

Atualidades

DISCUSSÃO SOBRE A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL

RENATA DE PAIVA PUZZILLI COMIN

MARIANA GUIMARÃES BORBOREMA DE SOUSA

1. Introdução. 2. Panorama geral: 2.1 Origens da indenização punitiva – 2.2 A figura dos “punitive damages” nos Estados Unidos – 2.3 A indenização punitiva fora dos Estados Unidos: 2.3.1 O caso da Itália – 2.3.2 O caso da Alemanha. 3. Discussão sobre a indenização punitiva no Brasil: 3.1 Controvérsia sobre a função punitiva da reparação dos danos morais – 3.2 Controvérsia sobre a função punitiva da indenização na jurisprudência. 4. A indenização punitiva em discussão na Câmara dos Deputados e no Senado Federal: 4.1 Projetos que não estabelecem disciplina para a reparação do dano moral – 4.2 Projetos que disciplinam a reparação dos danos morais: 4.2.1 PL 7.124/2002, PL 1.443/2003 e PL 1.914/2003 – 4.2.2 PLS 114/2008 – 4.2.3 PLS 334/2008 – 4.2.4 Emendas substitutivas ao PL 7.124/2002 e ao PL 2.496/2007. 5. Conclusão.

1. Introdução

Há muita discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito da aplicação da indenização punitiva no âmbito da responsabilidade civil, a despeito de inexistir previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Vítor Fernandes Gonçalves, a expressão *punitive damages* representa uma quantia conferida em favor da vítima de um dano em ação civil proposta contra o agente do ato danoso. O autor destaca: “(...) denomina-se ‘indenização’ ao dinheiro que se outorga a uma parte em uma ação civil proposta em face da causação de um prejuízo (...). Por conseguinte, a tradução mais correta para a expressão *punitive damages* é ‘indenização punitiva’” (Gonçalves 2005:24).

O item 2 deste artigo apresenta um panorama geral do instituto da indenização punitiva, origem histórica e aplicação no âmbito internacional, com análise dos ca-

sos norte-americano, italiano e alemão. Na item 3 será analisada a controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência no Brasil sobre a indenização punitiva, com análise de sua aplicação enquanto função da reparação de danos morais. No item 4 serão examinados os principais projetos de lei em andamento na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que instituem regramento da reparação do dano moral e discutem a introdução, ou não, do caráter punitivo.

2. Panorama geral

2.1 Origens da indenização punitiva

A idéia de que a função primordial da responsabilidade civil é indenizar a parte lesada, via reposição ao estado anterior ao ato lesivo, é algo relativamente recente. A regra romana do *neminem laedere* foi reinserida no pensamento jurídico moderno

pelo Direito Canônico, que considerava pecado a violação de direito – ou seja, o respeito ao próximo era um preceito para a convivência em sociedade e a reparação do dano um dever jurídico essencial (Moraes 2003:203-205).

Nas sociedades primitivas os atos lesivos geravam o sentimento de vingança, e as penas tinham como objetivo central castigar o ofensor fisicamente e moralmente. As leis no Estado primitivo institucionalizaram uma forma de vingança autorizada, mas que não divergia da vingança privada (Reis 2002:128-130).

Posteriormente o Estado verificou que as penas de caráter pessoal geravam desarmonia social e enfraquecimento do próprio poder estatal, e as normas punitivas foram sendo gradativamente substituídas pelas normas reparatórias (Reis 2002:131-136). Coube ao Direito Romano a substituição da idéia de vingança privada por aplicação de sanções, com o intuito de punir o responsável pelo dano e, conseqüentemente, ressarcir a vítima (Costa/Pargendler 2005:17).

O processo punitivo foi sendo gradualmente aprimorado, e na tradição romano-germânica houve um processo de despenalização visando a limitar a obrigação reparatória aos danos efetivamente sofridos bem como a eliminar a idéia de grau de culpa do ofensor como elemento para a fixação da indenização. Entre os fatos que levaram à separação entre indenização e pena pode-se citar a influência dos ideais de justiça defendidos pela Igreja Católica, que condenava a transferência injustificada de valores de uma pessoa para outra (Costa/Pargendler 2005:18).

Outro fator importante foi a contraposição entre o público e o privado resultante dos ideais liberais, que defendiam a liberdade do cidadão e a plena autonomia dos agentes econômicos privados. E, desta forma, a retirada do caráter punitivo da indenização deixava claro que a aplicação da pena estava restrita aos atos ilícitos rele-

vantes para o Estado.¹ Tal processo conduziu à eliminação da função punitiva do âmbito da responsabilidade civil bem como à uniformização do ressarcimento em caso de dolo ou culpa. Esse é o entendimento vigente no Código Civil brasileiro – conforme disposto no *caput* do art. 944.²

O caminho evolutivo traçado acima não se aplica à tradição anglo-saxônica ou *Common Law*, pois esta não afastou o caráter punitivo da responsabilidade civil, tendo o aprimoramento do instituto transformado a pena em um instrumento preventivo, cuja finalidade de punir visava a evitar práticas ilícitas (Costa/Pargendler 2005:19).

Na legislação inglesa o caráter punitivo da indenização do dano passou a embasar a arbitragem dos valores devidos pelos agressores, desde que os atos lesivos não fossem diretos ou intencionais. Nesta perspectiva, o ofensor era obrigado a reparar um valor múltiplo ao valor do dano causado; era a chamada “indenização múltipla”. É dentro dessa concepção que se encaixa a figura dos *punitive damages* ou *exemplary damages* (Costa/Pargendler 2005:19).

O *Common Law* prevê diversas modalidades de indenização (*damages*), que apresentam denominações e objetivos próprios. Entre tais modalidades destacam-se: (i) *compensatory damages*, quando o objetivo é a compensação das perdas e danos comprovados; (ii) *nominal damages*, quando não há dano substancial ou sua extensão não é demonstrada; (iii) *general damages*, quando o dano causado não pode ser avaliado pecuniariamente e independe de comprovação; (iv) *multiple damages*, quando a

1. Segundo a visão liberal, a ilicitude configurava-se quando o ato atingia a liberdade alheia e, desta forma, mostrou-se indispensável regular as conseqüências jurídicas dos atos ilícitos, visando a evitar exageros que pudessem limitar a liberdade individual e negocial (Moraes 2003:195-199).

2. “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

indenização é agravada em um valor prefixado e limitado em lei, e (v) *punitive damages*, que visam essencialmente a punir o ofensor, desde que presentes certos aspectos (Andrade 2006:181-194).

Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade, a primeira indenização múltipla do Direito Inglês data do século XIII, quando foi estipulada indenização triplicada em ação de recuperação de propriedade imóvel. Contudo, o instituto dos *punitive damages* foi se desenvolver somente a partir do século XVIII, sendo que a primeira previsão da figura em questão encontra-se no caso “Wilkes versus Wood”,³ no qual o Júri Inglês estipulou uma alta soma a título de indenização, visando a prevenir atos semelhantes. A partir desse precedente, os *punitive* ou *exemplary damages* passaram a embasar os pedidos de punição aos ofensores quando o ato fosse considerado grave (Andrade 2006:186-188). A indenização adicional por dano à pessoa era aplicada pelas Cortes como um instrumento compensatório e punitivo.

2.2 A figura dos “*punitive damages*” nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos da América/EUA os *punitive damages* surgiram posteriormente, no caso “Genay versus Norris”, julgado em 1784,⁴ mas até 1830 continham

3. O jornal *The North Briton* publicou artigo anônimo ofendendo o Rei George III e seus Ministros. O Secretário de Estado determinou a prisão de todos os suspeitos sem identificá-los, o que levou à prisão de 49 pessoas, entre elas John Wilkes, que era o autor do artigo. Quando da prisão de Wilkes, sua casa foi invadida e revirada, o que justificou o ajuizamento de uma ação contra Mr. Wood, que havia supervisionado o cumprimento da prisão e da invasão. O pedido era para que o réu fosse condenado ao pagamento de *exemplary damages*, com o intuito de impedir atos semelhantes (Andrade 2006:186-188).

4. Genay e Norris haviam marcado um duelo de pistolas para solucionar um conflito de interesses, mas antes do evento Norris envenenou a bebida de Genay, o que lhe causou sofrimento. Ao analisar

caráter meramente compensatório. A função dissuasória foi consolidada somente em 1851, quando a Suprema Corte dos EUA considerou possível a imposição de *punitive damages* levando em consideração o grau de culpa do ofensor (Andrade 2006:189).

Com a evolução do instituto, a função compensatória dos *punitive damages* foi transferida para os *compensatory damages*, e as Cortes passaram a aceitar os *punitive damages* unicamente como punição. Atualmente o instituto desvinculou-se da idéia de indenizar somente os danos extrapatrimoniais, tendo como foco não mais a espécie do dano, mas, sim, a conduta do agente (Andrade 2006:189).

Os EUA adotam a teoria do desestímulo (Reis 2002:212), conferindo função punitiva à indenização. Nesse sentido, os *punitive damages* correspondem ao valor conferido ao autor de uma ação indenizatória que supera o montante necessário para compensar o dano causado. Opõem-se aos *compensatory damages*, que consistem no valor indenizatório equivalente ao dano comprovado. Conceituam-se os *punitive damages* como “soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria” (Andrade 2006:195).

