

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

DAVI MATEUS RAMOS BARBALHO

**DANOS MORAIS: A NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS
OBRIGATÓRIOS PARA A VALORAÇÃO E A DICOTOMIA ENTRE O CARÁTER
PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO
OFENDIDO**

**ARACAJU
2017**

DAVI MATEUS RAMOS BARBALHO

**DANOS MORAIS: A NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS
OBRIGATÓRIOS PARA A VALORAÇÃO E A DICOTOMIA ENTRE O CARÁTER
PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO
OFENDIDO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco

**ARACAJU
2017**

B228d

BARBALHO, Davi Mateus Ramos

Danos Morais: a necessidade de utilização de critérios obrigatórios para a valoração e a dicotomia entre o caráter punitivo da indenização e o enriquecimento sem causa do ofendido / Davi Mateus Ramos Barbalho. Aracaju, 2017. 73 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da FANESE

DAVI MATEUS RAMOS BARBALHO

**DANOS MORAIS: A NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS
OBRIGATÓRIOS PARA A VALORAÇÃO E A DICOTOMIA ENTRE O CARÁTER
PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO
OFENDIDO**

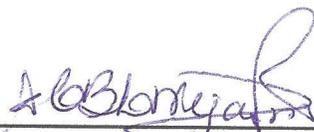
Monografia apresentada à Banca Examinadora
da Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe, como requisito parcial para a
conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em 12/06/17

BANCA EXAMINADORA



Prof. Lucas Cardinali Pacheco
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. América Nejaim
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Manuel Meneses Cruz
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha avó Dalva (*in memoriam*), hoje minha estrela Dalva, pessoa guerreira e batalhadora, que nunca desistiu dos seus sonhos, e que sempre confiou e acreditou em meu potencial, servindo-me de inspiração e que hoje me acompanha aonde eu vá.

AGRADECIMENTOS

A esta altura da longa jornada que é a graduação acadêmica não faltam agradecimentos a pessoas especiais que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse até aqui.

Porém, como não poderia deixar de ser, o primeiro agradecimento deve ser direcionado a ele, o Deus todo poderoso sem o qual nada disso seria possível, e a quem devo agradecer também pela família maravilhosa em que nasci e fui criado com todo o amor do mundo.

Por isso, meu agradecimento a todos os meus familiares das famílias Ramos, representados aqui nas pessoas de Terezinha, Acácia, Wagner e Luana, e também família Barbalho, nas pessoas de Jorge, Paulo e Marcos Paulo, em especial, logicamente, as cláusulas pétreas da minha vida, aqueles que são essenciais e irrevogáveis em meu ser, muito obrigado aos meus pais, José Carlos e Rosivania, além dos meus irmãos queridos Samuel e João Paulo, que juntos contribuíram para a minha formação pessoal, com valores e princípios que sempre levarei comigo. Tenham certeza que dei o melhor de mim durante essa missão de concluir o ensino superior.

Agradecimento especial também a todo o competente corpo docente da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, instituição que tanto contribuiu e deu suporte para a minha formação acadêmica, em especial aos queridos professores Antonina Gallotti e Fernando Ferreira, que me deram o direcionamento necessário para iniciar o projeto do trabalho de conclusão de curso, e, como não poderia deixar de ser feito, a esse profissional brilhante, exemplar, atencioso, muito cuidadoso e ético, que leva seu nome acima como orientador. Este trabalho também é fruto da sua dedicação, caro professor Lucas Cardinali Pacheco, você foi essencial para que esse resultado fosse alcançado.

Outrossim, agradeço a toda a direção, coordenação e docentes do Colégio Bom Pastor, onde pude aprender minhas primeiras lições, além de todos os membros da Comunidade Bom Pastor, que me adotaram como um verdadeiro filho desde o meu nascimento que me ensinaram valores inestimáveis que levarei para toda a vida.

E o que seria do conhecimento teórico se não aliado à prática profissional? Por isso gostaria de agradecer a todos aqueles que contribuíram para a minha formação profissional, em especial a todos que fizeram ou fazem parte do Kazukas Advocacia, na pessoa de André Kazukas que sempre acreditou em mim, me abriu as portas do meio jurídico e me acolheu sempre com muito carinho. Nesta oportunidade, aproveito para homenagear meu amigo Adriano Oliveira (*in memoriam*), com quem tive o imenso prazer em trabalhar.

Agradeço também a todos da Defensoria Pública do Estado de Sergipe, em especial a Matheus Pacheco Franco por todas as lições e pelo incentivo, além de todos os amigos da Defensoria Pública da União em Sergipe, com quem compartilho as minhas divertidas e proveitosas manhãs e a quem agradeço nas pessoas de Áurea, Pedro, Rivianne, Joyce, Leonardo, Victor, Lucas, Rômulo, Mayara e Marina.

Durante esta longa jornada acadêmica, conhecemos pessoas com as quais nos identificamos e compartilhamos nosso tempo durante os 5 anos de graduação. Por isso, especial agradecimento a todos os colegas da FANESE, em especial os amigos Helder Correia, Pedro Cerqueira e Fernando Mota, que a nossa amizade possa se estender além da vida acadêmica.

Por fim, agradeço a Larissa Alves, que me apoiou e me deu suporte, nos bons e maus momentos desta caminhada, tornando a missão de fazer esse trabalho muito mais fácil, como também a todos os meus amigos, mais próximos ou distantes, a quem homenageio nas pessoas de Ícaro Torres, Gustavo Melo, e Julianna Santos.

Enfim, agradeço a todos que de alguma forma fizeram parte desta fase especial de minha vida.

Um forte abraço a todos, muito obrigado!

“A vida é uma peça de teatro que não permite ensaios. Por isso, cante, chore, dance, ria e viva intensamente, antes que a cortina se feche e a peça termine sem aplausos.” (Charlie Chaplin).

RESUMO

O presente trabalho trata da problemática da fixação do quantum indenizatório na reparação por danos morais no judiciário brasileiro, em especial sobre os critérios utilizados para a valoração do dano e principalmente na discussão da dicotomia existente entre o caráter punitivo da indenização e o enriquecimento sem causa do ofendido. Nele, pretende-se demonstrar a inefetividade dos critérios utilizados para se fixar a indenização, e a necessidade de existência de critérios de observância obrigatória por parte do magistrado. São analisados os aspectos históricos do instituto e sua evolução legislativa no Brasil até a sua consolidação com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, seu conceito, a natureza jurídica, as formas de reparação, se meramente ressarcitório ou também punitivo, assim como os critérios definidos pela doutrina e jurisprudência brasileira para a fixação do *quantum debeatur*, contrapondo os argumentos de cada corrente para adotar o posicionamento, demonstrando qual a corrente mais utilizada atualmente, e como pensam os Tribunais superiores acerca do tema.

Palavras-chave: Dano Moral. Indenização. Métodos de fixação. Critérios de arbitramento. Caráter Punitivo

ABSTRACT

The present work deals with the problem of fixing the quantum compensation in reparation for moral damage in the Brazilian judiciary, in particular on the criteria used for the valuation of damage and especially in the discussion of the dichotomy that exists between the punitive damages and the unjust enrichment of the offended. It is designed to demonstrate the ineffectiveness of the criteria used to fix the indemnity, and the necessity of compliance with mandatory criteria by the magistrate. Are analyzed the historical aspects of the Institute and your legislative developments in Brazil until your consolidation with the advent of the 1988 Federal Constitution and the Civil Code of 2002, your concept, the legal nature, the forms of reparation, if compensatory or punitive purposes, as well as the criteria set by the brazilian doctrine and jurisprudence for fixing the quantum debeatur , opposing the arguments of each chain to adopt positioning, demonstrating what the current most used currently, and how they think the higher courts on the subject.

Keywords: Moral damage. Indemnification. Fixation methods. Arbitrating criteria.

Punitive

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	RESPONSABILIDADE CIVIL E DANOS MORAIS	18
2.1	Função e Formas de Reparação Civil	18
2.2	Espécies de Responsabilidade Civil: dano moral e dano material	20
2.3	O Dano Moral no Direito Brasileiro e sua Natureza Jurídica	22
3	VALORAÇÃO E ARBITRAMENTO DO DANO MORAL	26
3.1	Princípio da Reparação Integral e Preocupação prioritária com a vítima.....	26
3.2	Dos Métodos de Fixação da Indenização por Danos Morais	28
3.2.1	<i>O Arbitramento Judicial</i>	29
3.2.3	<i>Problemática da tarifação legal e criação de teto legal</i>	32
3.3	Critérios de fixação apontados pela doutrina	35
3.4	Método bifásico de fixação do dano moral	38
4	DANO MORAL PUNITIVO E A DICOTOMIA ENTRE O CARÁTER PUNITIVO E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO LESIONADO	41
4.1	O dano punitivo (<i>punitive damages</i>).....	41
4.1.1	<i>As funções desempenhadas pelos punitive damages</i>	41
4.1.2	<i>Critérios para quantificação dos punitive damages</i>	46
4.2	Aplicação do critério punitivo-pedagógico no Brasil	49
4.3	A problemática do enriquecimento sem causa do lesionado	59
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
	REFERÊNCIAS	66
	ANEXO ÚNICO	70

1 INTRODUÇÃO

Com a globalização, o mundo inteiro passou a estar conectado e o acesso à informação é muito mais simples e fácil. As relações pessoais e de consumo aumentaram, o que causa um reflexo direto no direito.

O fato de existir um aumento nas relações e das pessoas terem maior conhecimento sobre os seus direitos, faz com que exista uma maior procura pelo judiciário em busca de ressarcimento por um dano causado por terceiro, principalmente quando essa ofensa ultrapassa a esfera patrimonial.

O dano moral é um prejuízo de ordem não patrimonial intrínseco e personalíssimo, passível de indenização, isto é, uma forma de compensação pecuniária pelo dano sofrido, procurando atenuar as consequências da ofensa sofrida;

Além dessa tentativa de compensar pelo dano sofrido, existem legislações que procuram com a indenização punir o ofensor, desestimulando-o a reincidir naquela prática, além de educar a sociedade quanto à ilicitude do fato.

A grande questão que se levanta é: existe uma contraposição entre o caráter punitivo da indenização e o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa do ofendido? Para se chegar a esta resposta outros questionamentos devem ser realizados, ainda que em segundo plano, como quais as espécies de responsabilidade civil existentes no país? Qual o método de fixação dos danos morais utilizado no Brasil? Existem critérios previstos para se chegar ao *quantum* indenizatório na indenização por danos morais? O dano punitivo é utilizado no Brasil? Quais as funções desempenhadas pelo *punitive damages*? Os tribunais superiores concordam com a aplicação do dano punitivo?

A ideia do dano punitivo advém do direito comparado. Nas legislações de *common law* o chamado *punitive damages* é amplamente utilizado, especialmente no direito estadunidense e inglês, nos quais não só é aplicado junto ao dano moral, mas em qualquer espécie de dano, o que não acontece no direito brasileiro, em que a sua aplicação ainda é muito restrita, devido tanto a ausência de previsão legal, como da grande discussão doutrinária quanto a possibilidade jurídica da sanção civil.

Assim, percebe-se que o presente trabalho possui relevância tanto social quanto jurídica e acadêmica. De forma acadêmica, pois pode contribuir como levantamento para outros acadêmicos que tenham interesse no tema e desejam entender a natureza da problemática e contribuir com seu desenvolvimento, podendo utilizar a obra como fonte para outras pesquisas, utilizando-se de dados já colhidos para iniciar novos trabalhos sobre o tema.

Quanto à relevância social e jurídica é preciso, antes de tudo, destacar que o judiciário brasileiro tem sofrido nos últimos anos com o grande número de ações indenizatórias levadas a juízo, quando uma parte se sente lesada por atitude da outra, seja a parte lesante uma pessoa física, ou, como na maioria dos casos uma pessoa jurídica.

Porém, a despeito da grande reincidência em violação a direito de terceiros, que lhe causam um dano extrapatrimonial, a não utilização do caráter punitivo impede que o magistrado aplique indenização de maior monta, o que desestimularia tanto o lesante como a sociedade na prática daquele ato.

Além disso, com o grande número de ações do mesmo tipo para julgar, o magistrado, responsável por arbitrar o valor da indenização por danos morais, acaba sendo obrigado a fazer um tabelamento do dano, aplicando via de regra o mesmo valor para aquele tipo de ofensa, deixando de lado outros critérios subjetivos existentes, e as particularidades de cada caso.

Assim, a existência de critérios previstos na legislação como de observância obrigatória por parte do magistrado ao fixar o *quantum* indenizatório faria com que se evitasse o tabelamento do dano moral, sendo maior a probabilidade de que a indenização seja justa, e compatível com o caso. Deste modo, o trabalho pode contribuir juridicamente para o aumento no número de conciliações nos tribunais, diminuindo o grande número de ações levadas a juízo, pois a existência de critérios pré-definidos, especialmente o punitivo, daria ao lesante a ciência de que teria julgada de maneira individualizada a sua conduta, o que diminuiria consequentemente o número de recursos.

Ademais, ao saberem os ofensores que suas condutas seriam levadas em consideração no momento da fixação da indenização de cada ofensa praticada, haveria uma inibição da reincidência da prática.

Outrossim, quanto à relevância social da pesquisa, o trabalho não possui outro fim senão defender a tese que melhor atenda ao interesse público pois a

pacificação da utilização do caráter punitivo na indenização por danos morais daria maior segurança jurídica às decisões judiciais, garantindo a tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito, além de limitar o exercício da autotutela. Do mesmo modo, se prevê que a utilização de critérios de observância obrigatória causaria uma melhoria nos serviços prestados à população. Atualmente, é mais fácil para a empresa que viola os direitos do consumidor indenizar moderadamente o ilícito que investir na melhoria de seus serviços. Essa prática, sem dúvida, deixaria de existir se estas empresas temessem a aplicação de indenizações que fossem proporcionais ao ilícito praticado por elas, a quantidade de vezes em que ela praticou tal ato, e ao seu poderio financeiro.

Por fim, cabe esclarecer que a grande motivação do autor para a realização do trabalho foi seu incômodo e indignação com a insegurança jurídica existente no judiciário atualmente em relação ao tema abordado. Os magistrados, responsáveis pela fixação do dano, são livres para utilizarem os critérios que desejarem ao definir o *quantum* indenizatório, podendo ignorar requisitos apontados pela doutrina como essenciais, a exemplo da conduta do agente lesante e a condição social da parte lesada, o que gera uma disparidade entre indenizações concedidas em casos idênticos, sendo atualmente a procura pelo judiciário em busca de reparação por ofensa sofrida de natureza moral uma grande loteria.

O grande objetivo do presente trabalho é analisar criticamente a existência de uma dicotomia entre a utilização do dano punitivo na indenização por danos morais e o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

Também será possível durante a pesquisa (1) identificar as espécies de responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico brasileiro; (2) Analisar o método de fixação dos danos morais no país; (3) identificar a existência de critérios pré-definidos para fixar ao valor da indenização por danos extrapatrimoniais. Além disso, (4) verificar se o dano punitivo é utilizado no Brasil e (5) analisar as funções desempenhadas por ele, e por fim, (6) verificar se o caráter punitivo da indenização é aceito pelos tribunais superiores.

O método utilizado na presente pesquisa foi o dialético, por entender que o processo de conhecimento nunca cessa, sendo apresentadas teses contrapostas, ou seja, apresentando mais de uma forma de pensamento sobre o assunto, e sua aplicabilidade de fato, para ao final trazer a síntese da pesquisa, com a tese defendida pelo autor.

Através do método dialético, será possível apresentar as diversas correntes existentes sobre o tema em foco, mostrando a tese majoritária aplicada no Brasil, suas virtudes e incongruências, mostrando também a utilização da posição minoritária em outras legislações, e ainda, se existe uma corrente ideal para o sistema jurídico brasileiro.

Foram utilizados também métodos auxiliares, como o histórico, trazendo a evolução histórica dos danos morais, sua aplicação em legislações anteriores até a atualidade, como ocorreram às mudanças com o decorrer do tempo e porque essas alterações foram necessárias. Outro método auxiliar foi o comparativo, demonstrando o pensamento utilizado em outros países com sistema diverso do Brasileiro e sua efetividade nestes, verificando a possibilidade de aplicação desse pensamento na legislação brasileira.

A natureza da presente pesquisa é qualitativa, pois apresenta e analisa ideias de acordo com a natureza e a qualidade de cada uma.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória e explicativa, pois busca entender a fundo o tema, a forma como ele ocorre e os problemas a ele relacionados, criando, ao final, uma tese para solucioná-lo.

