

INDENIZAÇÕES PUNITIVAS: novos limites teóricos no âmbito do ordenamento jurídico nacional

Hugo Fernandes Costa¹

Laura Dutra de Abreu²

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar os fatores que contribuíram para a quebra de paradigma da civilística no que tange aos mecanismos responsabilizatórios, desde estudos sociológicos até as contribuições do Direito Comparado. Destarte, visa também estabelecer indispensável análise do caráter punitivo da indenização por danos morais a partir dos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, na ótica do direito civil constitucional e no limiar de uma nova consciência criada a partir do advento da ciência moderna e da expansão do mercado.

PALAVRAS-CHAVE: DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO PUNITIVA. DESESTÍMULO. INSEGURANÇA.

¹ Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior

² Professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior

INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil surge em face do descumprimento obrigacional, da inobservância a preceito normativo que regula a vida em sociedade ou da desobediência à determinada regra contratual. Sob o prisma do Direito Civil Constitucional, os mecanismos responsabilizatórios devem ser encarados do ponto de vista da personalização do Direito Privado, ou seja, da valorização da pessoa em detrimento da desvalorização do patrimônio.

A dignidade humana, a partir da sua dimensão ontológica apresenta-se como o pressuposto de efetivação dos direitos fundamentais, figurando como seu requisito de existência, bem como seu fim último. Nesta toada, ela atua no ordenamento jurídico como o elemento caracterizador da Constituição, sendo o seu vetor de interpretação e aplicação.

Por outro lado, o reconhecimento de uma visão holística que inclua, sobretudo, o prisma sociológico, permite que melhor se compreenda as expectativas no que tangem aos mecanismos responsabilizatórios quando este atua na sociedade, bem como os pontos de tensão que este se propõe a dissolver quando aplicado. Isso porque, na virada da era pós-industrial, relevantes transformações contribuíram para o aumento da expectativa por segurança, gerando reflexos não só na seara do Direito Penal, mas também no Direito Privado.

Para melhor interpretação do instituto, analisar-se-á pontos de conflito patentes na sociedade, concomitantes às alterações e quebras de paradigma da civilística nacional, mais precisamente da natureza jurídica da indenização por danos morais.

Discute-se, na atualidade, o papel que a responsabilidade civil deve desempenhar no ordenamento jurídico. Nessa esteira, além da reparação do

dano, sua função estrutural, vislumbra-se uma distorção no sentido de ampliar suas funções, abarcando função punitiva, pedagógica, de desestímulo.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Direito civil constitucional e responsabilidade civil

Atualmente, a maior parte da doutrina civilista reconhece o impacto do texto constitucional nas relações privadas, afastando a cristalizada ideia de outrora da Constituição como mera carta política.

As influências burguesas e liberais em que o direito civil foi concebido se dissipam paulatinamente na medida em que se determina o predomínio das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais.

A mentalidade preponderante na sociedade ocidental do século XIX de um sistema fechado e detentor de todas as respostas normativas se esvai na medida em que percebe-se o paradoxo entre a velocidade do progresso tecnológico e a lentidão no amadurecimento do ordenamento jurídico, tal fenômeno exigiu a adoção, por parte do legislador, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, abrindo maior espaço ao intérprete na solução de situações conflituosas até então imprevisíveis.

Nessa esteira, o direito da responsabilidade civil está apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, dada sua flexibilidade e simplicidade, competindo ao magistrado o preenchimento de cláusulas gerais a partir do exame do caso concreto.

A dignidade humana, vetor de interpretação e aplicação da Constituição, gerou um importante impacto no sistema de responsabilidade civil. Colocou-se em evidência a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima em detrimento da anterior função moralizadora, outrora considerada um aspecto basilar do instituto.

A canônica finalidade de moralização da responsabilidade civil cede espaço ao princípio da proteção da pessoa humana (art. 1º, III, CF) bem como à realização de um dever geral de solidariedade (art. 3º, I, CF).

1.2 Responsabilidade civil e (in)segurança

Os institutos jurídicos exigem reinterpretações e transformações à medida que se vislumbra a necessidade de aliviar pontos de tensão na sociedade ou a partir do surgimento de transformações da própria realidade.

