que tinha por objetivo justamente a realização de preceitos morais e que foi gradativamente abandonado em prol de uma finalidade econômica de distribuição social de riscos. Justamente em resposta a essa perda da moral é que se tentou resgatá-la por meio da atribuição de um escopo punitivo, incorporando à recomposição meramente econômica um juízo de censura e uma resposta aflitiva à conduta reprovável.

Por tal motivo, não parece ser coerente que, em um mesmo sistema jurídico, se dê azo tanto à ampliação das hipóteses de responsabilização objetiva, como à atribuição de finalidade punitiva às indenizações.

A conclusão a que se chega é que responsabilidade objetiva e indenização punitiva são institutos incompatíveis entre si, não apenas para a sua aplicação no mesmo caso concreto, como já entoa a doutrina de maneira praticamente uníssona – no que é ignorada ou desconsiderada pelos Tribunais pátrios –, como também a aplicação generalizada de ambas é incompatível no sistema como um todo, que deve decidir o rumo a tomar. Ou se adota o caminho da desvalorização da culpa como elemento da reparação civil, ou se adota o caminho da supervalorização da culpa como medida de moralização de condutas. Não é possível seguir, ao mesmo tempo, direções opostas.

Frise-se, os institutos não podem conviver não apenas porque num mesmo caso concreto não seria possível ao mesmo tempo em que se verifica a atribuição de responsabilidade sem culpa, a atribuição de pena que deve ter por fundamento exatamente a gravidade da culpa: não podem conviver porque não é possível que, num mesmo sistema, se admita que um mesmo instituto – a responsabilidade civil – seja teleologicamente concebido como objetivado à alocação de riscos independentemente do juízo moral que se faça da origem dos danos, e, ao mesmo tempo, dirigido finalisticamente à satisfação de preceitos de ordem ética de censura a condutas reprováveis, em sentido diametralmente oposto.

Ou o sistema da responsabilidade civil caminha para a sua desvinculação da moral, oportunizando maiores possibilidades da vítima à reparação dos danos sofridos por meio da ampliação das hipóteses de atribuição de responsabilidade objetiva, eliminando a culpa como filtro à reparação e, portanto, elidindo o elemento moral de avaliação; ou o sistema de responsabilidade civil caminha para a valorização do elemento moral e torna-se ferramenta para a aplicação de penalidades àqueles que se portam de maneira reprovável, adotando condutas danosas com dolo ou culpa grave.

A evolução inegável da responsabilidade civil no último século mostra que o caminho mais apto a satisfazer as necessidades do mundo contemporâneo, atendendo melhor às vítimas e alcançando, com maior abrangência, o objetivo primordial da responsabilidade civil, que é a reparação dos danos, é aquele que leva à desvinculação da responsabilidade civil da moral e à redução da culpa a um papel secundário na atribuição da obrigação de indenizar.

Não se nega o mérito na intenção do resgate da moral na sociedade atual cada vez mais massificada e impessoal, para que as condutas sejam dirigidas de maneira ética e regradas pela adoção de um comportamento respeitoso. Essa não é, no entanto, a finalidade precípua da responsabilidade civil. Em que pese a louvável tentativa de humanização das relações em repúdio às condutas praticadas com desprezo à dignidade humana, a valorização da culpa pela universalização da indenização punitiva impõe o retrocesso à imposição de filtros indesejados à reparação, além de implicar tratamentos desiguais às vítimas, premiando especialmente algumas em detrimento de outras. Outrossim, relega a uma posição secundária o principal dos objetivos da responsabilidade civil: a reparação.

Ora, o Direito pátrio dispõe de diversos mecanismos que têm especificamente como objetivo a aplicação de penalidades às condutas socialmente indesejáveis, e que são muito mais aptas à consecução desse desiderato. São os casos do direito penal, administrativo entre outros, que prevêm as condutas censuráveis e as penas a eles aplicáveis.

Aliás, tais ramos do Direito são capazes de fazê-lo de forma mais eficiente e organizada, com previsibilidade, segurança jurídica e respeito às garantias fundamentais dos réus. Tais controles, cuja implementação em sede de processo civil é problemática, como se demonstrou ao longo deste trabalho, é que ensejam tantas das resistências e oposições às indenizações punitivas, cuja aplicação, na forma como hoje se dá, torna imprecisa a verificação de quais seriam as condutas puníveis, a pena consequente, o que se deve fazer ou o que se deve evitar. É que, em nome desses controles, a definição das condutas puníveis, das penas, da forma de sua aplicação deve ser, objetiva, estanque, clara, o que evidentemente não se alcança quando se encontra difusa no julgamento de uma miríade de casos concretos cujos desdobramentos são os mais variados e absolutamente distintos entre si, sem qualquer força vinculante em nosso ordenamento.