Quanto ao local, a pesquisa foi feita por levantamento bibliográfico, conhecendo o conteúdo já produzido sobre o tema através de obras de autores renomados e acadêmicos que pesquisaram a fundo sobre o tema.

Já a coleta de dados foi realizada através de pesquisa-ação, tendo em vista o interesse coletivo pelo tema.

Por fim, destaque-se que o trabalho foi construído de forma que o segundo capítulo trata sobre a Responsabilidade Civil no Brasil, trazendo suas funções e as formas de responsabilidade existentes, assim como as espécies, fazendo-se a diferenciação entre os danos morais e materiais, com ênfase, logicamente, no dano moral, discutindo sua natureza jurídica e rememorando sua aplicação no direito brasileiro, desde o seu surgimento até os dias atuais.

Já no terceiro capítulo, falar-se-á da valoração dos danos morais, trazendo a teoria utilizada no Brasil, destacando para o princípio da reparação integral e da preocupação prioritária com a vítima no momento da valoração da indenização, demonstrando quais os métodos de fixação da indenização por danos extrapatrimoniais existentes, e qual o adotado pela legislação brasileira, e explicando a problemática da criação de um teto legal para a indenização, e

analisando os critérios de fixação dos danos apontados pela doutrina como ideais, debatendo-se a necessidade de existência de critérios de observância obrigatória pelo magistrado no momento da valoração do quantum indenizatório.

Por fim, no capítulo derradeiro, tratou-se sobre o problema principal do trabalho, analisando o conceito do *punitive damages*, suas funções e os critérios utilizados em sua quantificação. Além disso, se demonstrou a aplicação do dano punitivo no Brasil, analisando qual o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, debatendo-se, ao final, se existe dicotomia entre o caráter punitivo da indenização e o enriquecimento sem causa do ofendido.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANOS MORAIS

Objetiva-se neste capítulo abordar o instituto dos danos morais e seu posicionamento dentro da matéria da responsabilidade civil, demonstrando sua função, suas formas, e espécies inclusive, sua evolução histórica na legislação brasileira.

2.1 Função e Formas de Reparação Civil

A sociedade, como um todo e, especificamente os partícipes desta, possuem diversos bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado. Esta proteção está diretamente ligada aos valores que são pregados pela sociedade, e quando ocorre algum tipo de ofensa a um bem jurídico determinado é dever Estatal agir para coibir esta conduta, que pode gerar ao ofensor uma responsabilização penal ou civil, ou até ambas em conjunto.

Em relação à reparação civil, principal tema deste trabalho, ela tem o fim precípuo de reparar o ofendido pelos danos causados pelo ofensor, procurando, sempre que possível reestabelecer a situação anterior à prática do ilícito, ou, ao menos atenuar as consequências da ofensa sofrida.

Parte da doutrina entende que existem outras funções, que ainda que figurem num plano secundário, devem estar presentes, sendo elas a função punitiva do ofensor, e a de desmotivação social da conduta praticada, esta última chamada por outros autores de função preventiva. Quanto a isso, explicam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Assim, na vereda de tais ideias, três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: *compensatória do dano à vítima*; *punitiva do ofensor*; e *desmotivação social da conduta lesiva*. Na primeira função, encontra-se o objetivo básico e finalidade da reparação civil: retornar as coisas ao *status quo ante*. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente. Como uma função secundária em relação à reposição das coisas ao estado em que se encontravam, mas igualmente relevante, está a ideia de punição do ofensor. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 67).

Neste sentido, há de se destacar que o dano só é reparável quando houver ilícito, do qual decorre uma lesão material ou moral. Existe uma ampla diferença na forma de reparação dos dois tipos de dano. No primeiro, existe um critério objetivo a ser observado, qual seja, o prejuízo financeiro efetivamente sofrido pelo ofendido, sendo que a simples reparação destes prejuízos é suficiente para o reestabelecimento do *status quo ante*. Porém, em relação ao segundo, existe uma discussão quanto à forma de reparar o dano sofrido. Isso porque a ofensa suportada pela vítima do dano moral não pode ser estabelecida em critérios objetivos, tendo em vista a impossibilidade de se definir a extensão do dano sofrido pelo ofendido.

Existe doutrina mais conservadora, que, inclusive, defende a impossibilidade de se reparar o dano moral, uma vez que, como o objetivo da reparação civil seria justamente reestabelecer a situação anterior, não havendo a possibilidade de se fazer isso quando a ofensa é extrapatrimonial, não poderia, portanto, o ilícito ser reparado de outra, forma, além de sustentar que a dificuldade de se identificar o dano moral seria óbice a sua reparação. Demonstrando o pensamento da teoria negativista, Cahali traz a linha de pensamento:

O mal causado pelo delito pode consistir simplesmente em um sofrimento físico ou moral, sem relação direta com o patrimônio do ofendido, como é o que resulta do ferimento leve que não impede de exercer a profissão ou de ataque à honra. Nestes casos, não há necessidade de satisfação pecuniária. Todavia, não tem faltado quem queira reduzir o simples sofrimento físico ou moral a valor: são extravagâncias do espírito humano. (CAHALI, 2011, p. 39).

Porém, atualmente é praticamente pacífico que para ambos os tipos de dano é possível à reparação pecuniária pela ofensa suportada. O direito como um todo entendeu que não há outra forma de se indenizar o dano moral que a pecuniária, em dinheiro, que, se não é a ideal, é a única que pode amenizar o sofrimento da vítima. Além disso, defender a não aplicação de qualquer indenização seria deixar o dano sofrido sem qualquer reparação, o que beneficia o ofensor, não podendo ser admitida no direito atual, principalmente ao se tratar de direito civil, mais especificamente a reparação civil, que tem por objeto principal justamente a tutela do ofendido. Assim defende Cahali:

Dizer-se que repugna à moral reparar-se a dor alheia com o dinheiro é deslocar a questão, pois não está se pretendendo vender um bem moral, mas simplesmente se sustentando que esse bem, como todos

os outros, deve ser respeitado; quando a vítima reclama a reparação pecuniária do dano moral, não pede um preço para a sua dor, mas, apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar em parte as consequências da lesão jurídica; o dinheiro não é capaz apenas de proporcionar satisfações materiais – é, também, um meio de dar ao indivíduo satisfações espirituais da mais alta significação e estas, ainda que não bastantes para compensar a dor sofrida serve para atenuá-las. Por outro lado, mais imoral seria proclamar-se a total indenidade do causador do dano. (CAHALI, 2011. p. 24):

Sergio Cavalieri Filho completa:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo uma genérica mais 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 consequências do sofrimento. (CAVALIERI, 2008, p. 81)

Assim, em matéria de reparação civil, percebe-se a existência de duas funções principais, a de equivalência, observada nas indenizações por danos materiais, que visa devolver a vítima o bem jurídico violado pela ofensa praticada pelo agente ofensor, fazendo com que reestabeleça a situação anterior, ou se chegue o mais próximo disso, seja devolvendo exatamente o bem perdido ou nas mesmas condições, e a função satisfatória, observadas nos danos extrapatrimoniais, que buscam reparar a vítima com uma satisfação “compensatória” pela ofensa sofrida.

Além destas, existe na reparação civil uma função social, chamada também de preventiva, que visa a desestimulação do ilícito praticado, utilizando como meio para ambas as funções a indenização pecuniária à vítima pelo bem perdido ou pelo qual se deixou de auferir, no caso do dano material, ou ainda, se indenizando monetariamente o ofendido por um dano extrapatrimonial sofrido.

2.2 Espécies de Responsabilidade Civil: dano moral e dano material

Como dito no tópico anterior, no âmbito da reparação civil existem duas principais espécies de responsabilidade civil, o dano moral e o dano material, que como já exposto, apesar de possuírem outras funções de maneira secundária, tem como fim máximo a busca em reestabelecer da melhor forma o *status quo ante*, ou ao menos oferecer uma satisfação compensatória pela ofensa sofrida.

Ultrapassada essa questão da função da reparação civil, cumpre definir individualmente cada uma delas, mostrando suas especificidades e diferenças.

O Dano Material, segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo. Ou seja, todo o ilícito praticado por terceiro que venha a afetar o patrimônio da vítima se caracteriza como dano material. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 92).

Esse tipo de dano pode ser dividido em dois. O que a vítima efetivamente perdeu, o chamado dano emergente, ou o que ela deixou de auferir em virtude da conduta praticada pelo ofensor, o lucro cessante.

A aferição da indenização por dano material segue um critério objetivo, que é o prejuízo sofrido pela vítima, sendo que a fixação em valor superior ensejará em enriquecimento sem causa por parte da vítima, e o contrário também pode se dizer em relação ao ofensor.

Já o dano moral possui dois tipos de conceituação. A primeira conceitua esta espécie de dano de forma negativa, como explica Sérgio Cavalieri Filho “Há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que, na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material.” (CAVALIERI, 2011, p.88), já a segunda corrente conceitua o dano moral da seguinte forma: “Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação - enfim, dor da alma.” (CAVALIERI, 2011, p. 88).

É importante destacar que as duas correntes não necessariamente se contrapõem, apenas explicam de maior ou menor forma o instituto, diferenciando-o do dano de natureza material.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, e o Código Civil de 2002, no artigo 186, passaram prever expressamente a possibilidade de reparação do dano moral, o que fez cessar a discussão quanto à reparabilidade do dano. No entanto, nenhuma das legislações fez qualquer conceituação sobre o instituto. Quanto à constitucionalização do instituto expõe Ieda Uema Fontes: “Apesar de dano moral ser um conceito do ramo do direito civil, é importante situá-lo conceitualmente dentro do direito constitucional.” (FONTES, 2009. p.17), e completa:

Com disposição expressa na carta magna, no artigo 5º, V e X, cessa, definitivamente, a discussão sobre a reparabilidade ou não do dano moral. O texto constitucional albergou o instituto da indenização por danos morais, encerrando, definitivamente, toda e qualquer discussão sobre a sua reparabilidade. (FONTES, 2009. p.15)

Decorrente dessa ausência legislativa acerca do tema existe vasta conceituação jurisprudencial e principalmente doutrinária, conceituando o dano extrapatrimonial das mais variadas maneiras. Isso não só acontece no Brasil como em diversos outros países, uma vez que em grande parte destes não há conceituação legal do instituto. O grande número de entendimentos conceituais sobre o mesmo tema se dá não só por conta da omissão legislativa, mas também por ser da natureza do dano moral tratar de aspectos da subjetividade humana, causando grande dificuldade de se criar uma definição uníssona, conforme explica mais uma vez Uema Fontes:

Essa polissemia do vocábulo dá-se pelo fato de o dano moral tratar de aspectos da subjetividade humana. Essa dificuldade conceitual, certamente, não se encerra no âmbito doutrinário. Como se verá no capítulo III, essa dificuldade, por se tratar de um tema permeado por aspectos extremamente subjetivos, prolonga seus desdobramentos principalmente no que se refere à própria mensuração do quantum indenizatório. (FONTES, 2009. p.17).

Assim, ultrapassada a discussão sobre a reparabilidade do dano moral, o próprio código civil admite a existência de duas espécies principais de responsabilidade civil, quando em seu artigo 186 afirma que aquele que causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e posteriormente, em seu artigo 927, afirma que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002). Resta claro que, entre as duas espécies principais, uma visa reparar o patrimônio material afetado do ofendido, e outra visa reparar a violação à dignidade da vítima, sendo que cada tipo de responsabilidade (moral e material) possui uma maneira diferente de se auferir a indenização devida.

2.3 O Dano Moral no Direito Brasileiro e sua Natureza Jurídica

Apesar de atualmente ser um instituto solidificado, amplamente aplicado nos tribunais do Brasil e do mundo, a reparação por danos morais já foi objeto de

diversas divergências no âmbito da doutrina e da jurisprudência brasileira, tanto quanto ao seu cabimento, como em relação à forma de reparação dos danos, uma vez que os parâmetros possíveis para fixação são todos subjetivos.

O Código Civil de 1916 não trazia em seu texto expressamente o cabimento da reparação por danos morais, porém, previa, de maneira geral, que os danos sofridos deveriam ser reparados, sem especificação nenhuma sobre os tipos de dano indenizáveis. Assim, a legislação infraconstitucional específica passou a prever a possibilidade de reparação por danos morais em casos específicos, previstos em cada legislação, a exemplo da Lei dos Transportes ferroviários, considerada por muitos autores a primeira legislação que trata do tema no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um marco no reconhecimento dos danos morais. A lei previa que incumbe ao julgador arbitrar a indenização que julgar conveniente, preceito esse que vigora até os tempos atuais.

Com o passar do tempo, os tribunais superiores passaram a não só reconhecer a indenização por danos morais, como a editar súmulas relativas ao assunto. A primeira foi do Supremo Tribunal Federal que admitiu a indenização de cunho não material em razão da morte de filho menor.

A controvérsia diminuiu com o advento da Constituição Federal de 1988, que previu expressamente a possibilidade de reparação por danos morais, o que encerrou a discussão existente à época do código civil de 1916 sobre a reparabilidade do dano moral. Após tal previsão, diversas legislações infraconstitucionais passaram a prever hipóteses e formas de reparação por danos imateriais de em casos específicos, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Direitos Autorais.

Assim, a forma de reparação dos danos morais no direito brasileiro foi construída com o passar do tempo e o amadurecimento da legislação pátria, assim como do entendimento dos tribunais superiores, tendo como marco a Constituição Federal e o Código Civil de 2002.

No entanto, apesar de superada a questão quanto à reparabilidade do dano no país, ainda existe grande controvérsia, tanto no Brasil como no direito comparado, em relação à natureza jurídica da reparação, ou seja, se esta possui apenas um caráter satisfativo, ou se possui caráter punitivo, ou ainda se poderia possuir ambos os aspectos.

Para os que entendem que os danos morais possuem natureza punitiva, o valor arbitrado nesta deve ser proporcional à gravidade da culpa. Logo, diferentemente da corrente que defende o caráter reparatório da indenização, aqui o foco sai do dano sofrido pela vítima e foca na conduta praticada pelo ofensor. Em outras palavras, a função da indenização passa a ser preventiva, ameaçando o agressor com a cominação de um mal maior.

De maneira brilhante, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho expõem essa corrente de pensamento em sua obra:

Para um segmento hoje minoritário da doutrina, que gozou de bastante prestígio em passado não longínquo, a reparação do dano moral não constituiria um ressarcimento, mas sim uma verdadeira “pena civil”, mediante a qual se reprovava e reprimiria de maneira exemplar a falta cometida pelo ofensor. Esta corrente de pensamento não dirigia suas atenções para a proteção da vítima ou para o prejuízo sofrido com a lesão, mas sim para o castigo à conduta dolosa do autor do dano. Somente isto justificaria o reconhecimento de uma indenização por dano moral [...] (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 134).

Neste mesmo sentido a lição do jurista CARLOS ALBERTO BITTAR:

Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. (BITTAR, 1999. p.232-233)

Já aqueles que entendem ser a indenização por danos morais apenas uma medida reparatória, defendem que esta deve buscar reparar as consequências danosas do ato que gerou a ofensa, preocupando-se exclusivamente com a vítima, sob pena de se estar praticando uma invasão constitucional, pois o caráter punitivo é próprio do direito penal.

Antes de adentrar ao mérito da discussão, cumpre fazer uma diferenciação conceitual importante entre sanção e pena, pois, quando se fala em caráter sancionatório da indenização muito se questiona se este não teria caráter penal. Porém, a sanção civil, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho

significa “consequência lógico-normativa de um ato ilícito”. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 135).

Já a pena que trata o dano moral é uma espécie de sanção, mas que neste caso busca a repressão pública de interesses sociais, conforme se lê:

Por outro lado, não se pode afirmar que a reparação do dano moral se dá através de uma pena, tendo em vista que este instituto, do ponto de vista técnico, se presta a sancionar, como forma de repressão pública, quem lesiona, ainda que de forma mediata, interesses sociais tutelados pelo Direito Público (Direito Criminal). (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 135).

Ou seja, embora a pena aplicada no direito criminal seja uma espécie de sanção ao praticante do ilícito penal, em nada tem haver esta com a sanção civil, que no caso dos danos morais se apresenta como uma compensação à vítima pela ofensa sofrida.

Não obstante esta discussão, que será mais bem abordada em capítulos seguintes, é importante consignar que, para a definição da natureza jurídica do instituto dos danos extrapatrimoniais, encontrou-se uma terceira corrente, que são chamadas por Cahali de híbridas ou intermediárias, por abrangerem aspectos do caráter aflitivo e satisfativo, ou seja, visa tanto inibir a prática da conduta reprovável por parte do autor desta, como compensar de alguma forma o prejuízo moral sofrido pela vítima, o que ocorre em harmonia com a lei da equivalência e da compensação de interesses. (CAHALI, 2011).