Tais transformações aparecem revestidas das mais diversas causas, sejam elas climáticas, culturais, biológicas etc. E a partir dessas se deduz a carestia de se provocar um novo processo de reequilíbrio e estabilização social.

Para uma análise mais apurada da responsabilidade civil, mais precisamente da indenização por danos morais, é imprescindível que se fixe marcos metodológicos capazes de limitar tal análise.

No caso da indenização por danos morais, o presente trabalho parte da ideia contida no *caput* do Art. 944 do Código Civil de 2002 – cuja “indenização mede-se pela extensão do dano” – e tem como ponto final, até então, o entendimento que vem sendo firmado pela doutrina e jurisprudência no sentido de atribuir às indenizações por danos morais um viés punitivo, ultrapassando o texto legal.

Para uma certa apreciação do processo situado entre os recortes metodológicos dessa pesquisa, isto é, aquilo que rompeu com a inércia encontrada em um primeiro momento, é preciso observar que o surgimento de uma nova figura - abarcando função exemplar, pedagógica, punitiva, de consolo, de desestímulo, de instrumento de justiça social, de distribuição de renda, de substituição dos deveres do Estado etc. – tem como propósito responder a um ponto de tensão social criado a partir de reiterados eventos

danosos capazes de despertar sentimentos de dor, vexame, sofrimento e humilhação.

Com isso, procura-se reafirmar a existência de um novo cenário, que busca suprimir a insegurança que vem se evidenciando nas relações privadas.

Considerando que a função pedagógica dos danos morais se configura como uma figura anômala entre a seara penal e cível, é possível tecer algumas constatações capazes de apontar para o fator responsável por essa nova forma de interpretação do instituto.

No direito penal, a exarcebação da expectativa por segurança tornou-se base de aceitação da sociedade e também causa que legitima a adoção de medidas repressivas penais inconstitucionais, uma vez que o medo, desde que tenha suas causas mitigadas, começa a justificar práticas que violam os direitos e as liberdades individuais.

Desenvolve-se então, no Brasil, a denominada Teoria do Desestímulo, que parte do conceito estadunidense de *punitive damages*, e tem como fundamento basilar da indenização (por danos morais) punitiva a ideia de prevenir para que o autor do ato que resultou o dano não volte a cometê-lo.

Segundo A. Menezes Cordeiro (apud MORAES, 2010, p.351)

ficou claro que a indemnização, por danos morais – aliás, meramente compensatória- surgia, quase, como que uma pena acessória, no campo criminal”. Salienta ainda que tal aspecto é pacífico, assumindo a indenização por danos imateriais .

Tal viés punitivo das indenizações por danos morais surge e se desenvolve, do ponto de vista histórico, de forma concomitante ao conceito de “ambiência” desenvolvido por Jean Baudrillard, cenário esse que inscreve nas grandes cidades um canal de satisfações previamente calculado e cujo

envolvimento é total, inteiramente climatizado, organizado, culturalizado. Na fenomenologia do consumo, a climatização geral da vida, dos bens, dos objectos, dos serviços, das condutas e das relações sociais representa o estádio completo e <<consumado>> na evolução que vai da abundância pura e simples, através dos feixes articulados de objectos, até ao

condicionamento total dos actos e do tempo. (BAUDRILLARD, 2011, p. 19)

As grandes contradições e disparidades da vida quotidiana neutralizam-se em um cenário cuja homogeneidade é construída a partir das ofertas de mercado que se propõem a resolver e oferecer condições que maculam um cenário confortável e estável ao consumidor. Trabalho, natureza, cultura e clima são fatores cujos anseios se mostram claramente expostos pelo mercado e cujas soluções são ligeiramente criadas pelo mesmo.

A Primavera perpétua (confortável, segura e asséptica) prometida à humanidade pela ciência afastou as intemperanças da natureza, os obstáculos físicos intransponíveis de outrora e as chagas fatais. Chamar-se-á à ribalta o sociólogo polonês do final do século XX – Zygmunt Bauman (2008, p. 113) que traduz esse momento no seguinte sentido:

Agora se podia ter a esperança de que a aleatoriedade e imprevisibilidade da natureza fossem apenas perturbadores temporários, e acreditar que a perspectiva de obrigar a natureza a obedecer à vontade dos seres humanos era apenas uma questão de tempo.