A condenação punitiva enfoca a conduta do agente, ou seja, a figura dos *punitive damages* visa a punir o ofensor bem como a dissuadir a prática de atos ilícitos por possíveis ofensores. A relevância do instituto é destacada em situações em que: (i) o ato danoso estaria fora do alcance do processo criminal; (ii) quando a indeniza-

o caso, a Corte condenou o réu ao pagamento de um valor a título de *exemplary damages* (Andrade 2006:188-189).

ção compensatória se mostrasse insuficiente para desestimular práticas danosas; e (iii) nos casos em que o dano atingisse interesses coletivos (Andrade 2006:195-198).

No caso “Exxon Shipping Co. versus Baker”,⁵ concluído em 25.6.2008, a Suprema Corte dos EUA examinou longamente a figura dos *punitive damages* e explicitou o consenso hoje existente na doutrina e na jurisprudência sobre seus dois principais objetivos: (i) retribuição ou punição ao causador do dano e (ii) desestímulo de condutas semelhantes.

Do ponto de vista legislativo observa-se significativa autonomia entre as unidades federativas norte-americanas, o que gera divergência sobre a admissibilidade, a extensão e as hipóteses de aplicação do instituto. Na decisão acima referida a Suprema Corte informou que: (i) o Estado de

5. Em 24.3.1989 o navio-tanque Exxon Valdez, navegando na costa do Alasca, fraturou o casco e espalhou milhões de galões de óleo no mar, causando dano imenso. A Exxon, proprietária da embarcação, celebrou acordos em ações movidas pelo Governo Federal e pelo Estado do Alasca, para indenização dos danos ambientais, em valor superior a US\$ 1 bilhão. Pescadores comerciais, nativos do Alasca, população costeira e outros ajuizaram ação de indenização pelos danos econômicos individuais, com pedido de indenização com caráter compensatório e punitivo (*compensatory damages* e *punitive damages*).

A Corte Distrital do Alasca condenou a empresa em *punitive damages* de US\$ 4,5 bilhões, valor que foi reduzido pela Corte de Apelação do Nono Circuito para US\$ 2,5 bilhões. A Suprema Corte norte-americana, por sua vez, reduziu a indenização. Decidiu que: (i) a empresa pode ser condenada em *punitive damages* em razão de atos de negligência (*reckless*) praticados por empregados com cargo de gerência; (ii) as penalidades previstas na lei que regulamenta a poluição das águas (*Clean Water Act/CWA*) não têm prevalência sobre as regras da *Common Law* marítima sobre *punitive damages*; e (iii) o valor máximo permitido para *punitive damages* na *Common Law* marítima seria igual ao valor estipulado pelo Júri para a indenização dos danos com caráter compensatório (*compensatory damages*), em US\$ 507,5 milhões (in *Exxon Shipping Co. versus Grant Baker*, n. 07-219, j. 25.6.2008, Suprema Corte dos EUA).

Nebraska não admite os *punitive damages*; (ii) alguns Estados admitem somente com autorização legal, como Louisiana, Massachusetts, Washington e New Hampshire; (iii) vários Estados estabelecem limites para as condenações; e (iv) outros, ainda, impõem um destino para o valor pago a título punitivo.

As legislações estaduais limitam de várias formas o valor da indenização punitiva. Alguns Estados estabelecem tetos em valores monetários absolutos, outros fixam a proporção máxima entre a indenização compensatória e a indenização punitiva ou, ainda, a combinação dos dois critérios. Geralmente a proporção adotada entre indenização punitiva e indenização compensatória varia entre 1:1 a 5:1.

Na maioria dos Estados Norte-Americanos o valor dos *punitive damages* é determinado pelo Júri, que é composto de pessoas leigas em assuntos jurídicos, tendo em vista a tradição do sistema de atribuir à população a decisão de questões relevantes. Por outro lado, os valores podem ser revistos pelas Cortes de Apelação, com vistas a garantir sua razoabilidade.

A Suprema Corte dos EUA indica alguns fatores que devem ser obedecidos em todo o território (Moraes 2003:232). Desde 1996 a Suprema Corte vem impondo às Cortes Estaduais alguns critérios para a fixação da indenização punitiva, visando a garantir a razoabilidade da condenação e, conseqüentemente, o devido processo legal.⁶

6. Quando do julgamento do caso “Ira Gore versus BMW of North America” o Júri condenou a empresa ao pagamento de US\$ 4 mil a título de *compensatory damages* e mais US\$ 4 milhões a título de *punitive damages*. A empresa havia vendido um carro repintado sem que tal dano tivesse sido informado ao comprador. Em segunda instância o valor dos *punitive damages* foi reduzido para US\$ 2 milhões, mas a empresa recorreu à Suprema Corte. Por fim, o valor da condenação punitiva foi reduzida para US\$ 50 mil, considerado excessivo o montante anterior (Costa/Pargendler 2005:28).

Entre os critérios, André Gustavo Corrêa de Andrade destaca: "(a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu; (b) a proporção entre o dano efetivo ou potencial e a indenização punitiva; (c) a diferença entre a indenização e penalidades civis ou criminais previstas para casos similares" (Andrade 2006:211-212).

Para a garantia do devido processo legal, a diretriz da Suprema Corte é no sentido de que a proporção entre a indenização punitiva e a indenização compensatória fique limitada a multiplicador de um dígito, suficiente para os objetivos de retribuição e prevenção de condutas semelhantes. Quando o valor da indenização compensatória for muito alto, a proporção em relação aos *punitive damages* deve ser ainda menor.⁷

Os *punitive damages* serão cabíveis somente quando o ato danoso for repreensível a ponto de merecer outras sanções. Assim, a indenização punitiva é imposta em face do ato ilícito intencional, sendo sua aplicação condicionada à presença de circunstâncias subjetivas semelhantes ao dolo, entre elas a malícia, a opressão e a fraude, cabendo à vítima o ônus da prova (Gonçalves 2005:55-75).

Há na doutrina divergência quanto à incidência do instituto sobre qualquer ato ilícito, precisamente quanto ao ato ilícito contratual. Em tese caberia o pedido de indenização punitiva em face do ilícito contratual, desde que provado o cometimento de um ilícito conexo à violação do contrato. Caso não esteja presente o elemento subjetivo, será cabível somente a indenização compensatória (Gonçalves 2005:55-75).

Outro ponto controvertido é a imposição da indenização punitiva quando o ato ilícito for praticado com culpa. Existem julgados em que foi imposta a indenização

em questão por culpa grave, ou seja, quando os deveres de conduta foram ignorados pelo agente; mas parte considerável da doutrina discorda de tal entendimento (Gonçalves 2005:55-75).

A indenização punitiva é autônoma em relação à responsabilidade apurada na esfera penal, apesar de haver entendimento contrário no sentido de que a condenação criminal inutilizaria a punição civil, podendo a última exceder os objetivos da responsabilidade civil. A autonomia também impera frente à indenização compensatória, pois o pedido de indenização punitiva prescinde de um pedido compensatório e, por isso, o indeferimento de um dos pedidos não afeta o outro (Gonçalves 2005:79-82).

A aplicação dos *punitive damages* não é a regra, tendo sido aplicada em menos de 4% das decisões relacionadas a casos de responsabilidade civil.⁸

O instituto desenvolveu-se e ampliou sua aplicação a outras áreas do Direito, dentre elas a consumerista e a ambiental, mas sua utilização continua sendo muito criticada. Destacam-se os argumentos que questionam a constitucionalidade da imposição de indenizações punitivas. As críticas não se limitam à análise jurídica, mas também a conseqüências sócio-comportamentais (Gonçalves 2005:149-150).

Entre os argumentos de cunho constitucional, afirma-se que a aplicação de uma pena na esfera criminal e outra na esfera civil violaria o princípio constitucional que proíbe a dupla punição pelo mesmo ato ilícito. Quanto a este aspecto, Vítor Fernandes Gonçalves destaca posicionamento doutrinário contrário à aplicação dos *punitive damages* nos seguintes termos: "A permissão de indenizações punitivas põe uma pessoa em perigo por duas vezes pela mesma ofensa, em contrário a previsões

7. Suprema Corte dos EUA, *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. versus Campbell et al.*, n. 01-1289, j. em 7.4.2003.

8. André Gustavo Corrêa de Andrade destaca que, em média, os valores estipulados a título de *punitive damages* somam US\$ 38 mil (Andrade 2006:230).

insertas na Constituição Federal e na dos Estados, uma vez que, apesar de o mesmo mal ser infligido, a multa concedida como punição na ação civil não impede o indiciamento e a prossecução criminal, e a punição criminal não é admissível para mitigar a indenização punitiva” (Gonçalves 2005:154).

Além disso, a imposição da indenização punitiva burlaria o devido processo legal, tendo em vista: (i) a falta de controle da discricionariedade da decisão do Júri; (ii) a limitação da possibilidade de rediscussão da decisão pela instância superior; (iii) bem como pelo desrespeito às garantias processuais penais, entre elas a presunção de inocência.