Deste modo, entende-se que a sanção presente no dano moral não se resolve apenas de forma indenizatória, esta busca uma compensação, impondo ao ofensor uma obrigação pecuniária, sendo a sua penalidade ter seu patrimônio atingido, enquanto a parte ofendida recebe uma reparação satisfativa pela ofensa sofrida.

3 VALORAÇÃO E ARBITRAMENTO DO DANO MORAL

Finda a apresentação do instituto dos danos morais e seu posicionamento dentro da matéria da responsabilidade civil, demonstrando, inclusive, sua evolução histórica na legislação brasileira, cumpre falar sobre a valoração do dano moral, os princípios utilizados para se chegar ao valor da indenização e as formas de fixação utilizadas atualmente, apresentando também quais os critérios apontados pela doutrina como ideais no momento da fixação da indenização e a solução recente apontada pelo Superior Tribunal de Justiça para a problemática do arbitramento dos danos morais.

3.1 Princípio da Reparação Integral e Preocupação prioritária com a vítima

Num primeiro momento, há de se fazer uma análise sobre os princípios da responsabilidade civil que são utilizados nos danos morais. Isso porque, apesar de ser uma forma de reparação civil, por sua especialidade e especificidade, não são aplicados a este tipo de dano todos os princípios do gênero responsabilidade civil.

Os princípios da responsabilidade civil, de maneira global, que merecem maior destaque, segundo o autor Felipe Peixoto Braga Neto são o da equidade, da essencialidade do dano, do ajuste da indenização ao valor suportável pelo responsável, da reparação integral, da preocupação prioritária com a vítima, e da solidariedade entre os causadores do dano. (BRAGA NETTO, 2008).

Apesar de tal elenco, como dito anteriormente, em virtude das peculiaridades do dano moral, que trata de lesões imateriais, destes, apenas os princípios da reparação integral e da preocupação prioritária com a vítima se aplicam aos danos extrapatrimoniais. Isso porque a indenização por danos morais, assim como a material, deve buscar ao máximo reparar à vítima, dando a esta cautela de maneira prioritária.

O princípio da preocupação prioritária com a vítima, apesar de parecer óbvio e autoexplicativo, merece atenção e observância por parte do aplicador, tendo em vista que coloca a vítima como centro da indenização, devendo ser o principal foco do magistrado no momento da valoração.

Ou seja, a vítima jamais poderá deixar de ser ressarcida. Fazer isso seria uma inversão da natureza dos danos morais, pois ao invés de acautelar a vítima do

dano, se estaria acautelando o ofensor e, por conseguinte, causando novo dano à vítima. Nas palavras de Ieda Uema Fontes:

Na verdade, inverter a assertiva acima seria como se o lesado fosse novamente alvo de um novo dano, e o lesante privilegiado, mesmo tendo causado prejuízo a outrem. Constituiria um prêmio ao autor da conduta lesiva. Assim, caso haja dúvida quanto ao montante da indenização, deve-se privilegiar a vítima na fixação e não o ofensor. (FONTES, 2009. p.64)

Ora, privilegiar o ofensor seria ir de encontro aos princípios da responsabilidade civil e, principalmente dos danos morais. Quanto a isso, entende a doutrina que existiu uma involução legislativa no Código Civil de 2002 em relação ao de 1916, uma vez que o novo código deixou de prever o princípio da preocupação prioritária com a vítima, deixando uma espécie de vácuo legislativo em relação a isso, como comenta Ieda Uema Fontes:

O novo Código Civil prevê expressamente no seu artigo 186, a hipótese de dano moral, o que constitui um avanço na nossa legislação cível. No entanto, regrediu ao deixar de positivizar o princípio da preocupação prioritária com a vítima. O Código Civil de 1916 dispunha, no seu artigo 48, que nas indenizações por fato ilícito, prevaleceria o valor mais favorável ao lesado; no código civil em vigor esse dispositivo não encontra correspondência. (FONTES, 2009. p.64)

Ou seja, apesar de ainda não prever expressamente a possibilidade de reparação ou ressarcimento na indenização por danos morais, o diploma civilista de 1916 já trazia em seu texto o princípio da preocupação prioritária em qualquer tipo de indenização decorrente de ato ilícito, o que não se repetiu no novo código, apesar da clara revolução do fato em passar a prever de maneira expressa a possibilidade de se indenizar o dano moral, já em consonância com as novas diretrizes trazidas pela Constituição Federal de 1988.

Destaque-se ainda, que ao garantir a preocupação prioritária com a vítima no momento da valoração da indenização, se estará garantindo também que esta tenha reparação integral pelo seu dano, que é mais um princípio da responsabilidade civil aplicável aos danos morais, observadas, claro, as especialidades deste tipo de dano.

Existe ampla doutrina que critica a utilização deste princípio e inclusive a nomenclatura “reparação” quando se trata de danos imateriais, alegando que por este dano ser afetar a honra pessoal, o íntimo do ser humano, não poderia haver reparação integral à vítima, ou seja, nunca haveria um retorno ao *status quo ante*. Essa corrente é muito bem ilustrada por Cavalieri:

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 consequências do sofrimento. (CAVALIERI, 2012, p. 91)

No entanto, quando se afirma que o princípio da reparação integral deve ser aplicado ao dano moral, não se tenta afirmar que a indenização por si só fará uma compensação integral do dano sofrido. Pelo contrário, o que se pretende é exigir que, ao se fixar a indenização, se procure ao máximo compensar a vítima pela ofensa suportada. Ou seja, defende-se que a indenização não deve ser tão pequena a ponto de causar novo dano ao ofendido.

Resta claro que, em virtude da subjetividade do dano extrapatrimonial, não haverá restituição integral ou devolução do bem lesionado ao ofendido. O que deve haver é uma adaptação do princípio para melhor aplicar o princípio ao aspecto subjetivo do dano, procurando ressarcir de algum modo o ofendido pelo dano.

Deste modo, percebe que ambos os princípios são essenciais não só a responsabilidade civil como um todo, mas especialmente aos danos morais, devendo ser observados no momento da aferição da indenização, fazendo com que esta tenha efetividade e possa cumprir com seus objetivos, tornando os danos imateriais um instituto consolidado e aplicado de maneira pacífica.

3.2 Dos Métodos de Fixação da Indenização por Danos Morais

A doutrina em geral aponta dois principais e mais populares métodos utilizados atualmente para a fixação dos danos extrapatrimoniais. São eles o arbitramento judicial, método atualmente utilizado no Brasil e a tarifação legal, existente em algumas legislações internacionais, e que já foi utilizada no país antes da promulgação da Carta Magna de 1988.

3.2.1 O Arbitramento Judicial

Historicamente, um dos grandes motivos da rejeição ao instituto dos danos morais por parte da doutrina eram as objeções feitas em relação à dificuldade em se conseguir apurar o valor do dano, tendo em vista o subjetivismo que é próprio deste tipo de reparação.

Com o advento da carta magna de 1988, foram deixados de lado os métodos de fixação predeterminados. A partir desse momento, o magistrado passou a ser o único responsável pelo arbitramento, sendo este o meio mais eficiente para uma fixação justa, devendo ele com seu prudente arbítrio, observar as particularidades do caso, como a repercussão, as condições financeiras das partes, entre outros.

Sobre o tema, assim dispõe Cavalieri:

Antes da Constituição de 1988 vários dispositivos legais estabeleciam critérios para a quantificação do dano moral. Os tribunais, reiteradamente, adotavam o critério previsto no art. 84, § 12, do Código Brasileiro de Telecomunicações, que manda fixar a indenização entre 5 e 100 salários mínimos para as hipóteses de calúnia, difamação ou injúria. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.104).

O Código Civil de 1916 previa em seu artigo 1.553 que a Liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos seriam fixadas por arbitramento a indenização. No entanto, este artigo não possui qualquer correspondência no diploma civil de 2002. Já o código de processo civil de 2015, em seu artigo 509, I, deixa clara a opção do legislador pelo arbitramento no caso dos danos morais, ao prever que a liquidação será feita por arbitramento quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação.

Interpretando tal disposição, assim afirmam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Ora, o objeto da liquidação da reparação pecuniária do dano moral é uma importância que compensa a lesão extrapatrimonial sofrida. Não há como evitar a ideia de que, efetivamente, a natureza do objeto da liquidação exige o arbitramento, uma vez que os simples cálculos ou os artigos são inviáveis, na espécie. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 496).

O arbitramento consiste na discricionariedade do magistrado, com base no arbítrio e bom senso, determinar o valor da indenização, não sendo este obrigado a observar qualquer pré-disposição legal ou jurisprudencial quanto ao valor devido.

Hoje, grande parte da doutrina defende este método de fixação dos danos morais, tendo em vista que é o magistrado quem tem contato direto com as provas dos autos, ouve o testemunho das partes, e, portanto, possui uma noção maior da extensão do dano, estando, portanto, apto a valorar de forma mais sensível a indenização.

No entanto, o que se tem percebido é um grande número de recursos endereçados as instâncias superiores a fim de questionar o valor do dano determinado pelo magistrado do juízo *a quo*. Isso ocorre devido a grande disparidade entre indenizações de diferentes tribunais e varas, ou até mesmo decisões de um mesmo magistrado que, ao decidir sobre um caso similar, aplica indenizações muito distintas, fazendo com que por muitas vezes o caso chegue ao Superior Tribunal de Justiça, tendo este reformado apenas as decisões fixadas em valores irrisórios ou exorbitantes.

Conforme dispões Ieda Uema Fontes: “Ainda que existam situações análogas, dificilmente há situações idênticas, portanto, é mais do que razoável que haja julgados com valores diferentes, condizentes com cada caso concreto e, portanto, variantes.” (FONTES, 2009. p.65). O que ocorre é que, ainda em situações análogas, mesmo se permitindo uma valoração diferente por serem casos e ofensas distintas, tem se aplicado montantes extremamente díspares.

Este fenômeno tem explicação, segundo a doutrina, em virtude da ausência de critérios preestabelecidos na legislação para que o magistrado baseie sua decisão, fazendo com que a decisão prolatada pelo juiz esteja mais vulnerável a suas escolhas pessoais, linhas de pensamento ligadas a sua formação pessoal, conforme explica Maria Celina Bodin de Moraes:

O problema da racionalidade da decisão, isto é, da possibilidade de exercer sobre ela um controle externo, tem um sentido especial nos casos em que as premissas utilizadas não são pacíficas ou são frequentemente(sic) contestadas, ou, ainda, quando necessitam elas próprias fundar-se num genérico bom senso. Se tais premissas efetivamente podem ser justificadas, M. Taruffo, então, devem sê-lo de modo a permitir o raciocínio lógico do magistrado possa a ser acompanhado. Assegura-se, assim, aos jurisdicionados a ausência de escolhas intuitivas e das conseqüentes (sic) decisões arbitrárias,

permitindo que a decisão judicial sirva de indicação para hipóteses semelhantes. A explicitação da motivação, com a análise dos fatos, em toda a sua extensão e profundidade, é mais necessária nessa fase, em que as disparidades teleológicas são ainda muito frequentes se os valores indenizatórios, atribuídos a acontecimentos homólogos, divergem sobre maneira sem qualquer justificativa. (MORAES, 2003, p.270).

Ou seja, como o magistrado é livre para arbitrar o valor que entenda justo, observando os critérios que ele entende ser ideais, pode ocorrer de um juiz seguir uma corrente de pensamento em relação aos critérios que devem ser utilizados e outro seguir outra corrente de pensamento, o que pode causar uma grande insegurança jurídica.

Logo, o que se verifica é uma necessidade da própria jurisprudência definir quais os critérios serão utilizados na construção do valor da indenização, como por exemplo, se deve ser utilizado o caráter pedagógico, se deve ser considerada a capacidade econômica das partes, entre outros, inclusive, similares ou iguais aos apontados pela doutrina.

Parte da doutrina apontou como solução para esta problemática a instituição de um tabelamento legal, ou criação de teto máximo para indenização, técnicas que já foram utilizadas por legislações especiais antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Mas, como se estudará de maneira mais aprofundada no próximo tópico, se revelam ineficazes.

O arbitramento foi até hoje o método mais eficiente de fixação dos danos morais, porém a falta de sistematização dos critérios a serem utilizados pelo magistrado tem transformado o arbitramento em arbítrio.

O magistrado deve lembrar que tem o dever de fixar o quantum indenizatório com prudência e bom senso, sob pena de torná-lo injusto e insuportável, comprometendo a imagem da justiça. O dano não pode de forma alguma ser fonte de lucro por qualquer das partes. O julgador, ao fazer a sua valoração deve se atentar a critérios, que ainda que sejam subjetivos, norteiam e limitam o seu poder de estabelecer quantia fora da realidade do caso.

Sobre este assunto, dispõe brilhantemente Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho:

Pode-se concluir que não há ainda, em nosso Direito, sistematização de critérios. Em muitas decisões simplesmente não se indicam os

critérios – os critérios inexistem. Em outras, encontram-se alguns indicativos, utilizados, no entanto, isoladamente, em um ou outro caso. (MONTEIRO FILHO, 2000, p.270)

Conclui-se então que, necessário atualmente em relação aos métodos de fixação dos danos morais não é a criação de um teto legal, como se verá adiante, mas que se estabeleçam critérios, assim como os previstos pela doutrina, para que o magistrado no momento do julgamento possa nortear sua atuação, justificando sua utilização ou não, sem afastar sua liberdade de arbitramento, tornando as decisões judiciais mais lógicas e dentro de uma realidade que traga segurança jurídica para as partes, que terão maior possibilidade de um julgamento justo.

3.2.3 Problemática da tarifação legal e criação de teto legal

Como forma de solucionar a problemática exposta nos tópicos anteriores, inexistência de critérios pré-definidos na legislação para a fixação do dano moral, assim como a disparidade de indenizações para casos similares, alguns autores têm proposto a criação de uma espécie de tarifação legal do dano, ou seja, tabelar o valor do dano para cada tipo de ofensa extrapatrimonial. Outros preferem a criação de um teto legal para cada tipo de dano.

Quanto a isso, Ieda Uema Fontes explica:

A criação de critérios que norteiem a atividade judicante é apresentada como solução para se fazer cessar a proliferação de decisões díspares. Outros defendem a necessidade de se fixar tetos legais para reparação de danos morais como solução para o problema (FONTES, 2009. p. 66).

Apesar de não existir atualmente no ordenamento jurídico pátrio, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 a tarifação do dano era comum no judiciário, tendo o país, inclusive, sido signatário de convenções internacionais que previam tal instituto. A tarifação significa prever de maneira anterior o valor do dano, ou seja, a própria legislação especial definir o valor devido para cada espécie de dano imaterial sofrido.

Assim, a valoração do dano seria feita pelo legislador e não mais pelo magistrado, que não verificaria as condições em cada caso concreto, mas de forma

geral para cada tipo de ofensa, sendo que uma ofensa considerada mais grave teria valor mais alto e uma ofensa de menor potencial, um valor menor.

Outra solução apontada como menos gravosa é a criação de um piso mínimo e um teto máximo para cada tipo de ofensa moral. Nesse caso, ao invés do legislador estabelecer um valor pré-definido ele define um valor mínimo e outro máximo para cada tipo de dano, não podendo o magistrado, nessa hipótese, fixar valor maior que o teto ou menor que o piso estabelecido na lei.

A valoração, portanto, seria feita tanto pelo legislador como pelo magistrado, que teria maior liberdade para observar as particularidades do caso, e teria também parâmetros pré-definidos para se basear no momento do arbitramento.

O autor Ronaldo Alves Andrade dispõe sobre essas teorias:

Entendemos que nem mesmo a criação de um teto máximo para a fixação do dano moral parece viável. A ideia de criação de teto traduz em realidade o receio demonstrado pelo autor do que denominou 'industrialização do dano moral', em caso concreto em relação ao qual entendeu ser inadequada a fixação de indenização em valor que reputou exagerado. (ANDRADE, 2011. p.37).

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) e a Lei de Imprensa (Lei 5.520/67), legislações anteriores a Carta Magna de 88, adotaram valores mínimos e máximos para a indenização por danos imateriais, ou seja, o piso e o teto legal.

Humberto Theodoro Junior defende a aplicabilidade destes meios de fixação do dano:

[...] para evitar o excesso de subjetivismo dos julgadores que, fatalmente, levaria à ruína o princípio constitucional da isonomia, o melhor caminho, de *lege ferenda* seria o de dispor-se em lei acerca de parâmetros e tarifas, sempre flexíveis para que as peculiaridades de cada caso concreto pudessem também ser valorizada pela sentença. E arremata que (...) enquanto isto não ocorrer, a sociedade ficará intranquila e submetida aos rumores e tendências pessoais de cada juiz. Casos absolutamente iguais receberão tratamento absurdamente diverso. As causas de dano moral se apresentarão, como é habitual, com um caráter puramente lotérico. (THEODORO JUNIOR, 1998. p.14).

