

O PERFIL FUNCIONAL DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À INDENIZAÇÃO PUNITIVA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL

FUNCTIONAL PROFILE OF MORAL DAMAGES IN BRAZILIAN LAW: A CRITICAL ANALYSIS OF THE EXEMPLARY DAMAGES OF SUPERIOR COURTS IN BRAZIL

Roberta Teles Bezerra¹
Joyceane Bezerra de Menezes²

RESUMO

Com a crescente aceitação da função punitiva do dano moral no Brasil aumenta a necessidade de uma definição mais precisa do perfil funcional do dano moral e dos requisitos para a aplicação da indenização punitiva, posto que a forma como está sendo aplicada no Brasil diverge da teoria importada e é incongruente com sistemas jurídicos derivados da doutrina romana. A pesquisa teve como objetivo geral analisar a função do dano moral, especialmente sob a possível compatibilidade do seu caráter punitivo com o ordenamento jurídico brasileiro. Visa ainda verificar se com a incorporação da função punitiva, o instituto do dano moral resguarda os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. O método utilizado na pesquisa possui base bibliográfica e jurisprudencial, com balizamento teórico da metodologia civil-constitucional, e como marco temporal e normativo o Código Civil vigente. Inicia-se com um contexto do dano moral no contexto nacional e as funções que tem assumido, além da legalmente estabelecida. A função punitiva do dano moral é analisada no plano doutrinário e jurisprudencial, trazendo referências do direito comparado. Conclui-se que sem a definição da função do dano moral no ordenamento jurídico e dos requisitos de aplicação da indenização punitiva, pode-se incorrer em desestabilização do instituto e sujeição a uma possível insegurança jurídica.

Palavras-chave: Funcionalidade do Dano Moral; Indenização Punitiva; Requisitos para a aplicação do *punitive damage*.

¹ Mestre em Direito Constitucional. Professora da disciplina Responsabilidade Civil e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza- UNIFOR. Advogada.

² Doutora em Direito. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Universidade de Fortaleza - Fundação Edson Queiroz.

ABSTRACT

The growing acceptance of the punitive function of moral damages in Brazil increases the need for a correct definition of the functional profile of moral damages and requirements for the application of punitive damages, because the way it is being applied in Brazil differs from imported theory and is inconsistent with legal systems derived from Roman doctrine. The research investigation aims to analyze the role of moral damage, especially in the possible compatibility of its punitive character with the Brazilian legal system. Aims to investigate whether the incorporation of punitive function, the institute for moral damages protects the constitutional principles of human dignity and legal certainty. The method used in the research literature and has jurisprudential base with theoretical bases of civil and constitutional methodology, and how temporal and normative framework the actual Civil Code. It starts with a context of moral damages in the national context and the roles they have assumed, besides the legally established. The punitive function of moral damage is analyzed in the doctrinal and jurisprudential level, bringing referrals of comparative law. We conclude that without the definition of the function of moral damages in the legal system and application requirements of punitive damages, it may result in destabilization of the institute and subjection to a possible legal uncertainty.

Keywords: *Functionality of Moral Damage; Punitive damages; Requirements for the application of punitive damage.*

INTRODUÇÃO

Após o reconhecimento da função punitiva do dano moral pelo Supremo Tribunal Federal, em 2004, e a sua incorporação como Enunciado (no.379), na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em 2013 – houve uma certa acomodação da matéria no plano da doutrina e jurisprudência pátrias. Mas essa alternativa requer uma atenção especial, sobretudo quando se observa o perfil funcional do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro (voltado para a garantia da a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica) e os fundamentos do *punitive damages*, originário do *common law*. No Brasil, antes de punir o agente, a responsabilidade civil visa compensar a vítima lesada, nos termos da disposição literal do Art. 944 do Código Civil. Cabe à responsabilidade penal e até mesmo à responsabilidade administrativa, o exercício da função punitiva.

Tramita no Congresso Nacional, um Projeto de Lei originário do Senado (n.º413/2007), visando a positivação das funções preventiva e punitiva na indenização. Semelhante proposta já foi apreciada e rejeitada por aquela Casa, em 2002, logo após o início

da vigência do Código Civil. Importa-nos refletir sobre as razões pelas quais estas funções não foram incorporadas à indenização pelo Direito Brasileiro.