Quanto ao último ponto, ressalta-se o fato de o ofensor ser citado para compensar sem que haja qualquer indiciamento criminal, pois se está julgando um ilícito civil; portanto, a indenização punitiva representaria uma punição de caráter criminal. Segundo Vítor Fernandes Gonçalves, a doutrina norte-americana sugere mudanças para que as indenizações punitivas passem a se sujeitar aos procedimentos criminais (Gonçalves 2005:154-158). O valor claramente excessivo afrontaria o princípio constitucional da proporcionalidade, haja vista “o raciocínio de que as indenizações punitivas têm, na realidade, a natureza jurídica de multas, bem como, por serem normalmente fixadas em valores muito elevados, podem ser consideradas (...) inconstitucionais” (Gonçalves 2005:157).

De outra parte, valores diferentes concedidos para ilícitos similares violariam o princípio da igualdade, pois “para situações semelhantes, isto é, para condutas ilícitas idênticas, diferentes valores de indenizações punitivas são concedidos, o que ocorre em face da propalada excessiva discricionariedade de que dispõe o Júri (...)” (Gonçalves 2005:158).

Ainda nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes destaca que os valores das indenizações punitivas são imprevisí-

veis, pois o Júri os estipula sem que haja prévia instrução jurídica, o que contribui para que os valores impostos sejam superiores ao cabível, tornando a condenação arbitrária (Moraes 2004:59-60).

Vítor Fernandes Gonçalves apresenta ainda argumento do ponto de vista da consequência sócio-comportamental, como o enriquecimento sem causa do demandante e a chamada “indústria do dano moral”, pois o pagamento de valores superiores ao devido estimularia a vítima a não evitar o dano, para que assim pudesse acionar o Poder Judiciário (Gonçalves 2005:151-153).

Como exemplo da “indústria do dano moral”, Maria Celina Bodin de Moraes destaca que: “Nos Estados Unidos, as questões relacionadas às indenizações por danos punitivos, em lugar de serem reguladas no âmbito de critérios e de parâmetros estritamente jurídicos, têm sido absorvidas pela lógica do mercado (...) os valores das sentenças – sem incluir danos punitivos – triplicaram desde 1993” (Moraes 2003:233).

Por fim, destaca-se que a indenização não deve inviabilizar economicamente a pessoa jurídica ou física, e para isso estudiosos do instituto defendem a necessidade de limitar a competência do Júri ou, mesmo, que os *punitive damages* sejam aplicados apenas pelos magistrados, de forma a impedir que o Júri estipule o valor da indenização, o que reduziria na imprevisibilidade do julgamento (Moraes 2003:245).

2.3 A indenização punitiva fora dos Estados Unidos

A Suprema Corte dos EUA informa que os *punitive damages* são muito mais frequentes nos EUA que em qualquer outro lugar.⁹ No Reino Unido, por exemplo, a

9. Suprema Corte dos EUA, *Exxon Shipping Company versus Grant Baker*, n. 07-219, j. 25.6.2008, pp. 18-19.

indenização punitiva ou exemplar seria admitida apenas em caso de atos opressivos, arbitrários ou inconstitucionais de funcionários do Governo; injúrias que objetivem lucros enormes se comparados com o valor da indenização compensatória; e condutas para as quais a indenização punitiva seja expressamente autorizada pela legislação. Canadá e Austrália admitem a indenização com caráter exemplar em caso de condutas ultrajantes, mas as condenações seriam raras.

A Suprema Corte dos EUA esclarece que a indenização não-compensatória não faz parte da tradição civilista, como no caso da França, Alemanha, Áustria e Suíça. Alguns sistemas legais, além de não reconhecerem a indenização punitiva propriamente dita, também recusam a executividade de decisões estrangeiras condenatórias em indenização punitiva, como contrárias à ordem pública – como, por exemplo, Japão, Itália e Alemanha.

2.3.1 O caso da Itália

Há um importante julgado da Corte Suprema de Cassação italiana (*Corte Suprema di Cassazione*) que negou executividade a uma decisão norte-americana condenatória em indenização punitiva.¹⁰ Tratava-se de acidente automobilístico ocorrido em 17.9.1995 em Jefferson, Alabama, EUA, no qual um motociclista colidiu com um automóvel que não obedecera ao sinal de preferência. O motociclista perdeu o capacete protetivo, em razão de um defeito de projeto da fivela de fechamento do capacete. O impacto no chão, sem proteção, foi mortal. A mãe da vítima ajuizou, nos EUA, ação de ressarcimento do dano pela morte do filho contra a empresa fabricante da fivela defeituosa, Fimez S.p.A., que tem sede na Itália.

O Tribunal de Alabama condenou a empresa ré ao pagamento de um US\$ 1 mi-

lhão em favor da mãe, a título de *punitive damages*. A mãe iniciou a execução da sentença na Itália, mas a Corte de Apelação de Veneza rejeitou a ação, por entender que a condenação em indenização punitiva seria contrária à ordem pública italiana. Em recurso, a mãe alegou que a sentença norte-americana não seria contrária à ordem pública interna italiana, e argumentou que o ordenamento civil italiano conheceria institutos de natureza e finalidades sancionatórias e aflitivas, como a cláusula penal e o ressarcimento do dano moral ou não-patrimonial.

A Corte Suprema de Cassação italiana rejeitou o recurso. Em primeiro lugar, esclareceu que a cláusula penal não tem natureza e finalidade sancionatórias ou punitivas. Ela tem a função de reforçar o vínculo contratual e de liquidar preventivamente a prestação ressarcitória. Quanto aos danos morais, a Corte Suprema de Cassação esclareceu que em sua indenização o acento é posto sobre a vítima, e não sobre o causador do dano. A finalidade perseguida é reintegrar a lesão, enquanto nos *punitive damages* não há correspondência entre o montante do ressarcimento e o dano efetivamente verificado.

No ordenamento italiano as idéias de punição e de sanção seriam estranhas ao ressarcimento do dano, assim como seria indiferente a conduta do causador do dano. O objetivo precípuo da responsabilidade civil seria restaurar a esfera patrimonial da vítima que sofreu dano, mediante o pagamento de uma soma de dinheiro que tendesse a eliminar a consequência do dano. E isso valeria para qualquer dano, compreendido o dano não-patrimonial ou moral, em cujo ressarcimento não se poderia reconhecer a finalidade punitiva, assim como seriam irrelevantes o estado de necessidade da vítima e a capacidade patrimonial do causador do dano. De todo modo, deveria ser feita a prova da existência de sofrimento causado pelo ilícito, mediante a alegação de circunstâncias de fato concretas.

10. Caso 1.183/07, 3ª Seção Civil, j. 18.10.2006.

Ao analisar referida decisão da Corte Suprema de Cassação, Marco Rossetti, Juiz do Tribunal de Roma, aponta que há discussão na Itália sobre o cabimento da indenização punitiva (Rossetti 2007). E conclui que a indenização punitiva não é cabível, uma vez que a regra do ressarcimento do dano é o princípio do ressarcimento na extensão do dano, com a consequência de que o ressarcimento não pode colocar a vítima numa posição economicamente mais vantajosa que aquela na qual ela se encontrava antes do evento danoso. Ele acredita que o debate tende a cessar após a decisão da Corte Suprema de Cassação, afastando a comparação do dano não-patrimonial com o dano punitivo.

O caso acima relatado foi analisado no relatório sobre a jurisprudência civil da Corte Suprema de Cassação italiana em 2007 (Benini 2008). Ficou consignado o entendimento da Corte no sentido de que a indenização punitiva, por ter função exclusivamente sancionatória, é contrária à ordem pública italiana. O sistema ressarcitório italiano tem natureza exclusivamente repristinatória, ou seja, o ressarcimento visa a recompor a situação anterior.¹¹

Ao comentar outro caso versando sobre dano não-patrimonial, referido relatório consignou que na responsabilidade aquiliana o dano deve ser integralmente

ressarcido, tanto patrimonial como não-patrimonial, tendo em vista a finalidade puramente ressarcitória da indenização.¹²

2.3.2 O caso da Alemanha

A discussão sobre o cabimento da indenização punitiva também vem se colocando na Alemanha. A Suprema Corte (*Bundesgerichtshof*) também negou executividade a uma condenação em indenização punitiva norte-americana, conforme relatado por Maria Celina Bodin de Moraes (Moraes 2004:66-67).