Após a promulgação da Constituição iniciou-se discussão se os dispositivos que estabeleciam o teto legal nas legislações seriam constitucionais, o que foi encerrado com a edição do enunciado de súmula 281 do STJ que fixou a

inaplicabilidade da lei de telecomunicações para tarifar o dano moral, conforme dispõe Sergio Cavalieri: “Após a Constituição de 88, entretanto, não mais prevalece nenhum limite legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.104). Que completa: “A matéria está hoje sumulada no Superior Tribunal de Justiça no verbete nº 281: ‘A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa’.”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.105).

Atualmente, é pacífico, até pela previsão no artigo 944 do Código Civil (BRASIL,2002), que a indenização é medida pela extensão do dano, mesmo que este critério não seja exclusivo para a quantificação. Assim, a valoração do dano moral não deve obedecer qualquer limitação legal.

Existem algumas problemáticas em relação à criação de uma tarifação legal ou mesmo de um teto legal para as indenizações por danos morais. Tarifar o dano seria ignorar todas as particularidades que cada caso traz consigo. Seria deturpar totalmente os danos morais, trazendo um critério completamente objetivo para um instituto subjetivo por natureza. Além disso, seria impossível prever todos os casos de ofensa moral para se definir um valor a ser observado pelo magistrado, que teria seu papel reduzido a verificar a existência do dano, e quando demonstrado, aplicar a indenização já prevista e sabida pelas partes.

Ronaldo Alves Andrade critica a aplicação de tarifação legal afirmando:

Como já dito, a tarifação legal seria mera e prosaica substituição da valoração judicial pela valoração do legislador e estaria a impor limite linear de indenização para situações absolutamente dessimétricas, não afastando a possibilidade de valoração inadequada do dano moral.” (ANDRADE, 2011. p.37).

Outra grande problemática a essa hipótese é que, sendo pública a “penalidade civil” que lhe seria aplicada após a prática da ofensa, o ofensor poderia ponderar o custo-benefício de se praticar o dano, podendo inclusive obter lucros com práticas civilmente ilegais. Ou seja, o autor da ofensa pode medir as consequências do seu ato e decidir que vale à pena praticar o ato lesivo.

Quanto a isso, explica Ieda Uema Fontes:

Ressalte-se que o conhecimento prévio do quantum pode conduzir os possíveis autores das lesões a assumir o ônus correspondente, de modo deliberado, desrespeitando intencionalmente os bens

jurídicos. Em muitos casos, a conduta lesiva pode valer a pena. Note-se o exemplo de uma revista sensacionalista de grande circulação nacional que publica uma notícia inverídica sobre um artista. A empresa pode perfeitamente calcular o quanto lucraria com a venda de exemplares, e o quanto lhe custaria pagar uma indenização [...] (FONTES, 2009. p. 91).

Assim, percebe-se que em nenhuma destas formas apresentadas como solução à disparidade das indenizações aplicadas em virtude da ausência de previsão legal sobre os critérios que devem nortear a valoração da indenização. Os critérios acima apresentados pecam, principalmente, por serem tentativa de tornar objetivo um instituto que tem a subjetividade em sua natureza, e que deve buscar a especificidade de cada caso para que se torne justo.

3.3 Critérios de fixação apontados pela doutrina

É sabido que, como apontado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, assim como outras leis infraconstitucionais específicas, a exemplo do código de defesa do consumidor, passaram a prever expressamente a possibilidade de se reparar danos extrapatrimoniais sofridos. No entanto, apesar dessa previsão, nenhuma das legislações determinou de modo expreso a maneira como se daria a valoração desses danos, ou seja, quais deveriam ser os critérios considerados para se chegar ao valor devido pelo ofensor à vítima.

O diploma civil previu, sim, que o valor do dano seria aferido por meio de arbitramento judicial, ou seja, a partir desse momento, o magistrado passou a ser o único responsável pelo arbitramento, que deverá fazê-lo, claro, observando as particularidades de cada caso, e utilizando-se da sua prudência e bom senso, sob pena de torná-lo injusto e insuportável, comprometendo a imagem da justiça.

O código civilista trouxe também, em seu artigo 944, que a indenização seria medida pela extensão do dano. Porém, resta claro que tal disposição não é suficiente para orientar o magistrado no momento da valoração. Assim, com o vazio legislativo quanto aos critérios que deveriam ser utilizados pelo magistrado no momento da fixação da indenização, e da alta carga de subjetividade existente em relação aos danos morais, doutrina e jurisprudência passaram a definir quais seriam estes critérios.

Os critérios apontados pela doutrina são variados e tentam, de algum modo, facilitar a tarefa do aplicador do direito responsável por valorar dano. Dentre os

principais, são quase unanimidade entre os doutrinadores os critérios da vedação ao enriquecimento sem causa e à indenização simbólica, o grau de culpa do ofensor, a situação econômica da vítima e do agente causador do dano, a intensidade do dano e sua repercussão no meio social, e alguns ainda tratam da possibilidade de reincidência o do caráter punitivo da indenização.

Dentre os principais autores, destaque-se os critérios apontados por Maria Celina Bodim de Moraes:

[...] com poucas variações, podem ser considerados aceites os seguintes dados para avaliação do dano moral: (i) o grau de culpa e intensidade do dolo do ofensor (dimensão da culpa); (ii) a situação econômica do ofensor; (iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (amplitude do dano); (iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica) e (v) a intensidade de seu sofrimento (MORAES, 2003. p. 296-297).

Além desses, Rizzatto Nunes e Mirella Caldeira dispõem em sua obra os critérios que entende que devem ser observados:

- A natureza específica da ofensa sofrida;
- a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do ofendido;
- a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido;
- a existência de dolo, por parte do ofensor, na prática do ato danoso e sua culpa;
- a situação econômica do ofensor;
- a posição social do ofendido;
- a capacidade e a possibilidade real e efetiva de o ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falha;
- as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido (NUNES e CALDEIRA, 1999. p. 4)

E, por fim, Sergio Cavalieri Filho:

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.105).

Percebe-se que grande parte dos autores dá destaque ao critério, que também é considerado um princípio, da vedação ao enriquecimento sem causa do ofendido, assim, entendem que a indenização arbitrada não pode de forma alguma ser fonte de lucro, ou seja, ser fixada num valor muito superior a capacidade da

vítima, sob pena de estar praticando uma injustiça, devendo a fixação observar também o princípio da razoabilidade. Cavalieri Filho explica:

Não me parece, data venia, haver a menor parcela de bom-senso, a menor parcela de razoabilidade, na fixação de uma indenização por dano moral em valor muito superior à indenização pelo dano material a que faria jus a vítima, durante toda a sua sobrevivência, caso lhe resultasse a morte ou incapacidade total. Não vejo como uma indenização pelo dano moral possa ser superior àquilo que a vítima ganharia durante toda a sua vida. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.106).

Alguns autores inclusive defendem, em obediência a este critério da vedação ao enriquecimento sem causa, que duas pessoas que sofreram o mesmo tipo de dano e com a mesma intensidade, mas que estejam em situações econômicas muito distintas, recebam indenizações em valor diferentes, sendo que a vítima com maior capacidade econômica deve receber montante maior.

Alguns autores, a exemplo de Maria Celina Bodim de Moraes têm criticado em demasia este critério, afirmando, inclusive que ele tem sido utilizado por magistrados para diminuir o valor do quantum indenizatório, sobrepondo o critério da vedação ao enriquecimento sem causa a outros mais importantes, como a intensidade do dano e a gravidade da conduta. (MORAES, 2003)

Com efeito, é nítido que apesar de válido o critério da vedação ao enriquecimento sem causa do ofendido, este deve ser aplicado dentro de princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, não podendo se sobrepor a outros critérios mais importantes e basilares da responsabilidade civil, sob pena de ofensa a princípios como os tratados em capítulo anterior, da preocupação prioritária com a vítima e da reparação integral. Ou seja, diminuir o valor da indenização para adaptar ao contexto social da vítima, pode torná-la vazia, e causar um novo dano a vítima, ferindo, entre outras coisas, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Finalizada esta discussão, deve-se destacar que, defender a utilização de critérios a serem utilizados no momento da valoração do dano imaterial não significa levantar a bandeira da tarifação do dano ou de utilização de critérios exclusivamente objetivos. Pelo contrário, deve-se respeitar a subjetividade deste instituto e determinar que existam critérios, tanto subjetivos quanto objetivos, de tamanha relevância, que não pode o magistrado ignorá-lo ou sobrepor outro de menor importância a estes, sendo obrigatória a sua observância no arbitramento dos danos morais.

3.4 Método bifásico de fixação do dano moral

Além dos métodos já expostos, o Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados tem passado a adotar um novo meio para fixar o valor da indenização por danos extrapatrimoniais, o chamado método dual ou bifásico.

De acordo com este método, o magistrado, após realizar pesquisa de casos semelhantes, faz uma média do valor das indenizações costumam ser aplicadas para o caso e o utiliza como referencial médio de valor, para, em seguida, majorar ou minorar a indenização, à luz das peculiaridades do caso concreto, como explica Pablo Stolze Gagliano:

Pelo método bifásico, fixa-se inicialmente o valor básico da indenização, levando em conta a jurisprudência sobre casos de lesão ao mesmo interesse jurídico. Assim, explicou o ministro, assegura-se 'uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes'. Em seguida, o julgador chega à indenização definitiva ajustando o valor básico para mais ou para menos, conforme as circunstâncias específicas do caso. (GAGLIANO, 2011. p. 2).

Ou seja, criou-se um sistema de definição do valor do dano similar ao direito penal, onde na primeira fase se fixa um valor base, considerando principalmente os precedentes sobre a matéria, e na segunda fase, observa-se as peculiaridades do caso julgado, como a condição financeira das partes, a gravidade do fato e a conduta do ofensor, a natureza da ofensa sofrida, a repercussão da ofensa, entre outros critérios estabelecidos pela doutrina.

Assim, após fixado o valor referência na primeira fase, na segunda o magistrado, com base nos critérios utilizados, poderá tanto majorá-lo quanto minorá-lo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

No STJ a utilização do método já é pacífica em se tratando de danos morais, inclusive com julgados muito recentes, senão veja:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INJUSTIFICADA DE CUSTEIO DE TRATAMENTO VIA HOME CARE. DANO MORAL. IN RE IPSA. ENTENDIMENTO DOMINANTE DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CARACTERIZADO. SIMILITUDE FÁTICA. EXISTENTE. **CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO DO MÉTODO BIFÁSICO.** PLENAMENTE CABÍVEL. PRECEDENTE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (AgInt no REsp 1632742/DF,

Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017) (destacou-se)

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR POR AFOGAMENTO. RESPONSABILIDADE DO CLUBE PELA FALHA NO SERVIÇO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO. MÉTODO BIFÁSICO. NÚCLEO FAMILIAR SUJEITO DO DANO. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PENSÃO MENSAL DEVIDA.

1. O clube recreativo que possui em sua estrutura piscinas e lagoas é responsável pelo afogamento e óbito de criança em suas dependências, quando comprovada falha na prestação do serviço, configurada pela não adoção de medidas preventivas adequadas ao risco de sua fruição: segurança dos banhistas, salva-vidas, boias para a indicação da parte funda da rasa do lago, profissional médico, aparelho de respiração artificial.

2. O Superior Tribunal de Justiça, quando requisitado a se manifestar sobre o arbitramento de valores devidos pelo sofrimento de dano moral, deve interferir somente diante de situações especialíssimas, para aferir a razoabilidade do quantum determinado para amenizar o abalo ocasionado pela ofensa

3. **O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo**, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano.

Traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso.

4. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos).

5. Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz.

6. Ainda na segunda fase de fixação, tendo em vista tratar-se de um núcleo familiar como titular da indenização, há que se ponderar acerca da individualização do dano, uma vez que um evento danoso capaz de abalar o núcleo familiar deve ser individualmente considerado em relação a cada um de seus membros (REsp 1127913/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, DJe 05/08/2014) 7. Conforme a jurisprudência do STJ, a indenização pela morte de filho menor, que não exercia atividade remunerada, deve ser fixada na forma de pensão mensal de 2/3 do salário mínimo até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1332366/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 07/12/2016) (destacou-se)

No mesmo sentido é a posição de alguns tribunais do país, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual já tem adotado o método bifásico para valorar os danos morais, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. ENSINO PARTICULAR. COBRANÇA VEXATÓRIA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM. MÉTODO BIFÁSICO. **Evidenciada a possibilidade de aplicação do método bifásico de apuração dos danos extrapatrimoniais** (STJ, R.Esp. nº 710.879/MG), considerados os parâmetros estabelecido pela jurisprudência para casos assemelhados (grupo de casos) e consideradas, na proporcionalidade estabelecida em concreto, as características fáticas e jurídicas do caso, tenho como suficiente o valor fixado pelo juízo a quo, para compensar a violação a um direito subjetivo identificada em concreto. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70061178638, Quinta Câmara Cível - Serviço de Apoio Jurisdição, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Claudia Cachapuz, Julgado em 08/04/2015). (TJ-RS - AC: 70061178638 RS, Relator: Maria Claudia Cachapuz, Data de Julgamento: 08/04/2015, Quinta Câmara Cível - Serviço de Apoio Jurisdição, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/04/2015) (destacou-se)

Deste modo, percebe-se que se utilizando esse meio de valoração e fixação da indenização, o magistrado continuará podendo arbitrar o quantum indenizatório de forma livre, porém, amparado em precedentes jurisprudenciais sobre o tema, dando maior segurança jurídica na fixação das indenizações, pois fornecerá um arbitramento equitativo para casos semelhantes, mas sem deixar de observar as especificidades do caso, garantindo que o tema haverá tratamento individualizado, tanto para a conduta do ofensor, quanto para o dano sofrido pelo ofendido.

4 DANO MORAL PUNITIVO E A DICOTOMIA ENTRE O CARÁTER PUNITIVO E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO LESIONADO

4.1 O dano punitivo (*punitive damages*)

Antes de adentrar ao mérito de quais as funções desempenhadas pela doutrina do *punitive damages* e a maneira de quantificá-lo, cumpre fazer alguns apontamentos gerais sobre esta doutrina.

Apesar de alguma discussão quanto ao nascedouro do *punitive damages*, onde alguns autores remetem inclusive ao Código de Hamurabi, resta inquestionável que este instituto se desenvolveu e ganhou corpo e dimensão com o sistema do *common law*, o sistema jurídico que tem como principais fontes do direito os costumes e precedentes judiciais.

Os autores que estudaram este instituto na sua essência, ou seja, no sistema do *common law* norte americano e inglês, afirmam que o dano punitivo se diferencia do *compensatory damages* por, apesar deste também representar uma sanção pecuniária a quem comete ato ilícito, não procura em sua essência compensar a vítima do ato lesivo com a condenação, mas impor ao lesante uma punição pela atitude reprovável ou prevenir que este mesmo ou outro qualquer volte a realizar a mesma conduta futuramente.

Porém, os mesmos autores destacam que o *punitive damages* e o *compensatory damages* são sistemas complementares, ou seja, o dano punitivo é utilizado de forma complementar ao dano compensatório nos casos onde o ilícito praticado pelo ofensor é grave, sendo utilizado para desestimular o ofensor, e em especial a sociedade à prática do ato lesivo. (SERPA, 2011).

Deste modo, percebe-se que ao contrário do defendido por muitos autores, o dano punitivo e o dano compensatório não são formas contrapostas de indenização. Pelo contrário, o dano punitivo hoje é visualizado como um complemento ao compensatório, quando se percebe que este não é suficiente para cumprir sua função social.

4.1.1 *As funções desempenhadas pelos punitive damages*

Após esta breve introdução, onde se pôde conhecer melhor o conceito do *punitive damages*, é imprescindível o estudo das funções desempenhadas por esta doutrina, que tanto tem gerado embates doutrinários.

Para Sérgio Cavalieri Filho, “A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição).” (CAVALIERI, 2012. p.106).