A considerar os pressupostos da atualidade e certeza do dano como baliza da responsabilidade civil (PEREIRA, 2012, p.58), uma função preventiva estaria completamente deslocada por atuar anteriormente à materialização do evento danoso. Não obstante, há aqueles que defendem essa dimensão funcional ao lado da clássica função reparatória/compensatória para melhor tutelar a pessoa humana no ambiente da sociedade de riscos. Sugere-se que a responsabilidade civil seja aplicada como uma ênfase aos princípios da precaução e da prevenção (LOPEZ, 2010, p.17).

Na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segmento da doutrina nacional acatou a função preventiva da responsabilidade civil, aprovando o Enunciado 446, nos termos seguintes: “A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade”.

Sobre a função preventiva, aceita também por Caio Mário, Carlos Alberto Bittar, Sergio Cavalieri Filho e Antônio Jeová Santos, Stoco (2013) considera-se de pouco significado, afinal a prevenção estaria subentendida na própria punição. Na concepção de Stoco “a punição já tem o sentido e o propósito de prevenir para que não se reincida” (2013, p. 993).

O presente artigo apresenta aspectos relevantes e fundamentais à função do dano moral no Brasil, questionando a possibilidade de se lhe incorporar uma dimensão punitiva. A demarcação axiológica da pesquisa tem corte na concepção de sistema estabelecida por Claus-Wilhelm Canaris (2002), para quem a interpretação dos elementos que integram o sistema jurídico deve buscar a sua adequação e unidade aos seus valores fundantes. O pensamento sistemático remonta a ideia de um Direito que se expressa por meio de um conjunto de normas singulares, norteadas por uma rede de valores que garantem a adequação e unidade interior da ordem jurídica (CANARIS, 2002, p.22).

Para alcançar os objetivos propostos, o texto tem como marco teórico, a metodologia civil-constitucional, pontualmente defendido por Maria Celina Bodin Moraes (2010) e outros civilistas igualmente desfavoráveis à aplicação massiva e irrefletida da função punitiva na responsabilidade civil, de modo a oferecer um contraponto ao crescimento da aplicação da

punitive damages ou *exemplary damages*. Mesmo porque, pela análise das decisões lavradas pelos Tribunais Superiores, a aplicação do *punitive damages* tem sido desvirtuada de sua concepção originária. O marco temporal da pesquisa é a vigência do Código Civil Brasileiro, de 2002. A estrutura do texto se biparte na análise do dano moral pela perspectiva da metodologia civil-constitucional para, em seguida, avaliar os termos em que se vem aplicando a função punitiva originária do *common law*.

1 CONTEXTO CIVIL-CONSTITUCIONAL DO DANO MORAL

A história da responsabilidade se confunde com a própria origem do direito. Remonta aspectos dos primórdios da civilização, como a vingança coletiva e o banimento, anteriores à Lei das XII Tábuas, que já previa uma responsabilidade puramente objetiva, na base da lei do Talião (“se alguém fere a outrem, que sofra a pena de talião, salvo se existiu acordo”).

À *Lex aquilia de danno* atribui-se a introdução da culpa como fundamento da responsabilidade. Consolidou-se, também, a ideia de reparação pecuniária do dano, dando seguimento a um dos mais relevantes aspectos de equidade da responsabilidade civil: o conceito de prejuízo ao bem alheio que traz o empobrecimento do lesado, sem o enriquecimento do lesante (“*damnum iniuria datum*”).

Na Idade Média, com a melhor estruturação dos institutos do dolo e da culpa *stricto sensu*, a responsabilidade civil se separou da responsabilidade penal. Estabelecida as suas bases pela doutrina francesa, a teoria da responsabilidade civil teve Domat como o jurista responsável por cunhar o princípio geral, adotado posteriormente pelo Código Civil francês e pelas demais legislações nele inspiradas, entre elas a brasileira: “*Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légéreté, ignorance de ce qu’on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu’elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l’imprudence ou autre faute y a donné lieu*”.