Em 1984 um jovem rapaz de origem alemã foi condenado pela Corte Suprema do Estado da Califórnia à pena de reclusão por abusos sexuais contra um menino de 13 anos. Foi também condenado ao ressarcimento de danos no valor de US\$ 750,260.00. A condenação referia-se a (i) US\$ 260.00 por despesas médicas, (ii) US\$ 100,000,00 por despesas médicas futuras, (iii) US\$ 50,000.00 para acomodação, (iv) US\$ 200,000.00 pela angústia, dores e sofrimento sofridos pela vítima, (iv) US\$ 400,000.00 de indenização punitiva (*exemplary e punitive damages*) e (v) 40% sobre o valor da condenação ao advogado do autor (aproximadamente US\$ 300,000,00). O réu conseguiu transferir-se para a Alemanha, onde possuía cidadania e

11. No original: "Il rapporto con gli ordinamenti esteri viene affrontato nell'ambito dei diritti fondamentali anche nella Sentenza n. 1.183 con la quale la Corte ha escluso che, in tema di risarcimento dei danni non patrimoniali, anche se relativi alla lesione di diritti costituzionali inviolabili, possano trovare ingresso i c.d. *punitive damages* ovvero danni che abbiano una funzione esclusivamente sanzionatoria ritenendoli contrari al nostro ordine pubblico interno sulla base della natura esclusivamente ripristinatoria del nostro sistema risarcitorio e del conseguente necessità di provare il pregiudizio subito anche quando consista in una lesione della sfera emotiva. Peraltro è opportuno aggiungere che nell'ambito del risarcimento dei danni non-patrimoniali ed in particolare di quelli relativi alla perdita di una figura parentale ed affettiva di primario rilievo è sufficiente la prova di natura presuntiva" (Benini 2008:38-39).

12. No original: "Nel solco tracciato dalle pronunce appena ricordate (n. 9.510 e n. 20.987) si colloca anche la Sentenza n. 22.884 secondo cui nel bipolarismo risarcitorio (danni patrimoniali e danni non-patrimoniali) previsto dalla legge, al di là della questione puramente nominalistica, non è possibile creare nuove categorie di danni, ma solo adottare, per chiarezza del percorso liquidatorio, voci o profili di danno, con contenuto descrittivo – ed in questo senso ed a questo fine può essere utilizzata anche la locuzione 'danno esistenziale', accanto a quella di 'danno morale' e 'danno biologico' –, tenendo conto che, da una parte, deve essere liquidato tutto il danno, non lasciando privi di risarcimento profili di detto danno, ma che, dall'altra, deve essere evitata la duplicazione dello stesso che urta contro la natura e la funzione puramente risarcitoria della responsabilità aquiliana" (Benini 2008:145).

bens, mas, apesar da transferência, a execução da sentença foi iniciada. O Tribunal de primeira instância (*Landgericht*) de Dusseldorf aceitou a execução da sentença. O Tribunal de segunda instância (*Oberlandesgericht*) confirmou parcialmente a decisão, mas reduziu o valor da execução para US\$ 275,000.00. As partes recorreram à Corte Suprema.

A Corte *Bundesgerichtshof* não admitiu a execução da indenização punitiva, “pelo limite de ordem pública expresso no § 723, II, 2ª Parte, e § 328, I, n. 4, do ZPO”,¹³ uma vez que o ordenamento jurídico permite apenas o ressarcimento do dano, vedando o enriquecimento da vítima. Além disso, as funções punitiva e pedagógica da indenização punitiva seriam objetivos apenas do direito penal, conforme relatado por Maria Celina Bodin de Moraes:

“Em especial, manifestou-se no sentido de considerar justo que a *fattispecie* proveniente dos ordenamentos anglo-saxões possa operar no âmbito do direito civil, mas não considerou admissível que em um ordenamento como o germânico, em que o Estado tem o monopólio de aplicar as sanções, um cidadão possa assumir a função do Ministério Público, pretendendo que sejam cominadas sanções em decorrência de um ilícito civil e, pior, que delas possa beneficiar-se.

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

cidade como um todo” (Moraes 2004:67-68).

A autora menciona, no entanto, que o entendimento não é pacífico na Corte Suprema alemã. Em caso versando sobre publicação de entrevista falsa a Corte determinou a fixação de indenização compensatória como preventiva de futuras condutas ofensivas (Moraes 2004:68).

3. Discussão sobre a indenização punitiva no Brasil

Apresenta-se a seguir a discussão travada na doutrina e na jurisprudência brasileiras sobre a função punitiva da reparação dos danos morais.

3.1 Controvérsia sobre a função punitiva da reparação dos danos morais

A disciplina da responsabilidade civil dispõe sobre as regras de restabelecimento do prejuízo causado, visando a uma reparação ampla e adequada. O instituto vem se aperfeiçoando, com o intuito de garantir a segurança jurídica e o restabelecimento do equilíbrio desfeito por ocasião do dano,¹⁴ seja ele material ou imaterial (Reis 2002: 109-112).

A reparação dos danos baseia-se nas regras *neminem laedere* e *restitutio in integrum*. A primeira regra é pressuposto para a manutenção da harmonia social, ao estabelecer como obrigação o respeito aos direitos alheios. A segunda é consequência do desrespeito da primeira regra, devendo o ofensor indenizar o prejuízo causado pelo ato contrário ao ordenamento jurídico (Reis 2002:124). Dessa forma, a responsabilidade do ofensor é um dever jurídico sucessivo, pois a obrigação é o dever originário e a necessidade de indenizar é a consequência da violação de uma obrigação (Cavaliere Filho 2007:2-3).

13. *Zivilprozessordnung* é o Código de Processo Civil alemão.

14. “Dano é a lesão a um bem tutelado pelo ordenamento jurídico” (Maggi 2007:34).

A indenização na legislação brasileira tem caráter compensatório. Não existe no Brasil, tal como ocorre nos EUA, o instituto da indenização punitiva como uma categoria autônoma de indenização, que poderia ser concedida à vítima além da indenização dos danos materiais e morais. A discussão sobre a indenização punitiva no Brasil insere-se na análise dos critérios para a quantificação da indenização dos danos morais, já que a legislação não prevê regramento específico.

Antes da promulgação da Constituição de 1988 a reparação civil estava limitada ao dano material diretamente mensurável.¹⁵ Para que o dano moral fosse aceito, a vítima deveria comprovar que tal dano estava ligado a uma redução do seu patrimônio (Carmignani 1996:32). A noção de “dano moral” veio se desenvolvendo significativamente, até que a possibilidade de sua reparação foi definitivamente reconhecida pela Constituição Federal de 1988, no sentido de que o dever de indenizar o dano moral não depende da existência de dano material, conforme disposto no art. 5º, V e X, da CF.¹⁶

Depois de reconhecido na Constituição Federal, o dano moral foi incorporado em algumas leis, mas sem regramento específico para orientar a avaliação da indenização. Assim é que o Código de Defesa

do Consumidor prevê a indenização do dano moral.¹⁷

O mesmo se deu em relação ao Código Civil de 2002. O ato ilícito configura-se com a violação de direito ou ocorrência de dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, podendo ser derivado de ação ou de omissão, bem como ser cometido, ainda, pelo exercício abusivo de direito (arts. 186 e 187¹⁸ do CC). A obrigação de indenizar nasce com a prática do ato ilícito (art. 927).¹⁹

A regra para a fixação do valor da indenização é que o valor da indenização deve ser equivalente à extensão do dano, incluindo-se o dano emergente e os lucros cessantes (arts. 402 e 944, *caput*).²⁰ Em princípio, o elemento subjetivo não interfere na fixação do valor da indenização, na medida em que o objetivo da indenização é reparar ou compensar o dano. O foco está na avaliação do dano sofrido, e não no ofensor.

Conforme entendimento exposto por Sérgio Cavalieri Filho, tendo em vista a consolidação do *direito subjetivo constitucional à dignidade*, o conceito de “dano moral” deve ser visto sob dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é

17. “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (...)”

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

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

19. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

20. “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

15. No mesmo sentido, Bruno Oliveira Maggi destaca essa fase pela impossibilidade da indenização por dano moral, a qual era considerada imoral (Maggi 2007:37).

16. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação: (...)”

violação do direito à dignidade. Em sentido amplo, o dano moral envolve diversos graus de violação aos direitos da personalidade, mesmo que a dignidade não seja abalada (Cavaliere Filho 2007:76-78).

Além disso, o autor afirma que “o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento (...) razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou *não-patrimonial* (...)”. “Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária” (Cavaliere Filho 2007:78).

O objetivo da reparação do dano moral não é pagar pela dor sofrida. A dor não pode ser valorada monetariamente, não se lhe podendo atribuir um preço. Contudo, o sofrimento da vítima pode ser minimizado, dando-lhe condições de recuperação.

Por outro lado, o dano moral suportado por alguém não se confunde com os meros transtornos ou aborrecimentos que o cidadão sofre no dia-a-dia, sob pena de se colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil. Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado 159²¹ na III Jornada de Direito Civil, segundo o qual o dano moral não se confunde com os meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material.

Maria Celina Bodin de Moraes²² destaca que a reparação dos danos morais, segundo a visão “civil-constitucional”, visa a “oferecer a máxima garantia à pessoa hu-

mana, com prioridade, em toda e qualquer situação da vida social”. Sempre que houver uma privação ou violação a aspecto da personalidade haverá um dano moral indenizável, independentemente de repercussão patrimonial, o que é ratificado pela seguinte afirmação: “(...) o dano moral não pode ser reduzido à ‘lesão a um direito da personalidade’, nem tampouco ao ‘efeito extrapatrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial’. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer ‘mal evidente’ ou ‘perturbação’, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica” (Moraes 2003:182-184).