Segundo os defensores da aplicação da doutrina do *punitive damages*, este possui dupla função, sendo uma para o pretérito e outra pró-futuro, punindo o ofensor pela prática do ato lesivo (pretérito) e desestimulando a prática da conduta lesiva tanto ao próprio ofensor quanto a toda a sociedade. (AQUINO, 2007)

Assim explicam Caio Mário e Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho em suas respectivas obras:

Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (vol.II, n.176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) por nas mãos do ofendido um soma que não é o *pretium dolores*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral. (PEREIRA, 1997. p. 317)

[...] devendo a busca de avaliação em dinheiro ser pautada não pela idéia (sic) de equivalência, própria dos danos materiais, mas pela de compensação - para a vítima, através da possibilidade de com o valor recebido obter alguma satisfação que lhe atenua o sofrimento -, e de punição - ao ofensor, através de quantia que lhe desestime a prática de outras atitudes danosas (MONTEIRO FILHO, 2000. p. 114).

Essa dupla função é quase unanimidade entre os doutrinadores, que as apontam como as principais a serem desempenhadas pelo *punitive damages*. Porém, num estudo desta doutrina em sua fonte, Pedro Ricardo e Serpa destaca outras funções que podem ser desempenhadas pelo dano punitivo, ainda que de maneira secundária, como a de justiça pública, educativa, vingativa, e compensatória.

A função de justiça pública traz a ideia de que o *punitive damages*, apesar de ser claramente o instituto do direito privado, pois faz parte da responsabilidade civil, exerce uma função coletiva pois, segundo o autor, atua como um incentivo a sociedade com um todo para que se persiga o fiel cumprimento da lei e o respeito aos direitos subjetivos dos cidadãos, essencialmente quando outros ramos sancionadores do direito, principalmente o penal, não incidam.

Nesta oportunidade se faz imperiosa uma observação de grande relevância, pois muitos autores costumam afirmar que o direito civil não poderia exercer função punitiva, pois seria esta tarefa do direito penal. Porém, como fora brevemente exposto no capítulo 2.3, deve-se lembrar de que o direito penal atende ao princípio da intervenção mínima, sendo a última medida a ser tomada pelo estado, quando os demais ramos sancionadores, a exemplo do direito civil e administrativo, não forem suficientes para o reestabelecimento da ordem jurídica. (SERPA, 2011)

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho ressaltam que existe uma diferença conceitual entre sanção e pena, sendo pena uma espécie de sanção que visa a repressão pública de quem lesiona de interesses sociais tutelados pelo Direito Público. Ou seja, a pena nada mais é que uma espécie do gênero sanção, que visa punir interesses tutelados em geral pelo direito penal. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012)

Já a sanção civil se presta a tutelar interesses do Direito Privado, como a honra pessoal, o bom nome, bens que se violados podem ensejar a indenização por danos morais, conforme explicam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] para que não continuemos a confundir logicamente o gênero “sanção” com a espécie “pena”, eis que esta última deve corresponder à submissão pessoal e física do agente, para restauração da normalidade social violada com o delito, enquanto a compensação (ou mesmo a indenização), pela teoria da responsabilidade civil, são sanções aplicáveis a quem viola interesses privados, como é o caso dos danos morais. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 136).

Ou seja, embora a pena aplicada no direito criminal seja uma espécie de sanção ao praticante do ilícito penal, em nada tem haver esta com a sanção civil, que no caso dos danos morais se apresenta como uma compensação à vítima pela ofensa sofrida.

Assim, conforme explica Pedro Ricardo e Serpa, nas hipóteses em que o ilícito praticado é de natureza apenas civil, não será o Estado o titular dos interesses ofendidos, não sendo este quem buscará a punição pelo ato praticado, e sim as partes ofendidas, que devem procurar o judiciário a fim de se possibilitar a compensação pelos prejuízos sofridos. E é aí, segundo o autor, que aparece a grande importância do dano punitivo, pois em diversos casos a vítima do dano não se sente estimulada ao buscar o judiciário a fim de ter o seu dano compensado, por

entender que a indenização recebida ao final não compensará todos os custos monetários e estresse psicológico dispendido durante uma disputa judicial.

Sendo assim, com a perspectiva de se receber *punitive damages* o ofendido passa a ser estimulado a propor a demanda indenizatória, o que gera um benefício social, pois por muitas vezes existe mais de uma pessoa sofrendo o mesmo tipo de dano, que acaba por ser coibido e desestimulado pelo judiciário com a aplicação do dano punitivo, o que não ocorreria se a indenização aplicada sem o critério punitivo, pois o ofensor poderia até, em algumas ocasiões, indenizar monetariamente as vítimas que procuram o judiciário, mas continuar a praticar o ilícito e até lucrar com esta prática. (SERPA, 2011)

A função educativa, segundo o mesmo autor, está intimamente ligada tanto a punitiva e a preventiva, e defende que os *punitive damages* tem a importante função de educar, tanto o ofensor quanto a sociedade em geral.

D.G OWEN, citado na obra de Pedro Ricardo e Serpa explica a dupla importância desta função, afirmando que em primeiro lugar “a incidência dos *punitive damages* certifica, de um lado, a existência de um determinado direito ou interesse legalmente protegido do demandado, bem como, de outro, o correlativo dever legal, por parte do demandado, de respeitar tal interesse.” (OWEN apud SERPA, 2011. p. 50). E em segundo lugar:

[...] os *punitive damages* proclamam a importância que o Direito atribui àquele interesse violado, bem como a correspondente condenação da Sociedade à flagrante violação do direito decorrente do tipo de conduta levada a cabo pelo demandado. (OWEN apud SERPA, 2011. p. 50).

Em resumo, a função educativa do dano punitivo busca passar a mensagem para a sociedade de que determinadas condutas, desrespeitosas com as normas jurídicas e que violem direitos subjetivos não são toleradas pelo sistema jurídico, e por consequência demonstra para a sociedade o comportamento que é esperado dela.

Por sinal, a função vingativa possui viés diferente, muito mais ligada ao caráter punitivo da indenização. O raciocínio da doutrina que defende a existência desta função na indenização por *punitive damages* é o de que como na quantificação da indenização se levará em conta a gravidade da conduta do agente ofensor para fixar o *quantum*, este critério dá ao dano punitivo um caráter vingativo,

pois quanto maior a gravidade da conduta a indenização assim será mais gravosa ao lesante.

Assim, por permitirem que o ofendido possa satisfazer seus sentimentos de vingança por meio de um procedimento judicial legítimo, realizado sob o crivo do Poder Judiciário e em atenção a todos os princípios e garantias constitucionais, os *punitive damages* exercem uma importante e socializadora função, limitadores que são do exercício da auto-tutela. (OWEN *apud* SERPA, 2011. p. 53)

Sendo assim, além de punir a prática ilícita do ofensor, desestimular a existência deste tipo de conduta, exercer a função de justiça pública, educar a sociedade sobre a ilicitude desta prática, os *punitive damages* trazem em seu bojo também um caráter vingativo, ao obrigar o ofensor a indenizar monetariamente a vítima.

Por fim, além destas funções, é de extrema importância citar a função compensatória, da qual o próprio autor entende haver uma incongruência em sua colocação.

A incongruência se deve ao fato que, sendo o *punitive damages*, como dito anteriormente, complementar e ao mesmo tempo antagônico ao *compensatory damages*, que é quem se preocupa de maneira precípua em compensar a vítima pelos danos sofridos, é contraditório que se diga que o dano punitivo também possui esta função.

Porém, a explicação que se dá é que os *punitive damages* podem exercer função compensatória residual, compensando a vítima por danos que não foram abarcados pelo *compensatory damages*. *Ou seja*, irão se preocupar, como regra, em compensar a vítima pelas despesas que ela venha a ter em virtude do processo judicial. (SERPA, 2011)

Assim, percebe-se que os danos punitivos possuem duas funções principais, das quais não poderá fugir. A de punição ao ofensor e a de desestímulo a reincidência da prática. Além de outras quatro funções chamadas de secundárias que são a de justiça pública, educativa, vingativa e compensatória, todas congruentes no sentido de que os *punitive damages* devem sancionar o ofensor pela prática da conduta que causou dano à vítima.

4.1.2 Critérios para quantificação dos *punitive damages*

Apesar de o presente estudo ter enfoque na utilização dos *punitive damages* nas indenizações por danos morais, é importante destacar que este tipo de dano deve ter uma quantificação distinta da indenização “principal”, para só depois a ele ser agregada. Isso porque os *punitive damages* possuem critérios de quantificação próprios que, apesar de se assemelharem muito aos critérios utilizados para se quantificar os danos morais, são utilizados numa perspectiva diferente, com enfoque em sancionar o ofensor pela conduta.

Assim, também se perceberá que os critérios utilizados são consequência das funções do dano punitivo tratadas anteriormente, guardando grande aproximação com esses.

Tal como acontece em relação à quantificação dos danos morais como um todo, existe uma divergência doutrinária em relação à subjetividade do instituto dos *punitive damages* e sobre a possibilidade de utilizar critérios objetivos para quantificá-los.

O autor Vitor Fernandes Gonçalves defende que manter a natureza subjetiva do instituto, fazendo com que o quantum indenizatório não seja previamente definido, dá a ele maior eficácia, levando-se em consideração que sua finalidade é preventiva, e teria tal fim deturpado caso o agente pudesse prever a o valor que teria que pagar pelo ato ilícito praticado. Ou seja, sendo a imposição da verba indenizatória um ato de desestímulo a prática de um ato futuro, e se apresentando como um evento de consequências incertas para um potencial ofensor, que ainda que não se sinta constrangido em agir de encontro a lei, se sente coagido a cumpri-la um raciocínio puramente econômico, já que tem receio de receber condenação em danos punitivos proporcional a sua conduta. (GONÇALVES, 2005)

Para melhor explicar os critérios utilizados, mais uma vez será utilizada a obra de Pedro Ricardo e Serpa que, sem discordar do supracitado pensamento de Gonçalves, afirma que a despeito do caráter subjetivo do instituto, existem critérios consolidados pela doutrina e jurisprudência, que utilizam a doutrina do *punitive damages*, para quantificá-lo, dos quais o autor entende não ofenderem a subjetividade do instituto, pois não trazem um tabelamento do dano, mas que são de grande valia para a definição do quantum indenizatório, pois norteiam a atividade do

aplicador do direito, utilizando sua função sancionatória, em maior grau, e compensatória, em grau inferior.

As legislações que preveem expressamente o *punitive damages* trazem em seu texto os principais critérios que devem ser utilizados para quantificar a indenização, das quais se destacam a gravidade da conduta do ofensor, a natureza e a extensão dos danos sofridos pela vítima e a capacidade econômica do ofensor. (SERPA, 2011).

Sem dúvida, o principal critério para a quantificação dos danos punitivos é o grau de culpa do ofensor, ou “grau de reprovabilidade” de suas condutas. Sua aplicação é bastante simples, pois decorre de uma lógica proveniente das funções punitiva, educativa e vingativa, anteriormente estudadas. Aqui, quanto maior a gravidade da conduta praticada pelo lesante, maior deverá ser o montante pago à vítima. Ou seja, se o agente pratica um ilícito de grau de reprovabilidade menor pela sociedade, arcará com um valor menor. Porém, quanto maior o grau de repúdio da legislação e da sociedade como um todo àquela conduta, maior deve ser o valor dispendido na indenização.

O critério da natureza e o da extensão dos danos sofridos pela vítima estão intimamente ligados à função compensatória do dano. Aqui se considerará também o grau da lesão sofrida pela vítima.

Como dito anteriormente, tanto a função compensatória como este critério são utilizados em países onde se aplica a “regra americana” do pagamento de custas judiciais. Pedro Ricardo e Serpa explica:

Isso se dá porque, na linha do quanto já exposto, em razão da assim chamada “regra americana”, os custos da litigância não são reembolsados pela parte sucumbente, de modo que a vítima que se viu forçada a demandar para fazer jus aos seus direitos pode não vir a ser integralmente indenizada pelos prejuízos causados pelo ofensor. Na melhor das hipóteses, ainda que seu patrimônio tenha sido reestabelecido no que toca às consequências imediatas do ilícito cometido, os custos da litigância terão sido perdidos. (SERPA, 2011. p. 68)

Assim, a doutrina entende que é minimamente digno que a parte que demanda em juízo, buscando ser compensada pelos danos praticados por terceiro que a ela atingiram, receba indenização que considere em sua quantificação os valores por ela dispendidos para o ajuizamento do feito.

Já o critério da capacidade econômica do ofensor, segundo o mesmo autor, tem relevante importância para a quantificação deste tipo de dano, uma vez que é ele quem determina se as funções punitiva e preventiva estão realmente sendo cumpridas.

Mais uma vez Pedro Ricardo e Serpa explica:

A imposição de punitive damages, para adequadamente desestimular o ofensor, deve impedir que ele venha a lucrar às custas da vítima, devendo-se perquirir, portanto, sobre sua riqueza para que se possa extrair de seu patrimônio todos os benefícios econômicos obtidos em razão das condutas ilícitas punidas. (SERPA, 2011. p. 69)

Explique-se. É através do conhecimento da capacidade econômica daquele que pratica o ato ilícito causador do dano que o magistrado poderá fixar quantia que represente efetivamente punição a ele, e que o desestimele a reincidir na prática. Uma indenização de dez mil reais pode representar efetiva punição à pessoa de classe média, que tem rendimentos mensais pouco superiores a essa quantia. Porém, ao se tratar de uma grande empresa que age ilícitamente ao violar os direitos do consumidor, tal indenização terá valor ínfimo e não cumprirá com suas funções, pelo contrário, estimulará o ofensor a reincidir na prática, pois sabe que o montante que terá que pagar de indenização compensa o lucro obtido com a prática do ilícito.

De igual modo, uma indenização muito superior à capacidade econômica da parte ofensora pode leva-la a falência e exceder as finalidades do dano punitivo.

Por fim, imperioso ressaltar que apenas em casos excepcionais a conduta da vítima deve ser levada em consideração, que, como dispõe o referido autor, são as hipóteses em que a vítima concorre junto ao autor para o resultado do dano. Ou seja, quando sua conduta contribuiu para o resultado danoso. E em segundo lugar, para se aferir o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor, que pode ter grau maior ou menor a depender do grau de riqueza ou miserabilidade da vítima.

Como se percebe, não há nenhuma inovação jurídica em relação aos critérios utilizados, que também são apontados pela doutrina para a quantificação dos *compensatory damages*. Há, sim, uma mudança de paradigma na aplicação desses critérios, que aqui se voltam muito mais para o ofensor que para a vítima.

4.2 Aplicação do critério punitivo-pedagógico no Brasil

Até o momento apresentou-se as funções e características do dano punitivo de maneira geral, com base nas legislações onde esta doutrina é amplamente aplicada, como uma forma de demonstrar a natureza deste instituto. Neste momento, apresentar-se-á a forma como a doutrina e jurisprudência entendem que ele pode ser aplicado no Brasil, onde se afastam alguns aspectos do *punitive damages*, em virtude da legislação brasileira possuir características diferentes das onde o dano punitivo é previsto e aplicado de maneira pacífica, que são legislações de *common law*.

No direito brasileiro, apesar de estar se mostrando uma tendência, inclusive com decisões judiciais utilizando o caráter punitivo da indenização, ainda há um grande embate doutrinário quanto a aplicação do *punitive damages*, especialmente nos moldes aplicados no sistema do *common law* americano. (ARAÚJO FILHO, 2013).

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Raul Araújo Filho explica como este instituto é enxergado no Brasil:

Nos termos em que formulada, a doutrina do *Punitive Damages* informa que a reparação decorrente do dano moral deve alcançar duas finalidades: uma de compensar a ofensa causada à vítima, e outra de punir o autor da lesão, desestimulando-o, de modo a não mais praticar semelhante conduta lesiva e, ainda, servindo de exemplo à sociedade, a fim de que nenhum outro integrante se sinta encorajado a praticar conduta de mesmo jaez. Assim, por meio de um acréscimo econômico significativo no valor da reparação do dano moral, busca-se, além de satisfazer o sofrimento do lesado, punir o ofensor com o pagamento de elevada quantia pecuniária, dando à reparação nítido caráter punitivo-pedagógico. (ARAÚJO FILHO, 2013. p. 7)

Conforme dispõe Cavalieri, aqueles que rejeitam a aplicação do dano punitivo argumentam como óbice para a sua utilização a inexistência de legislação prevendo tal possibilidade, pelo contrário, a legislação brasileira caminha no sentido de vedar tal aplicação. Com isso, alguns autores, procurando contrapor tal argumento realizaram pesquisa no direito comparado, em especial nas legislações onde o *punitive damages* possui maior aplicação, como Estados Unidos e da Inglaterra, encontram a solução nos princípios constitucionais pátrios para que se consiga utilizar este instituto no Brasil, principalmente no princípio que garante a

tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito. (CAVALIERI, 2012).