Remodelaram-se, então, as ameaças, tornando-as previsíveis e evitáveis aos avanços da ciência. A continuidade da tensão na expectativa por segurança fez com que se desenvolvessem outros instrumentos norteados pelo mesmo propósito, entre eles, o dano coercitivo.

O dano punitivo surge com a máxima de não só facilitar o máximo socorro à vítima, mas também protegê-la. Contudo, a tensão gerada na expectativa por segurança se retroalimenta e produz reflexos inclusive nos mecanismos responsabilizatórios.

O notório caso estadunidense *Liebeck v. McDonald's Restaurants* é um exemplo quase anedótico de dano punitivo. Trata-se de uma senhora de 79 anos que teve queimaduras de segundo e terceiro grau em cerca de 10% de sua pele. A queimadura se deu em virtude da mesma ter retirado a tampa de um café comprado na lanchonete concomitante à manobra de um carro em

movimento. Além dos danos materiais, o júri estabeleceu um valor superior a R\$ 2 milhões de dólares a título de danos morais.

A análise desse cenário revela que a exarcebada busca por segurança gerou a impossibilidade de se admitir entraves cotidianos, ainda que esses estejam inteiramente inseridos no âmbito de ação da vítima. Gerando, como forma de prevenir o inafastável e imprevisível, um meio daquela atingir o agente que mais se aproxima da situação de desgaste.

2 NATUREZA JURÍDICA DO DANO MORAL

No que tange à natureza jurídica da indenização por danos morais, doutrina e jurisprudência salientam controvérsias. Uma primeira corrente afasta completamente seu caráter disciplinador ou pedagógico, persistindo o mero intuito compensatório, enquanto outra se constrói justamente pelo antagonismo, defendendo o caráter punitivo da indenização, tese adotada nos Estados Unidos a partir do conceito de *punitive damages* e desenvolvida no Brasil por Carlos Alberto Bittar, denominada de Teoria do desestímulo.

Sem que haja unanimidade, uma tese relativamente recente tem prevalecido na jurisprudência nacional, cuja finalidade é ressaltar um caráter duplo da indenização decorrente de dano moral. Em primeiro plano, nota-se o intuito indispensável e fundamental de reparação, enquanto o caráter pedagógico ou disciplinador se faz acessório (teoria do desestímulo mitigada).

O STJ vem firmando entendimento corolário à última corrente, que mesmo em segundo plano, admite o viés educativo das indenizações. Desta feita, colaciona-se:

Responsabilidade civil – Dano Moral – Valor da indenização. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte

a reincidir. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 4. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 604.801/RS, Recurso especial, 2003/0180031-4, Ministra Eliana Calmon (1114) T2 – Segunda Turma 23.03.2014, DJ 07.03.2005, p. 214).

Sérgio Cavalieri Filho (2003, p.79) assinala que a imposição de pena ao ofensor serve “para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões” conquanto a “indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima”.

No mesmo sentido sinalizou a Comissão de responsabilidade civil da “IV Jornada de Direito Civil”, aprovando o Enunciado n. 379 do CJP/STJ, preconizando que “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

Embora permaneçam estruturais as diferenças entre os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, é notória a transposição de institutos do direito norte-americano em nosso ordenamento jurídico pátrio

Destarte, deve-se ressaltar que esse fenômeno muitas vezes se dá de forma irrefletida e isolada, podendo colocar em risco princípios que norteiam e assumem posição central nas decisões de nossos tribunais.

No que tange ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, é fácil reconhecer seu potencial argumentativo bem como sua influência em diversos artigos do Código Civil de 2002. De fato, esse fenômeno muito se deve à influência do direito canônico nos ordenamento romano-germânicos que, diferente dos países que adotam o sistema da *common law*, o mesmo princípio muitas vezes aparece de forma marginal e pouco relevante.

Conforme assinala Pontes de Miranda (apud MORAES, 2010, p. 377):

[...] em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por

incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não se houvesse produzido o fato ilícito (*lato sensu*) de que se irradiou o dever de indenizar [...].