Por outro lado, apesar de a reparabilidade do dano moral estar consagrada definitivamente, ela não foi objeto, ainda, de regramento específico na legislação – o que faz persistir alguns pontos de divergência doutrinária, entre eles o questionamento acerca da função da reparação dos danos morais. Nessa discussão insere-se o debate em torno da indenização punitiva, não como uma categoria nova de indenização, mas como uma das funções da reparação dos danos morais.

A reparação do dano moral não seria exatamente uma indenização, tendo em vista não eliminar os prejuízos e conseqüências do ato; e, por isso, a obrigação do pagamento de certa quantia em dinheiro, ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio do ofensor, também proporciona uma reparação satisfativa ao ofendido (Cahali 2005:41-44). Nessa linha de raciocínio, Sérgio Cavaliere Filho aponta duas funções à reparação do dano moral – a função satisfatória e a função punitiva –, destacando que “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

21. “O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material” (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco/ESMAPE, *Enunciados 01 a 396 das Jornadas de Direito Civil Promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Recife, 2007, p. 105).

22. Segundo a autora, a principal característica da metodologia civil-constitucional é a aplicação de princípios e regras constitucionais aos institutos e relações previstos no âmbito do direito civil, ou seja, tendo em vista a cláusula geral da tutela da pessoa humana, a dicotomia público-privado daria lugar à interpretação do ordenamento jurídico como uma unidade (Moraes 2003:182-183).

que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. (...). Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima” (Cavaliere Filho 2007:78).

Para Nehemias Domingos de Melo a indenização do dano moral tem tripla finalidade: satisfação, dissuasão e de exemplaridade (Melo 2005:192-197). A verba indenizatória seria estipulada visando a compensar a vítima pelo dano sofrido, desestimular a conduta do ofensor e, por fim, demonstrar para a sociedade que determinados atos serão reprimidos pelo Poder Judiciário.

Há também o entendimento no sentido de que a indenização deve servir como alerta – e, assim, teria caráter sancionatório e dissuasivo de novas práticas danosas (Santos 2003:156-159). Nesse sentido, a função punitiva da indenização estaria em “refrear os impulsos anti-sociais do ofensor, bem como produzir medida exemplar no meio social” (Reis 2002:199).

Para que a indenização cumprisse tais objetivos, o magistrado deveria observar (i) a gravidade do ato, (ii) a situação econômica das partes envolvidas e (iii) as consequências do ato para a vítima. Assim, quando os julgados recomendam atenção aos critérios supracitados “estar-se diante do caráter punitivo do dano” (Santos 2003: 161).

Parte da doutrina questiona a atribuição de novas funções à reparação civil. Maria Celina Bodin de Moraes afirma que a função compensatória foi “distorcida” para cumprir variadas funções, entre elas (i) compensatória, (ii) punitiva e (iii) preventiva (Moraes 2006:233-258).

Destaca que, apesar das diferenças substanciais entre a tradição do *Common Law* e a romano-germânica, existe uma

aproximação mediante a “transposição de institutos e procedimentos típicos”, e, segundo a autora, o instituto dos *punitive damages* seria um exemplo de transposição, haja vista a tentativa de parte da doutrina e jurisprudência pátrias de atribuir caráter punitivo à reparação do dano moral (Moraes 2004:46-47).

A doutrina contrária à indenização com caráter punitivo – da qual são exemplos Clayton Reis e Maria Celina Bodin de Moraes – aponta a ausência de disciplina legal como um dos obstáculos à sua aplicação, bem como uma violação ao princípio da legalidade. Por ficar ao livre arbítrio do juiz a fixação do valor da indenização punitiva, há o risco de violação do princípio da legalidade, segundo o qual não há pena sem lei anterior que a preveja (Moraes 2004:73). O foco da indenização é o dano sofrido pela vítima, nunca a conduta do agente. O ramo do Direito que disciplina e pune a conduta do agente é o *penal*, cujo princípio basilar é o de que não há crime nem pena sem anterior previsão legal.

Para Wesley de Oliveira Louzada Bernardo a indenização tem somente a função compensatória, e o parâmetro primordial a ser utilizado pelo juiz para o arbitramento da indenização dos danos morais deve ser a extensão do dano, em consonância com o art. 944 do CC (Bernardo 2005:165-169). Para a fixação do valor da reparação dos danos morais deveriam ser examinados diversos aspectos, tais como (i) a dignidade humana atingida, com gravidades variadas, tais como a vida, a liberdade, a honra; (ii) a dimensão temporal do dano, ou seja, o tempo de duração do dano, pois se o dano for definitivo a reparação deve ser mais abrangente; e (iii) a repercussão do dano.

Wesley de Oliveira Louzada Bernardo apresenta uma série de inconvenientes para a discussão da adoção da indenização punitiva no ordenamento brasileiro: (i) o juiz teria um grau de subjetividade muito grande, com a possibilidade de concessão

de estipulações milionárias, diante da inexistência de pena previamente estipulada; (ii) possibilidade de *bis in idem* em relação às condenações por danos morais de condutas já apenadas criminalmente; (iii) possibilidade de penas que passassem da pessoa do agente, nos casos de indenização por fato de outrem; (iv) possibilidade de enriquecimento ilícito da vítima ao receber soma em dinheiro superior aos danos por ela sofridos (Bernardo 2005:176-177).

Conforme esclarece Wesley de Oliveira Louzada Bernardo: "(...) tendo em vista que adotamos o critério da extensão do dano como fundamental, pouco importa, para sua valoração, ser o seu causador pessoa de posses ou carente de recursos. O montante indenizatório não poderá ser elevado a esse pretexto, sob pena de entregar-se à vítima valor que não lhe pertence e de atribuir ao dano moral caráter aleatório"²³ (Bernardo 2005:182).

Mirna Cianci afasta o caráter punitivo da reparação moral em razão do distanciamento em relação ao dano efetivamente sofrido pela vítima: "Razoável o entendimento que afasta o caráter punitivo da reparação moral não só porque o seu pressuposto não diz respeito direto ao dano experimentado pela vítima e afasta a aplicação do consagrado princípio da *restitutio in integrum* que domina o tema da reparação do dano, como porque, como critério objetivo, deixa sem solução hipóteses abrangidas pelo dever indenizatório, como a responsabilidade por fato de outrem (objetiva) e a decorrente do risco da atividade, ambas divorciadas da ilicitude

23. O autor tampouco admite o critério das condições econômicas da vítima, como fazem alguns julgados, na maior parte das vezes para a finalidade de diminuir o valor da indenização. No entender do autor, "partindo-se do pressuposto de que o dano moral deriva de lesão à dignidade da pessoa humana, diferenciar as vítimas por suas posses equivaleria a reconhecer maior dignidade aos mais afortunados e menor aos menos favorecidos" (Bernardo 2005:183).

e, portanto, do conceito de culpa" (Cianci 2007:11).

A autora minutou um projeto de lei para a disciplina dos danos morais, que será examinado no próximo item deste artigo, no qual consta o caráter exclusivamente compensatório da indenização: "Art. 2º. A indenização a que se refere o artigo anterior tem caráter exclusivamente compensatório e sua fixação deverá considerar o bem jurídico tutelado, os reflexos sociais e pessoais, a possibilidade de superação física ou psicológica, a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, entre outros elementos que determinem a gravidade da lesão ao patrimônio ideal do ofendido" (Cianci 2007:140).

Maria Celina Bodin de Moraes admite a incidência dos *punitive damages* em casos excepcionais, como exceção, assumindo "sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática reiterada" (Moraes 2003:163). A autora adverte, no entanto, da necessidade de prévia estipulação legal do instituto e das garantias processuais.

3.2 *Controvérsia sobre a função punitiva da indenização na jurisprudência*

Não se tem notícia de julgado brasileiro que tivesse fixado indenização punitiva independentemente da indenização dos danos materiais e dos danos morais. A idéia da indenização punitiva aparece como uma das funções da reparação dos danos morais.

A inexistência de função punitiva da indenização por perdas e danos foi assinada pelo Ministro do STJ Ari Pargendler²⁴

24. STJ, REsp 447.431-MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 28.3.2007, DJU 16.8.2007, 49 pp., p. 5.

em julgamento de ação de responsabilidade civil por danos materiais causados por instituição financeira decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista: “(...) no Brasil a indenização de perdas e danos não tem função punitiva. Mesmo nos EUA esse instituto supõe uma carga de dolo (“Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro)”, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, *Revista do CEJ* 28/15-32), inexistente na espécie, na qual o perito esclareceu que os descontos estavam previstos implicitamente no contrato de cheque especial (...)”.

Para a fixação dos danos morais, por outro lado, a jurisprudência vem alternando ora para sua própria tradição romano-germânica, incrustada na Constituição Federal e fundada nas garantias fundamentais do art. 5º, ora aceitando a função punitiva da indenização – solução, esta, que considera a condição econômica das partes com vistas a punir o causador do dano.