Porém, existe doutrina que sustenta a incompatibilidade do *punitive damages*, ou mesmo uma figura análoga a ele, com a legislação brasileira, isto é, ainda que o dano punitivo fosse regulamentado expressamente, ele não possui aplicabilidade no direito brasileiro.

Pedro Ricardo e Serpa aborda alguns dos argumentos utilizados para tanto. O primeiro diz respeito à suposta incompatibilidade entre direito civil e punição/sanção. Ou seja, a existência de uma suposta dicotomia entre direito civil e penal na aplicabilidade de dano punitivo, argumentando-se que o aquele deve se preocupar apenas com a compensação dos prejuízos. (SERPA, 2011).

O próprio autor desconstrói esta tese:

Ainda que, em uma primeira análise, a tese ora apresentada possa parecer sedutora, ela não sobrevive a uma análise mais aprofundada, da qual procuraremos extrair duas conclusões: (i) a de que as sanções jurídicas distinguem-se entre si pelas funções que, em caráter primordial, desempenham, e não por suas estruturas ou pelo ramo do Direito no qual se inserem; e (ii) o Direito Privado e, em especial o Direito Civil é repleto de sanções que exercem, primordialmente, função punitiva. (SERPA, 2011. p.186).

Outro argumento reiteradamente utilizado é que tal critério causaria um estímulo à “indústria do dano moral”, ou seja, que a utilização do caráter punitivo ensejaria num impacto na sociedade, fazendo com que houvesse uma ampla busca pelo judiciário para se conseguir uma indenização que não é devida, contando com um acordo judicial ou mesmo com um erro do magistrado.

Quanto a isso, novamente Pedro Ricardo e Serpa destaca:

Em primeiro lugar, e na esteira do quanto acima exposto, é de se notar que o incentivo à “*litigância frívola*” não decorre do uso do instituto da indenização punitiva, mas sim de seu abuso, quer aquele buscado pelos supostos ofendidos, que se lançam ao judiciário à busca de bens da vida aos quais não fazem jus, quer, ainda, aquele perpetrado pelos Tribunais, que, ao cometerem erros judiciais, enviam à sociedade mensagem exatamente oposta à que deveriam: a de que antes de servir de meio de proteção à dignidade da pessoa humana, a indenização punitiva pode servir de meio de locupletamento ilícito. (SERPA, 2011. p. 201).

É nítido que existe a busca pelo judiciário em busca de enriquecimento ilícito através de indenizações indevidas, não só em relação a danos morais punitivos,

mas em qualquer tipo de indenização. Porém, cabe ao judiciário tomar medidas de cunho preventivo, corretivo e repressivo em relação a isso, através de institutos processuais já previstos na legislação, como a condenação em custas processuais, em litigância de má-fé nos casos de medidas repressivas, a possibilidade de revisão de mérito das decisões judiciais ou julgamento improcedente da demanda ilegítima, como formas preventivas e repressivas.

Utilizar este argumento para deixar de utilizar o critério punitivo seria passar à sociedade a mensagem de que não existe confiança no judiciário, ou seja, de que ele não possui meios suficientes para aferir a verdade dos fatos em processos simples como os de responsabilidade civil.

Outros dois fortes argumentos são a incompatibilidade do dano punitivo com a responsabilidade objetiva e a vedação à dupla condenação.

A crítica feita quanto a incompatibilidade do caráter punitivo e a responsabilidade objetiva consiste basicamente na ideia de que nas hipóteses de responsabilidade objetiva, quando não se perquire quanto a existência de dolo ou culpa por parte do lesante, a culpa deixa de ser um critério utilizado pelo magistrado no momento da quantificação do dano, o que tornaria impossível a condenação ao pagamento de indenização com natureza punitiva.

Porém, o já referido autor, apesar de reconhecer como legítima tal argumentação, essa situação pode ser facilmente revertida:

Ainda que seja correta a premissa de que o autor de uma demanda indenizatória fundada na responsabilidade objetiva não ostenta nem o ônus de afirmar, nem tampouco, aquele de comprovar a existência de culpa ou dolo, é certo que nada lhe impede de, caso assim deseje, acrescer à causa de pedir exposta em sua exordial a existência de tais elementos: providência esta que tomará caso pretenda deduzir pedido indenizatório que extrapole os limites do prejuízo suportado, acrescentando-lhe elemento punitivo. (SERPA, 2011. p. 207).

Ou seja, ainda que a lesão sofrida seja hipótese de responsabilidade objetiva do lesante, caso queira o demandante postular a indenização punitiva por parte do ofensor, basta demonstrar a existência de sua culpa grave na ação de gerou o dano, não sendo um óbice à indenização com caráter compensatório e também punitivo.

Por fim, uma crítica bastante recorrente para a aplicação dos danos morais no Brasil é a vedação ao “*bis in idem*”, ou seja, a dupla punição, sustentando-se que

na maioria dos casos a conduta que gera o dano apto a gerar uma indenização de caráter punitivo é também punível penalmente, ou que um mesmo ofensor, num caso onde sua conduta tivesse atingido mais de uma pessoa, poderia ser obrigado a pagar indenização punitiva mais de uma vez.

Para a primeira hipótese, a doutrina apresenta diferentes respostas para desconstruí-la. Em primeiro lugar, defende-se que sendo a sanção civil e a penalidade do direito penal de instâncias independentes, podem ser aplicadas concomitantemente a uma mesma conduta ilícita, mesmo que caracterizadas por uma mesma estrutura, como ocorre na multa administrativa e penalidade criminal. (SERPA, 2011).

Outra corrente, mais amplamente aplicada e mais razoável, defende que em qualquer hipótese é possível à cumulação de duas sanções punitivas de estruturas distintas, destacando que o magistrado deve observar no momento da quantificação da indenização, se existe a possibilidade, prevista em lei, de o ofensor receber condenação de caráter punitivo em outra esfera do direito.

Em relação à segunda hipótese, onde se levanta a possibilidade de com um único ato ilícito o ofensor causar lesão a mais de uma pessoa, o entendimento que prevalece atualmente é que, ainda que exista mais de um ofendido, sendo praticado apenas um ato ilícito, admite-se apenas uma condenação em indenização punitiva, onde o magistrado que arbitrar o valor da indenização deverá levar em consideração que o ato praticado causou ofensa em mais de uma pessoa para aferir o quantum indenizatório. (SERPA, 2011).

Apesar destas críticas e da doutrina mais conservadora entender pela impossibilidade da utilização do dano punitivo no Brasil, a doutrina é maciçamente favorável a esta aplicação. Não só isso, é uma tendência nos países de *civil law* a aplicação do caráter punitivo da indenização. Segundo Riccieri Ferrari Landuche, isso ocorre tanto pela “insuficiência das respostas oferecidas pela responsabilidade civil quando exerce função meramente compensatória, com o montante da indenização limitado ao dano efetivamente sofrido.” (LANDUCHE, 2014. p. 42), quanto pelo fato que a sanção aplicada no âmbito penal deve ser tratada como *ultima ratio*, o que abre espaço para aplicação de sanções no âmbito civil, especialmente da responsabilidade civil.

O próprio autor destaca que os defensores da utilização do caráter punitivo na indenização por danos morais justificam que “a reparação do dano

extrapatrimonial cumpre uma função de justiça corretiva, pois conjuga a natureza satisfatória e a natureza penal da indenização.” (LANDUCHE, 2014. p. 42).

Para referendar essa possibilidade a doutrina brasileira criou a Teoria do Valor do Desestímulo, pela qual a indenização por danos morais deve ser fixada em quantia suficiente para conscientizar o ofensor de não persistir no comportamento lesivo. Carlos Alberto Bittar explica:

Adotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive* ou *exemplar damages* da jurisprudência daqueles países.

Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância, compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. (BITTAR, 1999. p. 232-233)

Esta teoria, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, surge pela necessidade de se aplicar algum tipo de pena ao ofensor, para que a infração praticada por ele não fique impune e, portanto, estimule novas ofensas a direitos de terceiros. Ou seja, a indenização serviria como pena privada aplicada ao lesante em benefício da vítima.

O ministro do Superior Tribunal de Justiça, Raul Araújo Filho dispõe acerca de quando será utilizada a teoria do valor do desestímulo:

Realmente, há casos em que a conduta do agente, tangida por dolo, é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, o que torna seu comportamento particularmente reprovável, ficando o ofendido mais agravado em sua honra e dignidade. Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação com o objetivo de desestimular o autor à prática de novos idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras pessoas também assim não se conduzam. A vítima de dano provocado dolosamente por outrem sofre dano moral mais intenso do que o experimentado por pessoa ofendida por ato meramente culposos. (ARAUJO FILHO, 2013. p.337)

Como foi demonstrado durante o trabalho, não existem na legislação brasileira critérios definidos para a valoração da indenização por danos morais. Porém, o método de fixação, que se dá através de arbitramento e a natureza da indenização, através de compensação, são bem definidos. Além disso, o referido autor destaca que a reparação do dano moral deve observar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, além da vedação ao enriquecimento sem causa previsto no código civil, e, como também prevê o diploma civilista, deve levar em conta a extensão do dano e a gravidade das culpas das vítimas e do ofensor.

É importante consignar o que já foi disposto em capítulo anterior, em que houve uma época em que não se admitia o pagamento em dinheiro na indenização por danos morais, tendo esta caráter apenas simbólico. Porém, com o passar do tempo passou-se a defender que a indenização do dano moral não só era legítima como também necessária, pois evita que o ofensor que pratica ato ilícito causando danos a terceiros fique impune, justificando a indenização por dano moral com fundamento na noção de pena privada.

Assim, ocorre uma aproximação do direito brasileiro com o surgimento do instituto no sistema *common law*, como destaca Mariana Pargendler:

Aliás, nesse aspecto, verifica-se um inegável paralelo com o surgimento da doutrina dos punitive damages na tradição anglo-saxônica. Diante da impossibilidade originária em ressarcir o dano que não deixasse lastros patrimoniais, lançou-se mão da teoria punitiva a fim de não deixar o lesado, nesses casos, sem qualquer amparo por parte do ordenamento jurídico. (PARGENDLER, 2005, p.26).

No entanto, o Brasil, adotou o sistema do *civil law*, seguindo um rumo diferente dos países de predomínio *common law*, não admitindo de maneira direta a função punitiva da responsabilidade civil.

Acontece que, como destaca Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, no direito contemporâneo, percebe-se que o próprio dano moral passou a ser aplicado de forma a não só compensar a vítima em razão das violações a direito de personalidade, como também de forma a punir o lesante, desestimulando a prática da sua conduta. Deste modo, as funções indenizatória, compensatória e punitiva passaram a ser uma só coisa, formando o valor da indenização por danos morais. (VENTURI, 2012)

A autora advoga que a função reparatória na responsabilidade civil brasileira, e especialmente no caso dos danos morais, é insuficiente quando se fala na fixação do *quantum* indenizatório. Assim, a doutrina e a jurisprudência passaram a desenvolver e aplicar o caráter punitivo-pedagógico da indenização, que tem ganhado força no direito pátrio.

Ou seja, apesar do ordenamento jurídico brasileiro não reconhecer formalmente a função punitiva das indenizações, doutrina e principalmente a jurisprudência do país passaram a adotá-la, não como utilizada no direito norte-americano, onde é um instituto autônomo, mas mediante critérios de estipulação, em um inegável caráter sancionatório em diversos julgamentos cíveis. (VENTURI, 2012). Assim, ampliou-se a interpretação da categoria do dano extrapatrimonial, trazendo nele a função punitivo-preventiva da indenização, comportando nesta o caráter sancionatório ao ofensor, e a compensação ao ofendido.

O autor Caio Mário ensina que

[...] na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança. A isso é de acrescentar que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima (PEREIRA, 2012. p. 413-414).

Porém, o próprio autor averte quanto à utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, afirmando que o arbitramento deve ser moderado e equitativo, para que não se busque com ela a captação de lucro, devendo o magistrado, no ato da valoração do valor do dano, levar em consideração àqueles critérios definidos pela doutrina, como o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito.

O Ministro Raul Araújo Filho concorda com o posicionamento do autor, destacando que observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não há ofensa a Constituição Federal quando aplicado o dano punitivo na indenização por danos morais:

De fato, adotada com razoabilidade e proporcionalidade, a aplicação da doutrina do *Punitive Damages* não se mostra ofensiva à Constituição da República. As garantias tratadas nos incisos V e X do art. 5º têm por destinatário o titular do direito à honra, à imagem e à privacidade, expressões do direito fundamental à dignidade humana e dos direitos da personalidade, a quem, em caso de violação, a Carta Magna assegura indenização por dano moral e material. Mas, ao assegurar a indenização, com total ressarcimento do dano sofrido, não proíbe seja também proporcionada à vítima reparação, pelo ofensor, considerando-se o aspecto punitivo-pedagógico com majoração do valor reparatório. (ARAUJO FILHO, 2013. p.337)

Deve-se destacar que a reparação punitiva só é aplicada, no caso brasileiro, quando se considera que o ofensor praticou conduta grave, extremamente reprovável, de forma dolosa ou com culpa grave, excluindo-se a sua aplicação quando o dano sofrido tenha sido causado por ato do qual não se considera reprovável por parte do direito ou da sociedade, mantendo-se apenas o caráter compensatório da indenização.

Sergio Cavalieri coaduna com tal entendimento, adicionando ainda a hipótese onde o ofensor obtém lucro em virtude da prática ilícita:

A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável- dolo ou culpa grave - e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita. (CAVALIERI, 2012. p. 107)

Os tribunais superiores têm sido chamados em algumas oportunidades para se manifestar sobre a utilização do caráter punitivo nas indenizações e adotado posicionamentos diferentes. Por motivos óbvios de que a matéria de que trata as ações indenizatórias, em regra, é de lei infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça se manifesta em mais oportunidades que o Supremo Tribunal Federal, que só trata de ações onde se discute matéria constitucional.

Ressalte-se que o valor da indenização só se sujeitará ao controle do STJ quando fixado em patamar que contrarie a lei ou o bom senso, ou seja, quando fixado de maneira exagerada ou irrisória, fugindo dos ditames legais.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, diferentemente da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, tem diversos entendimentos abaixo colacionados (e também no anexo único deste trabalho, que traz jurisprudência

daquela corte no mesmo sentido) pela utilização do critério punitivo na valoração dos danos morais, conforme se vê *in litteris*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. ILICITUDE NA CONDUTA DA ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. 1. O acórdão recorrido não padece de omissão, contradição ou obscuridade, pois analisou de maneira suficiente e fundamentada todas as questões relevantes à solução da controvérsia. 2. A (eventual) alteração da conclusão do acórdão recorrido quanto à verificação ou não da ilicitude na conduta da administração castrense (postura arbitrária e desvio de finalidade) contra o ora agravante, a ensejar a (suposta) nulidade do ato administrativo punitivo e **o pagamento de indenização por danos morais, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável na via de recurso especial** (STJ - Súmula 07). 3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp. 466.168/RN, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 10.11.2015). 9. Ante o exposto, dá-se parcial provimento Recurso Especial, tão somente, para fastar a multa cominada no julgamento dos Embargos de Declaração. 10. Publique-se. Intimações necessárias. Brasília (DF), 05 de abril de 2017. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR (STJ - REsp: 1419189 PI 2013/0380701-2, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Publicação: DJ 10/04/2017) (destacou-se)

PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. APURAÇÃO DE DOLO, MÁ-FÉ OU CULPA DA CONCESSIONÁRIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. INCIDÊNCIA. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DE COBRANÇA INDEVIDA DE TARIFA DE ÁGUA, ESGOTO E ENERGIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 83/STJ. I - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, que consignou: i) **manter a sentença quanto a fixação da indenização por danos morais em observância da reprovabilidade da conduta da ré, assim como o caráter punitivo e a natureza preventiva da indenização**; ii) apuração de dolo, culpa ou má-fé por parte da concessionária, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07/STJ. II - E pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é obrigatória a restituição em dobro da cobrança indevida de tarifa de água, esgoto ou energia, salvo na hipótese de erro justificável, que não decorra da existência de dolo ou culpa, nos termos do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. III - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83 do Superior Tribunal de Justiça. IV - A Agravante não

apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. V - Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp. 1.348.883/RJ, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 11.3.2016). (destacou-se)

Além do STJ, destaca-se o posicionamento já pacífico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que também entende pela aplicação, como se demonstra nos julgados a seguir colacionados:

APELAÇÃO CÍVEL - DÍVIDA QUITADA - MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO - DANO MORAL CONFIGURADO - VALOR DA COMPENSAÇÃO DE PEQUENA MONTA - MAJORAÇÃO CABÍVEL - JUROS DE MORA - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL - DATA DA CITAÇÃO VÁLIDA. Comprovada a manutenção indevida do nome do autor nos cadastros de restrição ao crédito, é devida a indenização por danos morais. Na fixação do valor da compensação, imprescindível sejam levadas em consideração a proporcionalidade e razoabilidade, devendo ser majorado o valor da condenação **a fim de suprir o caráter punitivo-pedagógico do dano moral, se fixado em valor de pequena monta e que não surta o efeito compensatório pelo dano experimentado pela parte prejudicada.** O termo inicial dos juros moratórios, em se tratando de inadimplemento contratual, deverá se dar a partir da citação válida. (Enunciado n. 83/Superior Tribunal de Justiça). 1º Recurso parcialmente provido. 2º Recurso não provido. (TJ-MG - AC: 10106140022653002 MG, Relator: Veiga de Oliveira, Data de Julgamento: 18/08/2015, Câmaras Cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/09/2015) (destacou-se)

Como visto no capítulo 3.4, apesar de não ser pacífico em sua jurisprudência, já existem alguns julgados do Superior Tribunal que utilizam o método bifásico de indenização, onde o magistrado, ao arbitrar o valor indenizatório, deve fazê-lo em duas fases. Na primeira, utiliza o magistrado fixa um valor base, após realizar uma média do valor das indenizações costumam ser aplicadas para o caso e o utiliza como referencial, e na segunda fase, majora ou minora a indenização, com base nos critérios adotados, observando-se o caso concreto.