O Brasil superou a regra geral da responsabilidade civil subjetiva assentada no Código Civil de 1916, para instituir um regime dualista de responsabilidade: subjetiva e objetiva (TEPEDINO, 2001, p.178). A Constituição Federal de 1988 e o atual Código Civil marcam simbolicamente esta transição. Essa alteração teve grande repercussão no Direito Civil, com atenuação das fortes marcas do individualismo e do patrimonialismo que imprimiam suas cores no instituto da responsabilidade civil. Deu-se início a um processo de

mudança teórica e metodológica, que passou a incorporar os valores da Constituição e a considerar a complexidade e a unidade do ordenamento jurídico, respeitando-se o pluralismo e o diálogo das fontes do direito (PERLINGIERI, 2007, p.75-86).

Hesse ressalta a importância da concretização da norma no atendimento à realidade nela inserida, atribuindo à interpretação o papel decisivo de preservação da força normativa da Constituição por meio de uma meticulosa ponderação. Nos seus termos, “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (1991, p.14).

A transformação do Direito Civil tem assento no desenvolvimento de uma teoria da interpretação (PERLINGIERI, 2007, p.75-86). Não restrita à subsunção do fato à norma, à aplicação literal da lei. “Não aprisiona o intérprete [...]. Reconhece-lhe um papel criativo, mas sempre vinculado à realização dos valores constitucionais” (SCHREIBER, 2013, p.17).

A solidariedade social e a dignidade da pessoa humana são princípios constitucionais norteadores e de elevada importância para a interpretação dos institutos de direito civil. Assim como também o é, o princípio da boa-fé, consignado no art.422, do Código Civil de 2002. Neste sentido “*o dever geral de boa-fé é atendido quando as partes desempenham suas condutas de modo honesto, leal e correto, evitando causar dano ao outro (dever de proteção)*” (EHRHARDT, JUNIOR, 2013, p.557). Há um balizamento da autonomia privada em face da alteridade, favorecendo a solidariedade social e dignidade da pessoa.

Não se pode cogitar uma interpretação que não considere a norma afastada da luz destes e dos diversos princípios constitucionais, o que acarretaria a separação da norma da sua função social, da sua função reguladora. A constitucionalização do direito privado não apenas muda o seu centro, como muda a forma de leitura dos seus conceitos e das suas instituições. (SARMENTO, 2006, p.83).

Além disto, a função do direito também tem ligação com as expectativas que gera na sociedade (LUHMANN, 2013, *on line*), entre elas a expectativa de segurança jurídica e a certeza de um Estado garantidor da democracia e da paz. Para Luhman (1996, p.120), entre as dimensões da confiança está a sistêmica, que está ligada às expectativas generalizadas em sistemas e organizações. Os anseios por segurança são elevados uma vez que há, no consciente coletivo, um medo generalizado em face ao crescente incremento dos riscos e das

incertezas. Essa segurança se revelaria na relação de confiança entre os indivíduos e entre as organizações, entre elas, o Estado.

Em sua teoria sobre a justiça, Rawls (2002, p.5-6) explica que em uma sociedade existe uma associação de pessoas mutuamente relacionadas por regras de condutas reconhecidas como obrigatórias. Seus interesses ora se identificam, ora se conflitam, pois se de um lado a cooperação social torna a vida melhor e mais fácil mas, de outro, as pessoas não são indiferentes à distribuição dos benefícios resultantes da colaboração mútua, buscando, cada um, uma participação maior. Daí a premente necessidade de um conjunto de princípios voltados a fornecer os meios de atribuição de direitos e deveres e para definir o que seja a adequada distribuição dos benefícios e encargos da cooperação social.

A funcionalização dos institutos de direito civil à realização de valores sociais foi defendida por León Duguit, Maurice Hariou já na segunda metade do século XIX. Propunha-se uma função social para os institutos a fim de substituir ou temperar os contornos individualistas do direito subjetivo (FARIAS, 1998, p.187-195). Neste sentido, distinguiam-se a estrutura (como funciona) e a função (para que serve) dos institutos jurídicos, justificando a importância de se lhes atribuir uma finalidade maior que aquelas exclusivamente individuais. Apropriando-se dessa ideia, a metodologia civil-constitucional destaca a importância de se valorizar a pessoa humana. E nessa medida as relações patrimoniais cedem em importância para as relações existenciais, de sorte que os aspectos atinentes ao *ter* deixam de representar um valor, em si, para assumir uma dimensão instrumental na realização do ser. É assim que as atividades econômicas se veem subordinadas à realização de valores não econômicos como a solidariedade social, a igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana (SCHREIBER, 2013, p.21).