O STJ não é unânime em relação à função punitiva da indenização dos danos morais. De um lado, o Tribunal aponta a reparação do dano moral como sendo ao mesmo tempo compensação e castigo, nos seguintes termos: “Cabe ao STJ o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir”.²⁵

Percebe-se que o caráter punitivo é visto também como função pedagógica, pois a punição é aplicada com a intenção de evitar reincidência e desestimular a outros que se enveredem pelo mesmo caminho reprimido. Entretanto, diante da impossibili-

dade da reparação integral, a jurisprudência aponta que a compensação pecuniária dos danos morais deve observar os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, visando a evitar a aplicação de uma indenização com valor inadequado frente ao dano sofrido (Reis 2002:189-191).

A incipiente experiência brasileira gera muita incerteza quanto aos parâmetros da indenização. A indenização punitiva gerou tantos abusos que levou o STJ a admitir revolver os fatos nos casos em que o valor da indenização for irrisório ou extremamente elevado, em exceção à Súmula 7, que proíbe o reexame de matéria de fato por aquele Tribunal. Essa posição inovadora do STJ expressa a preocupação com a razoabilidade e proporcionalidade, com vistas a evitar o enriquecimento desproporcional ou sem causa da vítima ou de terceiro, óbices à aplicação irrestrita dos *punitive damages* no Brasil:

“6. Há, como bastante sabido, na resarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. 7. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. 8. Ressalte-se que a aplicação irrestrita dos *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio, que anteriormente à entrada do Código Civil de 2002 vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do Direito e após a novel codificação civilista passou a prescrevê-lo expressamente, mais especificamente no art. 884 do CC de 2002. 9. Assim, cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa

25. STJ, 2ª Turma, REsp 575.023, rela. Min. Eliana Calmon, j. 27.4.2004, DJU 21.6.2004, p. 204.

jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.”²⁶

De outro lado, a 1ª Seção do STJ, ao analisar a incidência de imposto de renda sobre indenização por danos morais,²⁷ posicionou-se no sentido de que o dano moral é uma lesão ao âmago, à personalidade. Desta forma, não haveria acréscimo patrimonial na indenização por tais danos, eis que o valor em discussão – material – apenas representaria recomposição do patrimônio imaterial ofendido. Como asseverou o Relator, Min. Herman Benjamin, a incidência do imposto de renda sobre tal montante consubstanciaria violação do princípio da reparação integral, reduzindo sua eficácia material:

“O Relator do recurso no STJ, Min. Herman Benjamin, entendeu que a verba recebida a título de dano moral não acarreta acréscimo patrimonial e, por isso, não se sujeita à incidência do imposto de renda. Para o Relator, ‘a indenização por dano estritamente moral não é fato gerador do imposto de renda, pois se limita a recompor o patrimônio imaterial da vítima, atingido pelo ato ilícito praticado. Ao negar a incidência do imposto de renda não se reconhece a isenção, mas a ausência de riqueza nova – oriunda dos frutos do capital, do trabalho ou da combinação de ambos – capaz de caracterizar acréscimo patrimonial. A indenização por dano moral não aumenta o patrimônio do lesado, apenas o repõe, pela via da substituição monetária, *in statu quo ante* [no mesmo estado em que se encontrava antes]’.

“O Min. Herman Benjamin ressaltou que ‘a tributação da reparação do dano moral, nessas circunstâncias, reduziria a plena eficácia material do princípio da reparação

26. STJ, 4ª Turma, REsp 913.131-BA, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 16.9.2008.

27. STJ, 1ª Seção, REsp 963.387-RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 8.10.2008 (acórdão ainda não disponível).

integral, transformando o Erário simultaneamente em sócio do infrator e beneficiário da dor do contribuinte. Uma dupla aberração. Destaco que as considerações feitas no presente voto, referentes à incidência do imposto de renda sobre o dano moral, restringem-se às pessoas físicas enquanto possuidoras, por excelência, dos direitos da personalidade e das garantidas individuais, consagrados no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana’.”²⁸

Destaca-se o posicionamento manifestado durante o julgamento pelo Juiz convocado Carlos Mathias a respeito dos *punitive damages* do sistema norte-americano, que representam um acréscimo patrimonial. No seu entender, apesar de algumas tentativas fracassadas, esses não foram adotados pelo ordenamento brasileiro, principalmente em função da consagração do princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

4. A indenização punitiva em discussão na Câmara dos Deputados e no Senado Federal

Há vários projetos de lei disciplinando a indenização dos danos morais pendentes de votação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.²⁹ Alguns discutem a introdução no Brasil da função punitiva da indenização, tais como:

28. “STJ afasta a incidência de imposto de renda sobre a indenização por dano moral”, notícia de 17.10.2008 (disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89640, acesso em 20.10.2008).

29. Todos os projetos de leis, emendas e pareceres examinados neste artigo podem ser encontrados no sítio da Câmara dos Deputados na Internet (www.camara.gov.br) e no sítio do Senado Federal na Internet (www.senado.gov.br). Denominamos “PL” os projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados e “PLS” os projetos de lei em trâmite no Senado Federal.

QUADRO – PROJETOS DE LEI SOBRE DANOS MORAIS

Projeto de Lei	Redação Atual	Redação Proposta
PL 7.124/2002	Não há lei especial disciplinando o dano moral.	<p>Institui lei especial para regulamentar o dano moral e sua reparação.</p> <p>Estabelece que o juiz, ao apreciar o pedido de indenização, considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, a extensão e duração dos efeitos da ofensa, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso. A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado. Estabelece patamares para o valor da indenização: I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil Reais); II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil Reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil Reais); III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil Reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil Reais), podendo ser elevado ao triplo na reincidência ou diante da indiferença do ofensor.</p>
PL 1.443/2003	Não há lei especial disciplinando o dano moral.	<p>Institui lei especial para regulamentar o dano moral e a sua reparação. Estabelece que o juiz, ao apreciar o pedido de indenização, considerará o comportamento do ofendido e se houve retratação por parte do ofensor, podendo reduzir a indenização e, até mesmo, cancelá-la se houver anuência do ofendido. Fixa teto para o valor da indenização em até duas vezes e meia os rendimentos do ofensor ao tempo do fato, desde que não exceda em 10 vezes o valor dos rendimentos mensais do ofendido; na ocorrência conjunta de dano material, o valor indenizatório do dano moral não poderá exceder a 10 vezes o valor daquele apurado.</p>
PL 1.914/2003	<p>Art. 953 do CC:</p> <p>“A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.</p> <p>“Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.”</p>	<p>Transforma parágrafo único em § 1º: “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização na conformidade das circunstâncias do caso e de acordo com o disposto no parágrafo seguinte”.</p> <p>Introduz § 2º: “Na fixação da indenização por danos morais, o juiz, a fim de evitar o enriquecimento indevido do demandante, levará em consideração a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa, a posição social ou política do ofendido, bem como o sofrimento por ele experimentado”.</p>
PL 276/2007	Art. 944 do CC: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.	Introduz § 2º ao art. 944: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

QUADRO – PROJETOS DE LEI SOBRE DANOS MORAIS		
Projeto de Lei	Redação Atual	Redação Proposta
PL 2.496/2007	Art. 6º do CDC: “São direitos básicos do consumidor: (...) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”	Introduz um parágrafo único ao art. 6º: “A fixação do valor devido a título de efetiva reparação de danos morais atenderá, cumulativamente, à função punitiva e à função compensatória da indenização”.
PLS 413/2007	Art. 944 do CC: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.	Introduz § 2º ao art. 944: “A indenização atenderá às funções compensatória, preventiva e punitiva”.
PLS 114/2008 (SF)	Art. 944 do CC: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.	Nova redação ao art. 944: “O juiz, ao estabelecer a indenização por danos morais, atenderá aos seguintes critérios: I – Extensão e a gravidade do dano; II – Gravidade e repercussão da ofensa; III – Sofrimento experimentado pelo ofendido; IV – Condição econômica do ofensor; V – Se o valor pleiteado se ajusta à situação posta em julgamento. “§ 1º. Fica vedada qualquer indenização superior ao valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil Reais). “§ 2º. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”
PLS 334/2008	Não há lei especial disciplinando o dano moral.	Institui lei especial para regulamentar o dano moral e sua reparação, com 11 artigos, dentre os quais se destaca: “Art. 3º. Ressalvada da hipótese de reparação natural tempestiva e suficiente, a indenização a que se refere o art. 1º tem caráter exclusivamente compensatório e a sua fixação deverá considerar: I – o bem jurídico ofendido; II – a posição socioeconômica da vítima; III – a repercussão social e pessoal do dano; IV – a possibilidade de superação psicológica do dano, quando a vítima for pessoa física, e de recomposição da imagem econômica ou comercial, quando pessoa jurídica; V – a extensão da ofensa e a duração dos seus efeitos; VI – o potencial inibitório do valor estabelecido. “Parágrafo único. Na apreciação da demanda, o juiz poderá considerar outros elementos que determinem a gravidade da lesão ao patrimônio ideal do ofendido.”

Fonte: Elaboração própria, com base em informações do sítio da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br) e do sítio do Senado Federal (www.senado.gov.br) na Internet.