Utilizando-se este método de fixação, onde em sua segunda fase pode ser utilizado o critério punitivo, é justo e dentro dos ditames legais, que o magistrado julgador observe a conduta praticada pelo lesante e quando esta for de extrema reprovabilidade, utilize o critério punitivo, a fim de impor ao lesante uma punição pela atitude reprovável ou prevenir que este mesmo ou outro qualquer volte a realizar a

mesma conduta futuramente, além de demonstrar para a sociedade a intolerância do direito para com este tipo de prática.

4.3 A problemática do enriquecimento sem causa do lesionado

A última discussão quanto à possibilidade de aplicação do caráter punitivo na indenização por danos morais no Brasil é a justa preocupação da doutrina em relação à possibilidade da sua utilização causaria um enriquecimento sem causa no ofendido.

Este entendimento é advogado por alguns respeitados doutrinadores, a exemplo de R. D. Pizarro, citado na obra de Pedro Ricardo e Serpa:

Diante de uma perspectiva exclusivamente ressarcitória, deve-se admitir que, como princípio, não é razoável que uma soma em dinheiro referente à indenização punitiva seja entregue à vítima (em particular, quando exceda esse rígido marco ressarcitório que apontamos anteriormente). Quem sofre um dano tem direito a ser ressarcido de maneira integral. Isto significa que dano, qualitativa e quantitativamente, marca o limite do direito à reparação. Diante dessa idéia (*sic*), todo montante superior ao dano real que componha a indenização importa em enriquecimento injusto para o ofendido e num motivo para espoliação para o responsável. (PIZARRO, 1996 *apud* SERPA, 2011. p. 231).

Não há como negar que dar a indenização por danos morais um caráter punitivo, além do compensatório, fará com que a vítima receba quantia maior do que a que o magistrado entende que seria suficiente para compensá-la pelo dano sofrido, para que possa também punir o ofensor pela reprovável atitude lesiva.

Porém, outros doutrinadores entendem que não se pode chamar o valor pago pelo ofensor ao ofendido, a título de danos punitivos que foram justamente sofridos por este, como indevido. Pedro Ricardo e Serpa destaca que, sendo considerado enriquecimento sem causa o fato de um agente obter vantagem de outrem sem negócio ou relação jurídica que o justifiquem ou dispositivo de lei que preveja, levando-se em consideração que a vantagem recebida pelo lesado é fruto justamente da punição do seu ofensor por uma ofensa sofrida por ele, não há como considera-lo como obtenção de enriquecimento sem causa.

Além disso, ainda que se considere existir realmente um enriquecimento sem causa por parte do ofendido, haverá, em verdade, um conflito de princípios, na medida em que, se de um lado o código civil traz o princípio da vedação ao

enriquecimento sem causa, o caráter sancionatório da indenização possui uma importante função social.

Explique-se. Quando se arbitra quantum indenizatório com caráter punitivo o magistrado não busca apenas punir o ofensor no sentido vingativo da palavra, mas também exercer a função educativa da punição, impondo ao lesante uma sanção que o puna pela prática do ato reprovável, o desestimule a reincidir nesta e em outras atitudes danosas, perseguindo o cumprimento da lei e o respeito a direitos subjetivos de maneira fiel, além de educar a sociedade sobre a ilicitude da prática que está sendo punida. Sendo assim, a função punitiva da indenização é de interesse público, alicerçado no princípio que garante a tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito, além de uma importante e socializadora função que é a limitação ao exercício da autotutela.

Deste modo, como se percebe, existe um conflito entre dois princípios. De um lado o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, e o da supremacia do interesse público.

Existem diferentes formas de se solucionar conflitos de princípios ou normas na legislação brasileira. Por exemplo, quando existe conflito entre lei geral e específica sobre determinado assunto, utilizar-se-á a mais específica. Já quando o conflito for entre normas hierarquicamente diferentes, a utilizada será a hierarquicamente superior. Mas quando as normas e princípios possuem o mesmo valor, o método a ser utilizado para dirimir o conflito é a ponderação.

Quanto à ponderação, explica George Marmelstein:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores. (MARMELESTEIN, 2013. P. 378)

No caso em comento, a vedação ao enriquecimento sem causa é um princípio do direito civil, que tem uma justa preocupação em não permitir que qualquer parte de um conflito venha a enriquecer de maneira ilícita. Já o princípio da supremacia é aplicado para garantir que interesses particulares não se sobreponham ao da sociedade como um todo.

Num exercício de ponderação, utilizando-se o bom-senso, é possível utilizar-se o critério punitivo na indenização por danos morais, obedecendo os referidos princípios, desde que se garanta a utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme dispõe Cavalieri:

Em conclusão, após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom-senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido. A dor da mãe que perde o filho não é a mesma daquele que tem seu nome indevidamente lançado no rol dos mal pagadores (SPC) - o que está a indicar que o juiz não pode se afastar dos princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, hoje tidos como princípios constitucionais. Afinal de contas, *jurisprudência* - a obra-prima do juiz - é a junção de duas palavras: *juris* + *prudência* - vale dizer, na base de todas as decisões judiciais há de estar a prudência. (CAVALIERI, 2012. P. 107)

O dano moral é um instituto de natureza subjetiva e isto deve ser respeitado, não podendo esta característica ser desprezada em favor de uma maior facilidade de arbitramento do seu valor.

Deve-se perceber que nos países onde é aplicado, o dano punitivo não gera enriquecimento sem causa porque existem critérios definidos para a sua aplicação, só sendo utilizado este instituto quando a conduta do lesante é altamente reprovável. Além disso, nessas legislações a indenização que possui caráter punitivo é una, ou seja, ainda que o autor, com uma só conduta, cause dano de natureza imaterial a várias pessoas, ele só pagará uma indenização por dano punitivo, que será repartida entre as vítimas, resguardado o ressarcimento que cada uma receberá com a indenização por danos morais.

Assim, se o caráter punitivo da indenização for utilizado com prudência e com critério, atenderá ao interesse público existente na sua aplicação, assim como não desprezará o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa do código civil. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho argumentam: “De qualquer forma, não há como se desprezar que o magistrado deve atuar sempre, no arbitramento de seu valor, com critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.”. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012. p.514), e acrescentam que o caráter punitivo da indenização é objeto de projeto de reforma do código civil:

Lembre-se, inclusive, que o Projeto de Reforma do Código Civil (Projeto n. 6.960/2002 — atual n. 276/2007), acrescentando um parágrafo segundo ao art. 944 do Código Civil, dispõe que “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Com essa parte final, talvez houvesse se explicitado a abertura das portas para a consagração da teoria da indenização do dano moral com caráter punitivo no Brasil. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012. p.513)

Ao regular o tema, o legislador fará com que exista maior previsibilidade, garantindo a segurança jurídica que necessitam as partes numa demanda indenizatória.

A responsabilidade civil tem assumido novo papel nas legislações por todo o mundo, uma vez que se percebeu que, como o direito penal deve ser a *ultima ratio* para a aplicação de penalidades a quem infringe a lei, os meios sancionadores existentes atualmente não são suficientes para assegurar a eficiente tutela preventiva dos interesses e direitos. (SERPA, 2011).

Sendo assim, acredita-se que, por ser um ramo muito mais flexível que os demais ramos sancionadores existentes no direito, tendo como um dos fins o equilíbrio social afetado por condutas reprováveis, tem a responsabilidade civil o condão de atuar para garantir os direitos coletivos, e para tanto é claramente insuficiente o caráter compensatório da indenização, fazendo-se imperiosa a necessidade de adoção do caráter punitivo, utilizado de maneira justa, razoável, proporcional, e com o fim de garantir o interesse público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho abordou a função, espécies e as formas de reparação civil no Brasil, detectando a existência de duas espécies, que são o dano moral e o material; e duas funções principais, a de equivalência, observada nas indenizações por danos materiais, e busca reestabelecer o *status quo ante*; e a função satisfatória, observadas nos danos extrapatrimoniais, que buscam reparar a vítima com uma satisfação “compensatória” pela ofensa sofrida, destacando-se também o levantamento por parte da doutrina de uma terceira função, que é a punitiva.

Consecutivamente, mostrou-se a evolução do dano moral no direito brasileiro, desde a fase anterior a de 1988, quando ainda não havia previsão expressa da reparação extrapatrimonial, mas já era aplicado o instituto utilizando-se como base legislações infraconstitucionais, até o advento da Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, que regularam a matéria de maneira específica, assim como a natureza jurídica dos danos morais, advogando a corrente híbrida sobre os danos morais, que hoje é considerada pela doutrina majoritária como sendo a ideal, já que compreende o caráter compensatório e o punitivo da indenização.

Em seguida, tratando-se da valoração e dos métodos de fixação da indenização por danos extrapatrimoniais, destacou-se que os danos morais devem atender ao princípio da reparação integral e da preocupação prioritária com a vítima, exigindo-se que, ao fixar a indenização, se procure ao máximo compensar a vítima pela ofensa sofrida. Ou seja, que a indenização não seja fixada em quantum tão pequeno a ponto de causar novo dano ao ofendido ou não desencorajar que sofra novo dano, destacando que ambos os princípios devem ser observados no momento da aferição da indenização, fazendo com que esta tenha efetividade e possa cumprir com seus objetivos.

Quanto aos métodos de fixação da indenização, mostrou-se que o método adotado no Brasil é o de fixação por arbitramento, que consiste na fixação do valor por parte do magistrado, tendo este discricionariedade para realizar a valoração com base no arbítrio e bom senso, sem qualquer vinculação. No entanto, apesar de ser defendido pela doutrina como o método mais eficiente, uma vez que é o magistrado que tem contato direto com as provas dos autos, percebe-se que esta liberdade criou insegurança jurídica, em virtude da grande disparidade das indenizações aplicadas entre os diferentes tribunais. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça

passou, em recente julgado (ver anexo) a adotar o método bifásico de arbitramento do dano moral, no qual o magistrado fixa a indenização em duas fases: na primeira, determina o valor base da condenação, observada a jurisprudência do Tribunal; e, na segunda, observa as peculiaridades do caso para aumentar ou diminuir o valor tendo por referência aquele padrão indenizatório.

Além disso, observou-se que não existem na legislação critérios pré-definidos para a observância do magistrado no momento da valoração da indenização, fazendo com que a doutrina passasse a prever critérios para nortear a atividade judicante, destacando-se o grau de culpa do ofensor, a situação econômica das partes e a intensidade do dano. Assim, a fixação destes três critérios específicos demonstrou que existem critérios jurisprudenciais que são de tamanha relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, de forma que não pode o magistrado ignorá-los ou sobrepor outro de menor importância a estes, sendo obrigatória a sua observância no arbitramento dos danos morais em razão do contexto da teoria dos precedentes judiciais que, com base no novo Código de Processo Civil, passaram a ser vinculantes.

Por fim, tratando-se do dano punitivo, identificou-se suas funções e os critérios utilizados para o seu arbitramento. A doutrina aponta duas atribuições principais a serem cumpridas pelo *punitive damages* que são a de desestímulo e a de punição, além de outras que, mesmo em caráter secundário, são importantes para este tipo de indenização, que são a de justiça pública, educativa, vingativa e compensatória. Em relação aos critérios de arbitramento, as legislações que se utilizam do dano punitivo utilizam critérios similares aos já adotados pela jurisprudência brasileira para quantificar a indenização por danos morais, como a gravidade da conduta do ofensor, a natureza e extensão dos danos sofridos pela vítima, e a capacidade econômica do ofensor.

No Brasil, existe grande embate doutrinário quanto à aplicação do dano punitivo. Diante disso criou-se a Teoria do Valor do Desestímulo, que defende a necessidade da indenização por danos extrapatrimoniais ser arbitrada em quantia que conscientize o ofensor de não persistir no comportamento lesivo. Assim, doutrina e principalmente a jurisprudência do país, na qual se destaca o posicionamento em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, passaram a adotá-la, não como utilizada no direito do *common law*, com ênfase nos direito estadunidense, mas apenas quando se considera que o ofensor praticou conduta

extremamente reprovável, de forma dolosa ou com culpa grave, mantendo-se o caráter compensatório da indenização, mas comportando nesta o caráter sancionatório ao ofensor, utilizando-se obviamente de critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Quanto à discussão principal, verificou-se a existência de um conflito de princípios entre o princípio do superior interesse público, existente no caráter punitivo da indenização, e o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa do ofendido. Com isso, concluiu-se que, utilizando-se do bom-senso, é possível a aplicação do critério punitivo na indenização por danos morais, desde que se garanta a observação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sendo assim, a utilização do critério punitivo na responsabilidade civil no sistema brasileiro passa a ser de extrema importância para a sociedade, pois possibilita que seja dada a função educativa a um determinado ramo que alcança condutas fora da esfera do direito penal, procurando sempre o equilíbrio social e garantindo direitos coletivos e individuais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves. **Dano Moral e sua valoração** – 2. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2011.

AQUINO, Renato David Clark de. **Critério de Fixação do Valor da Indenização nas Ações Onde se Postula Apenas Dano Moral**. 2006. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18747>> Acesso em 14 abr. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: Teoria e Prática**. 3ª ed., rev. e atual. Por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição Federal**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado>. Acesso em: 15 mar. 2017

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406>. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2017. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. Lei. 4.117, de 27 de agosto de 1962. **Código Brasileiro de Telecomunicações**. Brasília, 1962. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Lei. 9.520, de 9 de fevereiro de 1967. **Lei de Imprensa**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 227**: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Edição: Imprensa Nacional, 1999, p. 126. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina**: edição comemorativa, 25 anos / Superior Tribunal de Justiça. – Brasília: 2014, 616, p. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/96043/edicao_comemorativa_25_anos.pdf> Acesso em 23 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1.348.883-RJ** –Rel. Min. Regina Helena Costa – Julg. em 11/03/2016. Disponível em: <www.stj.com.br> Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1.629.685** – RS - Rel. Min. Herman Benjamin – Julg. em 05/04/2017. Disponível em: <www.stj.com.br> Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1332366-MS** - 4ª T. – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Julg. em 10/11/2016. Disponível em: <www.stj.com.br> Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1419189-PI** –Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Julg. em 05/04/2017. Disponível em: <www.stj.com.br> Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1575719 - MG** - Rel. Min. OG Fernandes – Julg. em 03/04/2017. Disponível em: www.stj.com.br. <www.stj.com.br> Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 281**. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Edição: Imprensa Nacional, 1999, p.200. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. TJ – MG – **Ap. Cív. N°10106140022653002 - MG** – 10ª Câmara Cível – Rel. Veiga de Oliveira – Julg. em 18/08/2015. Disponível em: <www.tjmg.com.br> Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. TJ – RS – **Ap. Cív.n°70061178638- RS** – 5ª Câmara Cível – Rel. Des. Maria Claudia Cachapuz – Julg. em 08/04/2015. Disponível em: <www.tjrs.com.br> Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ag.Int. no Resp. 1632742-DF** – 3ªT. – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – Julg. em 04/04/2017. Disponível em: <www.stj.com.br> Acesso em: 25 abr. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral** – 4. ed ver., atual e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito** – 7. ed. - Rio de Janeiro: Ambito Cultural, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

FONTES, Ieda Uema. **A fixação do quantum debeat na reparação do dano moral e da indenização tarifada**. 2009.110 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC/SP, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8657>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3. - 10. ed. rev., atual. e ampl. –São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A Punição na Responsabilidade Civil: A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4ª ed. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2013.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. **Elementos de Responsabilidade por dano Moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

NUNES, Luiz Antonio Rizzato; CALDEIRA, Mirella D' Angelo. **O dano moral e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1999.