O Código Civil de 2002, ao estabelecer a extensão do dano como parâmetro para a indenização, restringe a possibilidade de locupletamento ilícito àquele que sofreu violação a um direito da personalidade. O fato ilícito enseja o dever de indenizar, voltando a vítima ao *status quo ante*.

É necessário sublinhar que nos países de tradição romano-germânica, a função punitiva e a função pedagógica são medidas cabíveis somente na seara do direito penal.

Conforme já assinalado, o instituto dos *punitive damages* constitui figura intermediária entre o direito civil e o direito penal, atribuindo à responsabilidade civil funções incompatíveis com sua natureza, sejam as de punição, dissuasão, castigo, vingança e prevenção.

O princípio da legalidade, consagrado no art. 1º do Código Penal Brasileiro, segundo o qual “Não há pena sem prévia cominação legal” é negligenciado tendo em vista a admissão do caráter punitivo das indenizações por danos morais a partir da ausência completa de previsão legislativa. Na mesma esteira, as garantias substanciais e processuais colocadas à disposição do ofensor no juízo criminal estão ausentes na seara do direito civil.

A aplicação genérica do instituto da indenização punitiva sobrepõe o ímpeto de vingança às garantias multisseculares previstas em nossa Carta Magna. A liberdade funcional conferida aos magistrados sofre severas limitações no que tange à legalidade, proporcionalidade e tipicidade, não podendo restar, ao mero alvedrio do judiciário, a atribuição de penalidades.

Além do mais, deve-se rechaçar no Direito a hipótese de *bis in idem*, do latim, “repetição sobre o mesmo”, nesse caso, sobre a mesma pena. Partindo do mesmo entendimento, destaca Maria Celina Bodin de Moraes: “é de se

ressaltar que grande parte dos danos extrapatrimoniais, aos quais se pode impor caráter punitivo, se configura também como crime” (2010, p. 375)

CONCLUSÃO

O presente trabalho deixa entrever que os mecanismos reponsabilizatórios atuam como forma de controle social cuja finalidade é neutralizar pontos de tensão gerados na sociedade. Destarte, a evolução do ambiente vivencial humano pressupõe novas formas de interpretação da responsabilidade civil.

Assim, perceber-se-á a pós-modernidade prescrevendo a carestia de novos modelos de realização do direito. Com a guinada de uma economia de *'mass production'*, os institutos de direito privado começam a exigir a adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, abrindo maior espaço ao intérprete na solução de situações conflituosas até então imprevisíveis.

Nessa esteira, o direito da responsabilidade civil esta apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, dada sua flexibilidade e simplicidade, competindo ao magistrado o preenchimento de cláusulas gerais a partir do exame do caso concreto.

Após analisar a relação da humanidade com o sinistro e o dano, conclui-se pela sua total indisposição a aceitá-los, norteados pela noção que se instaurou de exarcebada expectativa por segurança. Assim, compete à doutrina, observando o modelo solidarista imposto pela Constituição, proceder à reconstrução de novos limites teóricos do sistema da responsabilidade civil no âmbito do ordenamento jurídico nacional.

Isso significa que a Dignidade Humana enquanto vetor de interpretação das normas não se curva diante do frenesi provocado pela potencialização da preocupação com o perigo desconhecido.

No mesmo sentido, assinala Maria Celina Bodin de Moraes 2010, p. 330)

A ausência de rigor científico e objetividade na conceituação do dano moral têm gerado obstáculos ao adequado desenvolvimento da responsabilidade civil, além de perpetrar, cotidianamente, graves injustiças e incertezas aos jurisdicionados.

Conclui-se, trazendo à baila a figura das agências reguladoras, que devido à sua função executiva têm poder de fiscalizar e sancionar pessoas da iniciativa privada. É forçoso observar que, se de um lado há o exarcebado benefício patrimonial conferido de forma isolada pelos *punitive damages*, de outro há a função de implementação de políticas públicas conferido às agências reguladoras, promovendo ferramentas capazes de interferir no domínio econômico para evitar abusos perpetrados por pessoas da iniciativa privada.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 4.ed. ver., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2010.
- RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: Privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v.2: **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.