Do adágio latino *In Lex Aquilia et levíssima culpa venit* deriva um dos mais importantes princípios da Responsabilidade Civil, o princípio da reparação proporcional do dano, que tem assento no Código Civil brasileiro, artigo 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Observa-se que a função precípua da responsabilidade civil é a garantir ao lesado o retorno ao seu *status quo ante*, estabilizar a relação que se desequilibrou, restabelecendo a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana.

Das primeiras preleções sobre responsabilidade civil, adotadas pela jurisprudência francesa, às lições contemporâneas, a temática da indenização caminha para a solidarização

da reparação dos danos, para a socialização dos riscos. A solidariedade social promoveu radical transformação na própria função atribuída a este ramo jurídico, especialmente por meio de uma gradativa conscientização de que o escopo fundamental da responsabilidade civil não deve ser a repressão a condutas negligentes, mas a reparação dos danos. (SCHEREIBER, 2013, p.224-225).

A responsabilidade civil foi dos institutos do Direito Civil que mais incorporou as exigências da solidariedade social emergentes no Século XX. Reposicionou a vítima como eixo central da reparação, superando a impetuosa preocupação com a figura do culpado (BODIN, 2010, p.253). A responsabilidade objetiva consolidou-se como regra. Identificar o ofensor, aferir o grau da sua culpabilidade, sua capacidade econômica individual, distancia-se do modelo de justiça distributiva e de solidariedade social. Ainda que persevere como um segundo tipo de responsabilidade civil (que já não é exclusivo).

Percurso natural para uma sociedade de riscos é amplificar o sistema de reparação dos danos que podem sofrer os indivíduos. Os riscos assumidos por esta sociedade são decorrentes do célere e irrefreável processo de modernização e o potencial danoso dos mesmos não se pode estimar. Nem tampouco ignorar. Beck (2011) ao tratar desses riscos, aponta para os danos que podem atingir serem humanos, considerados individualmente e coletivamente, plantas e animais.

A reparação é o regime de reparação de dano patrimonial, enquanto a compensação é o regime aplicável ao dano à pessoa (FACHIN, 2010, p.11). Na reparação não há grande dificuldade, uma vez que se impõe o pagamento daquilo que efetivamente se perdeu o do que, razoável e comprovadamente, se deixou de lucrar (artigo 402 do Código Civil). Porém, na compensação, há espaço para muitas análises, o que revela a acentuada subjetividade de que se reveste o tema.

A despeito dessa classificação e da problemática que acompanha essa subjetividade do dano moral, a responsabilidade civil como um todo, tem estendido as suas fronteiras pela incorporação jurisprudencial de novas funções que contribuíram para tumultuar a sua sistematização (MORAES, 2003, p.24). Um instituto que antes se via caracterizado por uma estrutura simples e flexível se distendeu a ponto de perder a sua configuração sistemática.

Exemplifica-se a afirmativa pela incorporação da função punitiva à responsabilidade civil, no Brasil. Ora corrompendo a *ratio juris* do instituto no país, ora subvertendo a essência

do instituto alienígena, ao tempo de sua incorporação ao cenário nacional. Daí a necessidade de estudos sobre o perfil funcional do dano moral ante a premente necessidade de garantir sua adequação ao sistema jurídico, pautado pela unidade. É imperativo que se identifique a legítima e verdadeira função atribuída ao instituto, bem como os valores da ordem civil constitucional aos quais precisa se adequar.

2 A FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL

O reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do *Punitive Damages* nos casos de danos morais, reforça uma função punitivo-pedagógica, ou exemplar, do instituto da responsabilidade civil, ainda que esta função não esteja na *ratio juris* do instituto. Não tem previsão legal e pode contrariar o princípio da reparação proporcional do dano.