4.1 Projetos que não estabelecem disciplina para a reparação do dano moral

O PL 276/2007, o PL 2.496/2007 e o PLS 413/2007 apenas anunciam os princípios aos quais a reparação do dano moral deveria atender: às funções compensatória, punitiva, preventiva e desestimulante. No

entanto, esses projetos de leis não estabelecem critérios para orientar o juiz na fixação do valor da reparação do dano moral. Por isso, os projetos poderão ter a constitucionalidade questionada e não trarão a segurança jurídica que a matéria urge proporcionar à sociedade e aos operadores do Direito.

O parecer apresentado pelo Relator do PL 2.496/2007 na Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados reconhece o mérito de se estabelecer o regramento do dano moral, mas entende que o PL é vago, e essa carência de critérios objetivos para se fixar a indenização perpetuará a dificuldade de mensurar os danos morais. Assim, o Relator sugere a aprovação da Emenda Substitutiva apresentada ao PL, que foi aprovada naquela Comissão e será examinada em subitem abaixo.

4.2 Projetos que disciplinam a reparação dos danos morais

4.2.1 PL 7.124/2002, PL 1.443/2003 e PL 1.914/2003

O PL 7.124/2002, o PL 1.443/2003 e o PL 1.914/2003 estão pensados e receberam parecer conjunto em 2.9.2008, que será votado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados. O Relator sugeriu que o PL 7.124/2002 e o PL 1.443/2003 seriam inconstitucionais, por entender que conteriam regras excessivas de responsabilização por danos morais, o que violaria o direito à liberdade de expressão previsto no art. 5º, IV e IX, da CF, bem como a liberdade de comunicação, garantida pelo art. 220, § 1º.

No mérito, o Relator reconheceu a necessidade de se estabelecer o regramento dos danos morais, mas entendeu que seria impossível ao legislador “conceituar o dano moral e estabelecer os bens juridicamente tutelados”.

No mesmo parecer o Relator sugere a aprovação do PL 1.914/2003. A proposição introduz um parágrafo ao art. 953 do CC, cujo *caput* trata da indenização dos danos causados por injúria, difamação e calúnia. O parágrafo único trata da possibilidade de o juiz fixar equitativamente o valor dos danos *materiais*, quando não puderem ser comprovados pelo autor da ação.

O novo parágrafo prevê os critérios a serem utilizados pelo juiz na fixação da indenização por danos *morais*, com o objetivo de evitar o enriquecimento indevido do autor da ação, a saber: a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa, a posição social ou política do ofendido, bem como o sofrimento por ele experimentado.

Não obstante o PL 1.914/2003 meritoriamente estabeleça critérios, hoje inexistentes no ordenamento jurídico, para a definição do *quantum debeatur*, ele se remete à “condição econômica do ofensor” e à “posição social ou política do ofendido” como parâmetros a serem considerados pelo magistrado.

A “condição econômica do ofensor” não deve ser critério para estipular o valor da indenização, pela simples razão de que o foco da indenização civil deve ser a vítima, e não o agente; o dano, e não a conduta.

A extensão objetiva do dano não varia de acordo com a condição econômica do agente. A dor sofrida pela perda de um familiar vítima de homicídio, por exemplo, é objetivamente a mesma a despeito da condição econômica do homicida.

O mesmo se aplica à “posição social ou política do ofendido”, disposição que pode dar ensejo a enormes injustiças. Se uma mesma conduta causou dano idêntico a pessoas de diferentes posições sociais, a indenização a ser paga deve ser a mesma, a despeito da posição social do ofendido, sob pena de se violar o princípio da igualdade. A previsão de que a condição econômica do agente deva servir como critério para o estabelecimento da indenização introduz no ordenamento jurídico brasileiro o caráter punitivo, e não meramente compensatório, da indenização do dano moral.

Por isso, para aferir o valor da indenização do dano moral basta que sejam ob-

servados os outros critérios incluídos no PL: a gravidade e repercussão da ofensa e o sofrimento experimentado pela vítima.

4.2.2 PLS 114/2008

O PLS 114/2008 propõe a alteração do *caput* do art. 944 do CC e a introdução de cinco critérios para o juiz estabelecer a indenização dos danos morais: (i) a extensão e a gravidade do dano; (ii) a gravidade e a repercussão da ofensa; (iii) o sofrimento experimentado pelo ofendido; (iv) a condição econômica do ofensor; e (v) se o valor pleiteado se ajusta à situação posta em julgamento. O § 1º estabelece um teto para a indenização em R\$ 20.000,00. O PLS recebeu parecer do Relator pela aprovação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, com Emenda, mas o teor do parecer ainda não está disponível no sítio do Senado Federal – o que deverá ocorrer após sua votação por aquela Comissão.

Essa proposição apresenta um problema grave de juridicidade, pois altera o *caput* do art. 944 do CC, que contém a regra geral da indenização por dano em sentido amplo (material, moral e à imagem). Com a alteração proposta, o art. 944 passaria a tratar especificamente da indenização do dano moral, ferindo a sistemática do Código Civil.

O art. 944 deve continuar a tratar da indenização em sentido amplo, caso contrário o Código Civil deixaria de ter dispositivo dirigido ao dano material e à imagem – o que seria inconcebível.

No mérito, a maioria dos critérios a serem levados em consideração pelo juiz para a determinação da indenização coaduna-se com o princípio da reparação integral do dano e os usualmente adotados pela jurisprudência. São adequados para se medir o dano moral e aferir o valor da indenização: gravidade e extensão do dano, gra-

vidade e repercussão da ofensa, o sofrimento experimentado pelo ofendido, e se o valor se ajusta à situação posta em julgamento; seria o exame da proporcionalidade. Por outro lado, o PL introduz elemento característico do caráter punitivo da indenização, qual seja, a condição econômica do ofensor. Como visto anteriormente, é discutível a utilização desse critério do ponto de vista da teoria da responsabilidade civil, pois o foco da indenização seria desviado do dano sofrido pela vítima, em direção à conduta do ofensor. A dor sofrida pela vítima é a mesma, independentemente da condição econômica do ofensor.

4.2.3 PLS 334/2008

O PLS 334/2008 propõe a introdução de uma lei especial para regulamentar o dano moral e sua reparação. A proposição coaduna-se com o art. 944 do CC, ao prever que a “indenização (...) tem caráter exclusivamente compensatório”, em harmonia com a tradição romano-germânica da indenização.

O Projeto nasceu da minuta elaborada por Mirna Cianci em sua obra *O Valor da Reparação Moral* (Cianci 2007). Partindo do exame exaustivo da jurisprudência, foram estabelecidos os critérios que deverão ser levados em conta pelo julgador para a fixação da indenização dos danos morais, bem como dos parâmetros que deverão ser observados na fixação do valor da indenização. O PLS 334/2008 prevê que, ao fixar o valor da indenização, o juiz deverá observar (i) o bem jurídico ofendido; (ii) a posição socioeconômica da vítima; (iii) a repercussão social e pessoal do dano; (iv) a possibilidade de superação psicológica do dano, quando a vítima for pessoa física, e de recomposição da imagem econômica ou comercial, quando pessoa jurídica; (v) a extensão da ofensa e a duração dos seus efeitos; e (vi) o potencial inibitório do valor estabelecido.

O PLS recebeu parecer do Relator pela aprovação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, com emendas, mas o teor do parecer e o das emendas ainda não estão disponíveis no sítio do Senado Federal.

A quase-totalidade dos critérios diz respeito ao dano efetivamente sofrido pela vítima, a ser reparado, o que possibilitará a fixação da indenização na extensão do dano, conforme o art. 944 do CC.

Por outro lado, o Projeto contém dois elementos que introduzem o caráter punitivo da indenização: o potencial inibitório do valor estabelecido é contraditório com o caráter “exclusivamente compensatório” da indenização estabelecido no *caput* do artigo. Além disso, esse critério não mede o dano, mas tem foco na conduta do agente – o que se afasta do princípio da reparação integral do dano.

Do texto original proposto por Mirna Cianci não constava o critério do potencial inibitório do valor da indenização, que foi introduzido ao PL pelo seu autor, em contradição com o *caput* do artigo, que estabelece textualmente que a indenização tem função exclusivamente compensatória.

O critério da repercussão social e pessoal do dano refere-se à “esfera ideal do ofendido”, conforme ressaltado pela Justificação do Projeto. No entanto, a redação não deixa claro esse aspecto, o que poderia levar o intérprete a considerar a repercussão social do dano, sendo que o critério relevante para se medir o dano e fixar a indenização é a repercussão do dano na esfera ideal da vítima.

4.2.4 Emendas substitutivas ao PL 7.124/2002 e ao PL 2.496/2007

Há mais duas proposições que estabelecem critérios para a fixação dos danos morais. São as Emendas Substitutivas apresentadas ao PL 7.124/2002 e ao PL 2.496/2007, ambas de igual teor. Essas

Emendas disciplinaram detalhadamente o regime da indenização dos danos morais. Destacam-se os principais dispositivos que se relacionam com o que se discute neste artigo:

“Art. 7º. Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

“§ 1º. Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis: I – ofensa de natureza leve: até R\$ 8.000,00 (oito mil Reais); II – ofensa de natureza média: até R\$ 40.000,00 (quarenta mil Reais); III – ofensa de natureza grave: até R\$ 100.000,00 (cem mil Reais).