Tudo indica, desta forma, que a culpa deve ser relegada aos campos da responsabilidade penal, buscando-se, por meio desta, a satisfação dos objetivos que se tem tentado alcançar por meio da atribuição de indenizações punitivas.

No que concerne à garantia da dignidade, é certo que o mais amplo acesso à reparação certamente garante a maior proteção à dignidade. Ademais, como bem ressaltam SCHREIBER¹⁹⁸ e MORAES¹⁹⁹, a reparação integral dos danos às pessoas é suficiente à

¹⁹⁸ (SCHREIBER 2002).

garantia da proteção da dignidade humana, contanto que se faça por mecanismos eficientes e eficazes, tendo sempre por base a extensão dos danos, na perspectiva das dimensões da dignidade eventualmente lesada: a igualdade, a integridade, a liberdade e a solidariedade.

Assim, para manter-se a coerência do sistema pátrio de reparação de danos, é necessário fazer uma opção por um rumo a se tomar. E o rumo mais adequado parece ser aquele que garante a máxima proteção da dignidade humana, ampliando ao máximo o acesso à reparação dos danos, na direção da evolução que vem até agora sendo observada não apenas no Direito brasileiro, mas em vários sistemas jurídicos ao redor do mundo.

Diante de todo o exposto, o melhor dos caminhos a se seguir parece aquele que aponta para a expansão da responsabilidade objetiva e a obliteração da culpa e seu papel na responsabilidade civil.

Tudo aponta, assim, para o abandono da culpa, em prol da responsabilização objetiva. O caminho para a objetivação da responsabilidade civil mostra-se irreversível. A dinâmica da sociedade contemporânea demanda que a reparação dos danos não esteja vinculada a um aspecto moral nem demande a comprovação da culpa de seu causador. Não é por outro motivo que a responsabilidade objetiva vem ganhando mais e mais espaço em nosso direito, na responsabilidade do Estado, dos prestadores de serviço, dos fornecedores submetidos ao Código de Defesa do Consumidor.

Com a responsabilidade civil objetiva, amplia-se o acesso à reparação, atendendo da maneira mais ampla possível o objetivo último da responsabilidade civil, que é a efetiva, completa e mais abrangente reparação dos danos.

Obras Citadas

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral & Indenização Punitiva: Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOEIRA, Marcus. “Alguns apontamentos sobre o “espírito” do projeto do novo Código de Processo Civil.” *Migalhas*. 3 de julho de 2012. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI158742,31047-Alguns+apontamentos+sobre+o+9cespirito9d+do+projeto+do+novo+Codigo+de> (acesso em 3 de julho de 2012).

CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Dano Moral*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. do livro *Dano e Indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CASTRO, Júlio Cezar da Silva, e SILVA, Luzia Gomes da. “Proibição da múltipla persecução penal no sistema jurídico-constitucional brasileiro.” *Âmbito Jurídico*. 92. Vol. XIV. Rio Grande, set de 2011.

COOTER, Robert, e ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ª ed. Tradução: Luis Marcos Sander e Farnçisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORRÊA JUNIOR, Alceu, e SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOULCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 7ª ed. Tradução: Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1989.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KHOURI, Paulo R. “Responsabilidade Civil Objetiva: mito ou realidade?” *REVISTA DE DIREITO da Universidade Federal de Viçosa*, Out-2010 de 2010: 143-156.

LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Direito Penal, Estado e Constituição: Princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

LOPES, Othon de Azevedo. “Dano Moral no Estado Democrático de Direito.” *Notícia do Direito Brasileiro*. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (dir.). Nova Série nº 12. Brasília: Universidade de Brasília - UnB, Faculdade de Direito, 2006: 129-166.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. “Punitive Damages em Sistemas Civilistas: problemas e perspectivas.” *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, abr-jun de 2004: 45-78.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SCHREIBER, Anderson. “Arbitramento do dano moral no novo Código Civil.” *Direito, Estado e Sociedade*, jan./jul. de 2002: 16-38.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.