PARGENDLER, Mariana. **O caráter exemplar da indenização e o Direito Civil Brasileiro: pena privada ou punitive damages**. 2005, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS. Disponível em: <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2004/pargendler.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, atualizador Gustavo Tepedino, 10ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: GZ, 2012.

_____, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. 2011.387f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2011.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

ANEXO ÚNICO

Decisões do STJ

RECURSO ESPECIAL Nº 1.419.189 - PI (2013/0380701-2) RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO RECORRENTE : ESTADO DO PIAUÍ PROCURADOR : LUCIMEIRE SOUSA DOS ANJOS E OUTRO (S) - PI005185 RECORRIDO : QUIRINO NUNES FILHO ADVOGADO : RAÍSSA MORAES CARDOSO SILVA CASTRO E OUTRO (S) - PI008187 DECISÃO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. MULTA APLICADA NA ORIGEM COM BASE NO ART 538 DO CPC. INTUITO DE PREQUESTIONAMENTO. MÁ-FÉ NÃO RECONHECIDA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ACOLHIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, COM BASE NO ACERVO PROBATÓRIO, RECONHECENDO A ILEGALIDADE DO ATO. INVIÁVEL O REEXAME DA QUESTÃO NA SEARA ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DO PIAUÍ PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto com base na alínea a do art. 105, III da Constituição Federal, objetivando a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, assim ementado: REMESSA DE OFÍCIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. CONTRATO DE GESTÃO. PROCESSO SELETIVO. CARGO EM COMISSÃO. INOBSERVÂNCIA DOS TERMOS ASSINADOS NO CONTRATO. DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO DO VALOR DO QUANTUM FIXADO. PROVIMENTO PARCIAL DA 18 APELAÇÃO CÍVEL. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DATA DE SEU ARBITRAMENTO. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. NÃO COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. MANUTENÇÃO, DA SENTENÇA RECORRIDA. No caso in comento, constata-se que o segundo apelante, apesar de ter assumido cargo em comissão, submeteu-se a teste seletivo para o mesmo, que, nos termos da cláusula nona, do contrato de gestão, estabelecida sua continuidade por 2 anos, evidenciando daí, a sua expectativa de permanecer no aludido cargo pelo referido período estabelecido no contrato de gestão, pois, em que pese o presente processo seletivo não garantir a estabilidade em cargos demissionários ad nutum, resta claro que a possibilidade de rescisão estava intimamente ligada a avaliação prévia e o cumprimento das cláusulas do acordo. Com efeito, a rescisão de contrato de gestão, nos termos assinalados da cláusula nove, dar-se-ia se diretor deixasse de cumprir suas cláusulas, o que não foi o caso, assim, a atitude do 10 Apelante em rescindir o contrato no primeiro ano de vigência, ocasionou abalo à imagem do 20 Apelante, configurando, assim, o dano moral. No que pertine ao quantum indenizatório, mostra-se justo e razoável a diminuição do valor arbitrado, a título de indenização, pelo Juiz a quo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dada a falta de critério objetivo, devendo-se valer da equidade e de critérios da razoabilidade e proporcionalidade, atentando para o caráter pedagógico e punitivo

da indenização, de forma que ofereça compensação pela dor sofrida, sem que se torne causa de indevido enriquecimento para o ofendido. Correta a sentença ao determinar que o valor indenizatório seria corrigido com juros de mora a partir do evento danoso e a correção monetária a partir da data da sentença recorrida, em consonância com as Súmulas nº 54 e 382, do STJ. Resta inviabilizado a indenização por danos materiais relativos aos valores que receberia pelo contrato rescindido, por ser o cargo de natureza *ad nutum*. Ausência de análise do pedido relativo à minoração e majoração dos honorários, ante a falta interesse de recorrer sobre o tema, diante da caracterização da sucumbência recíproca, nos termos do art. 21, do CPC, mantendo o entendimento singular da sentença a quo. Recurso conhecidos para dar parcial provimento à 1ª Apelação minorando o valor arbitrado a título de indenização por danos morais de R\$ 10.000,00 para R\$ 5.000,00 e negando provimento a 2ª Apelação, mantendo incólume a sentença em seus demais termos, em parcial harmonia com o parecer do Ministério Público Superior. Decisão por votação unânime. 2. Nas razões do Recurso Especial, sustenta o recorrente, em síntese: (a) a inexistência de dano moral, em razão de não estar comprovada a atuação ilícita do Estado; (b) é descabida a aplicação da multa prevista no art. 538 do CPC, uma vez que os Embargos foram apresentados com fins de prequestionamento da matéria para acesso à instância superior. 3. É o breve relatório. Decido. 4. No que tange às supostas omissões apontadas pelo recorrente, verifica-se da leitura dos autos que o Tribunal de origem tratou com clareza toda a matéria trazida aos autos. Observe-se que, malgrado não ter o Colegiado acolhido os argumentos suscitados pelo recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. Afora isso, julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa às normas ora invocadas. 5. Impende ressaltar que, se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte. 6. Com relação ao art. 538 do CPC, entendo que os Embargos Declaratórios foram opostos com o nítido caráter de prequestionamento, o que, por si só, atrai a incidência da Súmula 98/STJ, segundo a qual Embargos de Declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A oposição de embargos de declaração com o escopo de obter o exame, pelo Tribunal de origem, de alegação apenas implicitamente enfrentada, embora possa não ter o condão de ensejar o provimento dos embargos de declaração, não configura, por si só, conduta reprovável capaz de ensejar a imposição da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. 2. Agravo regimental a que dá parcial provimento (AgRg no Ag 733.502/MS, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 1.2.2011). 7. Por fim, o Tribunal de origem acolheu o pedido de indenização por danos morais, nos seguintes termos: É cediço que a investidura em cargos em comissão ou em função de confiança, é de natureza transitória, sendo o agente exonerável "*ad nutum*" e independente de justificativa do gestor. Entretanto, no caso in comento, constata-se que o 2º. Apelante. apesar de ter assumido cargo em comissão, submeteu-se a teste seletivo para o mesmo, que,

nos termos da cláusula nona, do contrato de gestão (fls. 16/21), estabelecia sua continuidade por 02 (dois) anos, verbis: Evidente, portanto, que havia no Apelante a expectativa de permanecer no cargo pelos dois anos estabelecidos no contrato de gestão, e, em que pese o presente processo seletivo não garantir a estabilidade em cargos demissionários ad nutum, resta claro que a possibilidade de rescisão estava intimamente ligada a avaliação prévia e o cumprimento das cláusulas do acordo. Nesse ínterim, o 2o. Apelante criou uma justa expectativa de se manter no cargo de direção, acaso cumprisse todas as cláusulas do contrato assinado, pois essa é a praxe desenvolvida nas escolas municipais. Com efeito, a rescisão de contrato de gestão, nos termos assinalados da cláusula nove, dar-se-ia se diretor deixasse de cumprir suas cláusulas, o que não foi o caso, assim, a atitude do 1o. Apelante em rescindir o contrato no primeiro ano de vigência, ocasionou abalo à imagem do 2o. Apelante, pois, em que pese aquele ter agido dentro da legalidade, vez que negavelmente se trata de cargo de natureza ad nutum, não rescindiu o contrato nos termos assinados (fls. 234/235). 8. Neste cenário, o que se verifica é que a concessão da indenização por danos morais foi motivada por questões específicas dos autos, amparada no exame das premissas fáticas em que está fundada questão, o que torna inviável a revisão das assertivas firmadas na Corte de origem, a fim de infirmar a existência de danos morais, ante o óbice contido na Súmula 7 desta Corte. Corroborando tal conclusão, os seguintes julgados: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE EFLUENTES PELA CORSAN. MUNICÍPIO DE RIO GRANDE. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. 1. O Tribunal de origem consignou, com base nas provas constantes dos autos, que os recorrentes fazem jus à indenização por danos morais e materiais, haja vista que constam dos autos provas suficientes, capazes de demonstrar a responsabilidade do recorrente pelos danos sofridos, decorrentes da omissão do Estado. Alterar o entendimento do Tribunal de origem, com o escopo de aumentar o valor da indenização fixada, na hipótese, enseja reexame fático probatório dos autos, procedimento vedado pela Súmula 7/STJ. 2. Recurso Especial não provido (REsp. 1.629.685/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 2.2.2017).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.575.719 - MG (2015/0320498-8) RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES RECORRENTE : BANCO DO BRASIL S/A ADVOGADOS : HELENA PATRÍCIA FREITAS - MG079760 YARA MARQUES - MG126480 SERVIO TULIO DE BARCELOS E OUTRO (S) - MG044698N RECORRIDO : NILMA LADEIRA TOSTES ADVOGADOS : ROBERTO JOSÉ COELHO DE PAIVA - MG129684 JOAO LUIZ CORNELIO DA SILVA - MG135934 DECISÃO Vistos, etc. Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco do Brasil S.A., com amparo no art. 105, III, a, da CF/88, contra acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 150): APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. FALECIMENTO DO MUTUÁRIO. DESCONTO NO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE RECEBIDO PELA ESPOSA DO "DE CUJUS". ILEGALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1) A instituição financeira que realiza descontos no benefício de

pensão por morte, sem a autorização da pensionista, com base em débito contraído pelo mutuário que veio a falecer, comete ato ilícito capaz de gerar danos morais indenizáveis. 2) A quantificação do dano moral obedece ao critério do arbitramento judicial, que, norteado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixará o valor, levando-se em conta o caráter compensatório para a vítima e o punitivo para o ofensor, devendo o valor arbitrado observar os princípios da razoabilidade e se aproximar dos parâmetros adotados por este egrégio Tribunal e pelo colendo Superior Tribunal de Justiça. 3) Os honorários advocatícios devem ser arbitrados pelo julgador, tomando por base os critérios estabelecidos no artigo 20 do CPC. O recorrente alega violação dos arts. 327 e 944 do Código Civil; 42 do Código de Defesa do Consumidor; e 2º, § 1º, do Decreto-Lei n. 4.657/42. Sustenta ser inexistente o suposto dano moral suportado pela recorrida, pois afirma que esta pagou voluntariamente as parcelas, não havendo que se falar em ato ilícito, seja por culpa ou dolo, por parte do recorrente. Argumenta, ainda, que o acórdão o condenou a um pagamento exorbitante. Contrarrazões às e-STJ, fls. 178/186. É o relatório. O Tribunal local concluiu pela caracterização de danos morais, sendo, portanto, devida a indenização, conforme se extrai do acórdão (e-STJ, fls. 155/156): Assim, constata-se que a situação sub judice acabou por gerar danos à personalidade da autora, ultrapassando a esfera dos meros aborrecimentos, porquanto o desconto indevido em seu benefício acabou privando-a da quantia de R\$ 4.082,12 (quatro mil oitenta e dois reais e doze centavos) por mais de 32 (trinta e dois) meses após o falecimento do seu marido, restando comprovado os danos morais sofridos pela apelada. Como se pode verificar, para que fosse possível a análise das pretensões recursais, seria imprescindível o reexame dos aspectos fático-probatórios constantes dos autos, o que é defeso em sede de recurso especial ante o que preceitua a Súmula 7 desta Corte. A propósito: PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA DE TELEFONIA. COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS EM CONTA TELEFÔNICA. REPETIÇÃO. ALEGAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que "a inscrição indevida do nome do usuário de serviço público em cadastro de inadimplentes gera o direito à indenização independentemente da comprovação do dano moral. Essa solução, porém, não é a mesma aplicável à situação dos autos, em que inexistente qualquer ato restritivo de crédito, mas apenas falha na prestação ou cobrança do serviço. Nesse caso, conforme a regra geral, o dano moral deve ser demonstrado, não presumido" (AgRg no REsp 1.474.101/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 5/3/2015). 2. Decidir de forma contrária ao que foi expressamente consignado no acórdão recorrido implicaria o necessário revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ. 3. A revisão da verba honorária implica, como regra, reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado em Recurso Especial (Súmula 7/STJ). Excepciona-se apenas a hipótese de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso. 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 737.784/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016) Quanto ao montante fixado a título de indenização pelo dano moral, o entendimento firmado por esta Corte de Justiça é no sentido de que, para se analisar a pretensão recursal, seria necessário o reexame das provas constantes dos autos, o que é defeso na via eleita segundo dispõe a Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Nesse sentido: CONSUMIDOR. FORNECIMENTO DE

ÁGUA. SUSPENSÃO COM AVISO PRÉVIO. DEMORA EXCESSIVA NO REABASTECIMENTO. EXCESSO DE PRAZO SEM PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA AO CONSUMIDOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO INDENIZATÓRIO. INVIABILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária em face da Companhia de Saneamento de Sergipe - DESO, objetivando a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais por ter havido interrupção do fornecimento de água por cinco dias, abstendo-se a empresa de prestar qualquer assistência aos consumidores. 2. O Tribunal de origem consignou que, "considerando que a indenização contém caráter também punitivo, diante do volume de condenações, entendo razoável o importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais), pois o valor estipulado pelo magistrado do 1º grau oneraria excessivamente a empresa fornecedora (DESO), levando ainda em conta que o montante aqui especificado atende também ao caráter compensatório" (fl. 141, e-STJ). 3. A jurisprudência do STJ somente admite a revisão, em Recurso Especial, do valor reparatório dos danos morais quando configurada hipótese de manifesta irrisoriedade ou de exorbitância. 4. In casu, rever o entendimento de que o valor fixado mostra-se adequado para a compensação do abalo sofrido e o cumprimento das finalidades pedagógica e repressiva da punição demanda revolvimento fático-probatório, que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial não provido. (REsp 1.529.820/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/6/2015, DJe 10/8/2015) A admissibilidade do recurso especial reclama a indicação clara dos dispositivos tidos por violados, bem como a exposição das razões pelas quais o acórdão teria afrontado cada um, não sendo suficiente a mera alegação genérica. Dessa forma, levando em conta que a parte se limitou a afirmar que o acórdão recorrido viola o disposto nos arts. 42 do Código de Defesa do Consumidor e 2º, § 1º, do Decreto-Lei n. 4.657/42, o inconformismo apresenta-se deficiente quanto à fundamentação, o que impede a exata compreensão da controvérsia, nos termos da Súmula 284/STF. No aspecto: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA JULGADA PROCEDENTE. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ALEGADA VIOLAÇÃO. SÚMULA 284/STF. OFENSA AO ART. 333 DO CPC/73. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de Ação de Cobrança contra o Município de Paripiranga, na qual a autora pleiteia o pagamento de diferença de 1/3 de férias relativas aos últimos cinco anos. III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão dos Embargos Declaratórios apreciaram, fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. IV. É deficiente a fundamentação do Recurso Especial que alega ofensa ao art. 884 do Código Civil, fazendo-o de forma genérica, sem desenvolver a parte recorrente, em suas razões recursais, argumentos para demonstrar de que modo tal dispositivo fora violado, atraindo, por analogia, a aplicação da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação

não permitir a exata compreensão da controvérsia"). V. Quanto à alegada ofensa ao art. 333 do CPC/73, aferir a suficiência das provas ou verificar se as partes se desobrigaram do ônus probatório que lhes cabia ensejaria, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos, inviável, na via eleita, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte. Precedentes: STJ, AgRg no AREsp 568.056/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/10/2014; AgRg no AREsp 343.646/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/09/2013. VI. Em princípio, descabe ao STJ, à luz do CPC/73, revisar valores de sucumbência fixados nas instâncias ordinárias, pois eles são arbitrados em consideração àquilo que se desenvolveu no processo e mediante juízo de equidade, circunstâncias que não podem ser reavaliadas nesta Corte, nos termos da Súmula 7/STJ. VII. Na hipótese, o Tribunal de origem, atento às circunstâncias a que se refere o art. 20, § 4º, do CPC/73, entendeu que a verba honorária havia sido fixada de forma razoável e proporcional. Tal contexto não autoriza a redução pretendida, de maneira que não há como acolher a pretensão da parte recorrente, em face da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 532.550/RJ, Rel. p/ acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/02/2015; AgRg no AgRg no REsp 1.451.336/SP, Rel. p/ acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 1º/07/2015. VIII. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 719.978/BA, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 1º/9/2016) Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015, não conheço do recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 03 de abril de 2017. Ministro Og Fernandes Relator (STJ - REsp: 1575719 MG 2015/0320498-8, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 05/04/2017)