“§ 2º. Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política, econômica e creditícia das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

“§ 3º. A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.”

Para fixar o valor da indenização dos danos morais o juiz deverá considerar os seguintes critérios, convenientes e necessários para a avaliação do dano moral: (i) o teor do bem jurídico tutelado; (ii) os reflexos pessoais da ação ou omissão; (iii) a possibilidade de superação física ou psicológica; (iv) a extensão e duração dos efeitos da ofensa; (v) as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; (vi) a intensidade do sofrimento ou humilhação; (vii) o esforço efetivo para minimizar

a ofensa ou lesão; (viii) o perdão, tácito ou expresso.

Ao lado desses critérios, no entanto, as Emendas propõem alguns critérios relacionados com o ofensor e sua conduta, que não auxiliarão o juiz a avaliar a extensão do dano sofrido, a saber: (i) os reflexos sociais da ação ou omissão; (ii) a situação social, política, econômica e creditícia das pessoas envolvidas; (iii) o grau de dolo ou culpa; (iv) a existência de retratação espontânea.

As Emendas propõem patamares para o valor da indenização, dependendo da natureza da ofensa, com a limitação de que: “A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado”. Trata-se de regra que se harmoniza com o princípio da proporcionalidade do valor da indenização, de forma a evitar o enriquecimento sem causa, consagrado pela jurisprudência do STJ.

As duas Emendas já foram apreciadas pelos Relatores das matérias, que chegaram a conclusões opostas. A Emenda ao PL 7.124/2002, que está tramitando na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, recebeu parecer pela inconstitucionalidade e pela rejeição no mérito, pelos mesmos motivos pelos quais o PL 7.124/2002, propriamente dito, foi apreciado: seria inconstitucional, por conter regras excessivas de responsabilização por danos morais, o que violaria o direito à liberdade de expressão e a liberdade de comunicação (art. 5º, IV e IX, e art. 220, § 1º, da CF); e no mérito, o Relator entendeu que não seria possível “conceituar o dano moral e estabelecer os bens juridicamente tutelados”.

Esse parecer deverá ser votado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Já a Emenda ao PL 2.496/2007, que está tramitando na Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, recebeu parecer favorável no mérito,³⁰ entendendo o Relator que ela contém critérios para serem utilizados pelo juiz na fixação dos danos morais, nos seguintes termos: “Nesse sentido, a Emenda apresentada é mais completa, ao estabelecer uma série de critérios objetivos que deverão ser levados em conta pelo julgador para a fixação dos danos morais, garantindo o devido processo legal, de forma a evitar condenações excessivas, arbitrárias ou mesmo incabíveis. Por esta razão sugerimos a aprovação da Emenda, apenas com a devida adequação na técnica legislativa”.

Em 26.11.2008 a Comissão de Defesa do Consumidor aprovou o parecer do Relator, pela aprovação do PL 2.496/2002 e da Emenda, com substitutivo. A proposição aguarda apreciação pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

5. Conclusão

Há muita discussão a respeito da aplicação da indenização punitiva. Nos EUA a doutrina e a jurisprudência estão preocupadas com a evolução das indenizações milionárias, e buscam estabelecer critérios para trazer as indenizações a patamares razoáveis e proporcionais ao dano, para a garantia do devido processo legal.

30. O parecer é pela aprovação da Emenda, com adequação de técnica legislativa. Isto porque a forma da Emenda Substitutiva ao PL 2.496/2007 sofre de inadequação à técnica legislativa. A epígrafe não dialoga com a parte dispositiva. Na epígrafe ao PL 2.496/2007 consta que a proposição introduz um parágrafo único ao art. 6º da Lei 8.078, de 11.9.1990. A Emenda contém a mesma epígrafe, mas o texto legislativo proposto não é a introdução de um parágrafo único ao art. 6º; ao contrário, referido artigo sequer é mencionado. A Emenda contém nove artigos independentes, de tal forma como se fosse lei própria – o que não é possível, diante das normas de elaboração legislativa.

A introdução da indenização punitiva em países de tradição romano-germânica é muito discutível. A Corte Suprema de Cassação da Itália já se posicionou contrariamente, e há decisões contraditórias na Suprema Corte alemã.

No Brasil, a despeito de inexistir previsão legal da indenização punitiva, discute-se a idéia do caráter punitivo da indenização como uma das funções da indenização dos danos morais. A doutrina é controversa e a jurisprudência do STJ é contraditória. A discussão encontra reflexo no Poder Legislativo, no bojo das discussões a respeito de projetos de leis que visam a estabelecer a disciplina da reparação dos danos morais.

O centro do debate é a possibilidade de se aplicar a indenização punitiva em relação ao dano moral, ou seja, a imposição de uma pena pecuniária desvinculada da extensão do dano sofrido, que teria por finalidade a prevenção de novas práticas ilícitas violadoras de direitos. Várias são as questões acerca da aplicabilidade da indenização punitiva no campo do dano moral, em razão da tradicional regra de que a indenização deve refletir a extensão do dano causado, mas principalmente pela inexistência de previsão legal expressa da disciplina dos danos morais.

Ainda que o posicionamento atual da responsabilidade civil seja no sentido de garantir à vítima a reparação do dano sofrido, deixando-se de lado o ideal de vingança, diversos doutrinadores defendem a aplicação de sanção ao agressor por meio de um incremento ao valor da satisfação, seja para puni-lo, seja para evitar novas lesões.

Essa penalidade, porém, não pode ser aplicada sem que haja lei prevendo a infração a ela ligada, conforme o preceito *nulum crimen, nulla poena sine lege*. Dessa forma, o caráter punitivo fica limitado às disposições legais, não podendo prevalecer sobre o princípio da legalidade. Acres-

cente-se a possibilidade de ocorrer *bis in idem* no caso de sentenças no campo penal e no cível que venham a punir o ofensor, e a não-observância das garantias processuais devidas – argumentos que invalidam a corrente punitiva.

A natureza da indenização do dano moral é essencialmente reparatória da lesão sofrida, tendo como efeito imediato e pretendido a satisfação do dano. Não é desejável se afastar, no âmbito da responsabilidade civil, do caráter exclusivamente compensatório da indenização. O caráter punitivo é matéria de direito penal, foro no qual o Estado tem o poder de reprimir condutas consideradas injustas, com todas as garantias do devido processo legal, tendo a pena caráter retributivo e preventivo de condutas semelhantes.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (2006). *Dano Moral e Indenização Punitiva: os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense.
- BENINI, Stefano (coord.) (2008). *La Giurisprudenza delle Sezioni Civili della Corte Di Cassazione – Anno 2007. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, Rassegna della Giurisprudenza di Legittimità*. Roma, 314 pp., janeiro/2008 (disponível em <http://www.cortedicassazione.it/Documenti/RassegnaCivile2007.pdf>, acesso em 22.9.2008).
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada (2005). *Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor*. Rio de Janeiro, Renovar.
- CAHALI, Yussef Said (2005). *Dano Moral*. 3ª ed. São Paulo, Ed. RT.
- CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva (1996). “A evolução histórica do dano moral.” *Revista do Advogado* 49/32-46. São Paulo, dezembro/1996.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio (2007). *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo, Atlas.

- CIANCI, Mirna (2007). *O Valor da Reparação Moral*. São Paulo, Saraiva.
- COSTA, Judith Martins, e PARGENDLER, Mariana Souza (2005). "Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro)". *Revista CEJ/Centro de Estudos Judiciários* 28/15-32. Ano 9. Brasília, janeiro-março/2005.
- GONÇALVES, Vítor Fernandes (2005). *A Punição na Responsabilidade Civil: a Indenização do Dano Moral e da Lesão a Interesses Difusos*. Brasília, Brasília Jurídica.
- MAGGI, Bruno Oliveira (2007). "Nova proposta de classificação do dano no direito civil." *RDPrivado* 32/32-54. Outubro-dezembro/2007.
- MELO, Nehemias Domingos de (2005). "Por uma nova teoria da reparação por danos morais." *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo* 15/191-200. São Paulo, janeiro-junho/2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de (2003). *Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro, Renovar.
- (2004). "*Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas." *Revista Trimestral de Direito Civil* 18/45-78. Ano 5. Rio de Janeiro, abril-junho/2004.
- (2006). "A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil". *Revista Direito, Estado e Sociedade* 9-n. 29/233-258. Rio de Janeiro, julho-dezembro/2006.
- PARGENDLER, Mariana Souza, e COSTA, Judith Martins (2005). "Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro)". *Revista CEJ/Centro de Estudos Judiciários* 28/15-32. Ano 9. Brasília, janeiro-março/2005.
- REIS, Clayton (2002). *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*. Rio de Janeiro, Forense.
- ROSSETTI, Marco (2007). *Parce Sepulto, Ovvero come Porre Fine all'Industria del Lutto* (disponível em http://dottrina-ediritto.ipsoa.it/workare.jsp?visualizza_doc=617044, acesso em 1.3.2007).
- SANTOS, Antônio Jeová (2003). *Dano Moral Indenizável*. 4ª ed. São Paulo, Ed. RT.