A implantação dessa função punitiva, também denominada pedagógica, preventiva ou exemplar, pode invalidar a destinação especial da responsabilidade civil, que é de reequilibrar. É curial que se investigue a fundamentação teórica da função punitiva, a fim de se verificar a sua compatibilidade com a função reparatória da responsabilidade civil (MORAES, 2003, p.32). A doutrina que advoga em desfavor da adoção da função punitiva do dano moral se fundamenta nos princípios gerais da vedação ao enriquecimento sem causa e da inconfundibilidade dos juízos, bem como na obrigatoriedade de relação entre o dano e a reparação prevista no artigo 944 do Código Civil. (MORAES, 2003, p.28-29).

Superada a ideia de que a indenização pelo dano moral seria amoral e estimuladora do enriquecimento sem causa, a expressa previsão constitucional artigo 5º, V e X, da Constituição Federal de 1988 e consolidação tímida pelo Código Civil, consolidou a compensação para esse tipo de dano. A responsabilidade civil evoluiu, de forma significativa no Brasil nos últimos 25 anos, mantendo acirrada a discussão sobre a liquidação da indenização no caso de danos morais.

A dificuldade para a fixação dos danos é tamanha que, por mais de 10 anos, se utilizaram os limites estabelecidos pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, cujos dispositivos (já revogados) previam os limites de 5 a 100 Salários Mínimos. A propósito, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º4.117/62 e na Lei da Imprensa (Lei n.º5.250/67) constitui um marco histórico sobre o dano moral na legislação brasileira, sendo por isso considerados marcos históricos.

Apesar de o Código Civil vigente haver atribuído importância significativa à tutela civil dos direitos da personalidade, contemplando o princípio da inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra, da imagem, não estabeleceu “a extensão e contornos do dano moral, bem como se disciplinar a sua liquidação, prevendo alguns parâmetros básicos destinados a evitar decisões díspares, relegando novamente à jurisprudência esta tarefa”. (GONÇALVES, 2003, p.2).

A difícil avaliação do dano moral, bem como da própria complexidade na definição do perfil funcional desse tipo de dano, gerou oportunidade para uma criação judicial do Direito, favorecendo a aplicação da *punitive damages*. A expressão *punitive damages* foi traduzida no Brasil, bem como nos países que tem línguas neolatinas, como Danos Punitivos, mas sua tradução literal é indenização punitiva. No Direito pátrio é também denominada teoria do valor do desestímulo.

A *punitive damages* ou *exemplary damages* tem como objetivo aplicar punição para que o ofensor não ouse cometer novamente o ato gerador de dano, servindo também de exemplo para os demais membros da sociedade, para que não cometam o mesmo erro. É requisito que o ofensor tenha agido com dolo, sendo os casos de culpa incluídos quando gravíssimas como uma grosseira negligência, por exemplo.

Punitive damages have been defended as a salutary method of discouraging evil motives, [...] and as an incentive to bring into court and redress a long array of petty cases outrage and oppression which in practice escape the notice of busy prosecuting attorneys occupied with serious crime, and which a private individual would otherwise find not worth the trouble and expense of a lawsuit (PROSSER; WADE; SCHWARTZ, 1982, p.561).

A atual previsão de aplicação da indenização em caráter punitivo tem maior fôlego na jurisprudência e constitui tese vitoriosa nos tribunais (VASCONCELOS, 2002, *passim*). Arnaldo Vasconcelos (2002)³.

Embora sem a unanimidade, a doutrina apresenta um entendimento sobre o tema que logrou aprovação, na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em Brasília, no ano de 2006, como o Enunciado 379 – O Art. 944, caput, do Código Civil não

³ Cabe advertir, porém, que “A exigência de segurança que determinou a lei escrita voltou a impor-se relativamente à norma jurisprudencial, máxime tendo-se em conta a multiplicidade de órgãos jurisdicionais. Tornara-se imprescindível fossem uniformizadas suas decisões, a fim de que adquirissem a credibilidade da qual tanto se ressentiam” (VASCONCELOS, 2002, p.194).

afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

A função punitiva da responsabilidade civil carece de um maior balizamento. Surge como um novo parâmetro do dever de reparar, mas pela falta de sistematização poderá ampliar a insegurança jurídica nos conflitos que envolvem danos morais e até uma completa descrédibilização do instituto. Para Tepedino (2009, p.407), a imposição de indenização sem a observância dos pressupostos representará o colapso do instituto da responsabilidade civil e um estímulo ao enriquecimento ilícito. É urgente a ressystematização do instituto, oferecendo respostas para as demandas emergentes da sociedade de riscos. Ainda recorrendo ao Prof. Tepedino, “Há de se conjugar a técnica indenizatória própria da responsabilidade com o sistema de seguros privados, ao lado dos mecanismos impostos ao Poder Público para a promoção da solidariedade constitucional.” (2009, p.407). Importante, portanto, é promover a confiança e no aspecto das relações privadas, ampliar as possibilidades do ressarcimento, conjugando instrumentos das diversas áreas do direito.

Essa extensão do aspecto funcional da responsabilidade civil parece comum a outros países. No Peru, Berastain (2007, p.1041) afirma que

la doctrina contemporánea utiliza los términos crisis, declive e, incluso, hasta muerte, al calificar la situación actual de la responsabilidad civil sustentando su elección de palabras, entre otras razones, en la proliferación de usos y funciones heterogéneas de esta institución.

Berastain considera duas opções: aceitar o dano punitivo dentro do sistema de responsabilidade civil, ou rechaça-los (BERASTAIN, 2007, p.1041). Sua aceitação e positivação, definindo-se os contornos nos quais poderia ser aplicado, proporcionaria maior segurança jurídica. Entretanto, não se cogita necessariamente que sua positivação se faça mediante norma legislativa especial, como sugere Projeto de Lei do Senado n.º413/2007. Bastaria uma alteração ao art.944, do Código Civil, incluindo-se a função punitiva da indenização. Ou, seguindo a sugestão contida no Projeto de Lei n.º 6.960/2002, já rejeitado, inserir um parágrafo a mais no artigo 944, com o seguinte teor: §2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

O *Punitive Damages*, como já referido, tem origem no *Common Law*. Naquele sistema, o precedente tem maior força que a própria lei. Por meio dessa fonte de Direito, as alterações tem acompanhado a evolução dos processos sociais, com maior eficiência do que

ocorre nos países da *civil law*, nos quais se atribui prevalência à lei. (VASCONCELOS, 2002, p.194).

Em sistemas jurídicos derivados da doutrina romana, a adoção legal do *punitive damages* seria “uma verdadeira anormalidade, posto caracterizar-se como um misto de pena civil e sanção penal, de natureza pecuniária, considerando que assume o objetivo precípua de punir o sujeito causador do dano”. (ANDRADE, 2006, p. 229).

Grivot (2001, p.618-619) explica que o abandono do caráter penal da reparação civil demonstrava o pensamento liberal burguesa para quem era imprescindível retirar da indenização qualquer conotação punitiva devendo a pena competência do Estado e a reparação, mediante a indenização, exclusivamente do cidadão, marcando a superação de um modo de resolução de conflitos surgida em outra realidade sociocultural.

A despeito da orientação romano-germânica, o Brasil tem assistido a utilização do *punitive damages* pelos tribunais superiores, em processos relatados pelos Ministros Celso de Melo e Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, e pelos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Nancy Andrigui e Ministro Castro Filho, do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando essa função anômala para o instituto da responsabilidade civil e criando precedentes para os juízos singulares. Como se lê nas ementas colacionadas:

Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; **intensidade do dolo ou grau da culpa** (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. (RESP 355392/RJ - DJ DATA: 17/06/2002 PG: 00258. Relatora Min. NANCY ANDRIGHI - Relator p/Acórdão Min. CASTRO FILHO).

A indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta. (RESP 318379/MG - DJ DATA: 04/02/2002 PG: 00352. Relator Min. NANCY ANDRIGHI).

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA.

A doutrina majoritivamente menciona a punição como possibilidade. Neste sentido, Carlos Alberto Bittar, a quem se atribui o estigma de ser um dos primeiros defensores da função punitiva no direito brasileiro, Artur Oscar de Oliveira Deda, José Carlos Moreira Alves, Paulo da Costa Leite, Sergio Cavalieri Filho, Luiz Roldão de Freitas Gomes, Araken de Assis, Teresa Ancona Lopez, Antônio Jeová Santos, Sergio Severo, Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho, Renan Miguel Saad, Américo Luiz Martins da Silva, Cleyton Reis e Antonio Junqueira de Azevedo, Yussef Cahali e, no mesmo sentido, os manualistas Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz e Silvio Rodrigues. Na corrente minoritária, José Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva, Orlando Gomes, Gustavo Tepedino, Anderson Schreiber e Maria Celina Bodin Moraes para quem

A função punitiva na reparação do dano moral, todavia, insere-se numa problemática mais específica e tortuosa: a da avaliação e liquidação do dano moral. Ensejando perplexidade entre os operadores do Direito e, mais do que isto, gerando graves distorções e contradições teleológicas devidas às disparidades de tratamento entre acontecimentos homólogos ou semelhantes, a fixação de uma parcela punitiva no *quantum debeatur* da indenização pelo dano moral tem representado um importante obstáculo à 'certeza do direito', por causar grave insegurança, dada a completa imprevisibilidade das decisões judiciais em matéria. (MORAES, 2003, p.29-31).

Na Espanha, assim como Continente Europeu de modo geral, a função punitiva do dano não é bem aceita:

Hay que sostener que la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos de corte europeo continental y que hay poderosas razones para ello. Si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más ala del importe de daño efetivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos de común o lo que es lo mismo al Tesouro público. (DÍEZ-PICAZO, 1999, p.44).

Nos Estados Unidos o instituto do *punitive damages* também sofre críticas quanto a falta de previsibilidade, sendo considerado por alguns um fenômeno sem controle. (MORAES, 2010, p.357). É com resguardo também que Maria Celina Bodin Moraes (2010, p.380) aceita, em caráter absolutamente excepcional, a adoção da função punitiva, para quem “o interesse protegido, o bem-estar da coletividade, justifica o remédio. [...] para situações potencialmente causadoras de lesão a um grande número de pessoas, em relações de consumo e na responsabilidade ambiental”.

A autora considera que da forma como está sendo adotada, a função punitiva gera mais problemas que soluções e sugere que não seja admitida para evitar “loteria forense”, para não aumentar a imprevisibilidade, a insegurança jurídica, e o mais importante, considera sua rejeição importante para que não se possa mercantilizar as relações existenciais. (BODIN, 2004, p.76).

A aceitação da função punitiva estaria circunscrita à completa funcionalidade do instituto do dano moral. Nesse aspecto, “A função econômica e social do direito tem haver com a sua configuração real, a apurar através da interpretação. Se um direito é atribuído com certo perfil, já não haverá ‘direito’ quando o titular desrespeite tal norma constitutiva”. (CORDEIRO, 2000, p.245).

Diante dos rarefeitos critérios para aplicação eficiente da indenização por dano moral no Brasil e diante da inexistência de dispositivos legais de mensuração, percebe-se a necessidade de formular um vetor, um indicativo de resolução do problema. Um indicativo importante e que não vem sendo considerado pelos tribunais pátrios, é a premissa da existência do dolo para que cogite e punição civil. Ao importar a função punitiva do dano, esquece-se de considerar que na jurisprudência estadunidense a comprovação do dolo é *conditio sine qua non*.

CONCLUSÃO

As discussões sobre a função ou as funções da responsabilidade civil, especialmente aquelas que justificam a indenização por dano moral tornam-se mais complexas em razão do risco engendrado pela movimentação natural da sociedade. Há uma tendência observada no sentido de incluir na seara da responsabilidade civil o encargo de apontar a solução para diversos conflitos cuja solução não está apontada pela legislação. Esta convergência se dá de forma tão marcante que em alguns países já não se fala em reponsabilidade civil e sim em direito dos danos. Este apontamento da indenização para as soluções de problemas das mais diferentes envergaduras tem levado à descaraterização da responsabilidade civil, o que se torna mais evidente em relação aos danos não patrimoniais justamente em razão do seu alto grau de subjetividade.

O estudo da indenização punitiva ou da função punitiva do dano moral não é recente. A doutrina diverge e alguns sistemas jurídicos já o comportam e em outros, como no Brasil, cuja acomodação ainda depende de fatores que serão aos poucos abalizados, como a já citada necessidade da presença de dolo, por exemplo.

Não se pode olvidar que com a aplicação da indenização punitiva há um perigo real de se incorrer em indenizações excessivas, ferindo a proporcionalidade e os limites da equidade, criando um colapso no sistema jurídico e desestabilizando a segurança jurídica. Ademais, a sua aplicação pelos tribunais brasileiros não observa os critérios que autorizam a sua utilização nos sistemas da *common law*, onde só se faz uso do *punitive damages* em caso de causação de dano por dolo.

É necessário compreender-se a dimensão sistemática da ordem jurídica para que a aplicação de um instituto alienígena não venha a ofender sua unidade. Admitir uma construção interpretativa do *punitive damages* no Brasil é reconhecer sua adequação aos princípios constitucionais que informam os valores que devem ser perseguidos pela responsabilidade civil. Não se pode, portanto, atribuir-se uma dimensão funcional ao instituto sem se perscrutar por sua adequação e sem se garantir a unidade do sistema.

Da forma como essa função punitiva vem crescendo em aceitação na jurisprudência e na doutrina, sem um critério nítido pré-estabelecido, é temeroso colapsar o instituto da responsabilidade civil e ameaçar a segurança jurídica. Afinal, ampliar demais o conteúdo de certo objeto é tentar contra a sua própria existência. É necessário, portanto, rechaçar a função punitiva da responsabilidade civil ou definir-lhe os parâmetros, respeitando a unidade sistemática do Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERASTAIN, Verònica Rosas. **Vlex** - La responsabilidad civil extracontractual a la luz de sus funciones - utilidad de los daños punitivos como medida de sanción y prevención. Peru:2007.

Disponível em: <https://docs.google.com/a/unifor.br/file/d/0B8LOizMA-WonWWMYUVdQOFBPSHVASHBfSXFzX2FsODF4TFdj/edit>. Acesso em: 28 jul. 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2014.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AI 455.846/RJ, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 11/10/2004. DJU de 21.10.2004, p. 160-163. V. Informativo STF nº 364. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo364.htm#Responsabilidade Civil Objetiva do Estado - Dano Causado em Hospital Público \(AI/455846\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo364.htm#Responsabilidade%20Civil%20Objetiva%20do%20Estado%20-%20Dano%20Causado%20em%20Hospital%20P%C3%BAblico%20(AI/455846)). Acesso em: 28.jul.2014.

BRASIL. PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 413, de 11 de julho de 2007. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/servlet/PDFMateServlet?m=81887&s=http://www.senado.leg.br/atividade/materia/MateFO.xml&o=ASC&o2=A&a=0>. Acesso em: 20 abr. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introd. e trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Lisboa: Almedina, 2000. t.1

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Revista, atualizada e ampliada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madri: Civitas, 1999.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. **Pensar**. Fortaleza, v.18, n.2, p. 551-586, maio/ago.2013.

FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Édson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Édson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. **Revista Jurídica** – Notadez, Sapucaia do Sul, ano 58, n.397, p.11-20, nov. 2010.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. Limites ao valor da indenização: O problema da função punitiva da responsabilidade civil. In **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital (Coord.) São Paulo: Atlas, 2011.p.610

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Principio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad** (Das recht der gesellschaft). Trad. Juliana Neuenschwander de Magalhães. Disponível em: <http://lkservicios.com/maestria-2013-1/descargas/517derecho_luhmann.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2013.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996.

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

MORAES, Maria Celina Bodin. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **RTDC** – Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v.18, p.45-78, abr./jul 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. TEPEDINO, Gustavo (atualizador). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis direito civil** – Introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. La doutrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **RTDC** – Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v.31, p.75-86, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PROSSER, Wil; WADE, J. W.; SCHWARTZ, V. **Torts**: Cases and materials. 7. ed. New York: Foundations Press, 1982.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização por dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.