

A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO: UMA PROPOSTA DE INVESTIGAÇÃO EMPÍRICA

Flavia Portella Püschel*

PUNITIVE DAMAGES IN BRAZILIAN LAW:
PROPOSAL FOR AN EMPIRICAL INVESTIGATION

RESUMO

O ARTIGO PARTE DA CONSTATAÇÃO DE QUE EXISTE RESPONSABILIDADE CIVIL COM FINS PUNITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO, MOSTRANDO O MODO COMO ELA SE INTRODUZIU PELA ATIVIDADE JURISDICIONAL NOS CASOS DE DANOS MORAIS E LEVANTANDO OS PRINCIPAIS PROBLEMAS QUE ESSA SITUAÇÃO REPRESENTA PARA O DIREITO BRASILEIRO DO PONTO DE VISTA DA NOSSA DOGMÁTICA JURÍDICA E DE POLÍTICAS PÚBLICAS. SEU PRINCIPAL OBJETIVO É PROPOR A REALIZAÇÃO DE UMA PESQUISA EMPÍRICA PARA CONHECER A REPRESENTATIVIDADE, OS OBJETIVOS E FUNDAMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O CARÁTER PUNITIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E ESTABELECEER OS CRITÉRIOS A SEREM UTILIZADOS NESTA PESQUISA, A PARTIR DAS TEORIAS DA PENA.

PALAVRAS-CHAVE

RESPONSABILIDADE CIVIL, RESPONSABILIDADE CIVIL PUNITIVA, RELAÇÃO ENTRE DIREITO CIVIL E DIREITO PENAL, DANOS MORAIS, PENA, JURISPRUDÊNCIA, PESQUISA EMPÍRICA.

ABSTRACT

TAKING THE EXISTENCE OF CIVIL RESPONSIBILITY WITH PUNITIVE PURPOSES IN BRAZILIAN LAW INTO ACCOUNT, THIS ARTICLE EXPLAINS HOW IT WAS INTRODUCED BY JURISDICTIONAL ACTIVITY IN CASES INVOLVING MORAL DAMAGES AND POINTS OUT THE MAIN PROBLEMS THIS SITUATION POSES TO BRAZILIAN LAW FROM THE STANDPOINT OF OUR JURIDICAL DOGMATICS AND PUBLIC POLICIES. ITS MAIN GOAL IS TO PROPOSE THE EXECUTION OF AN EMPIRICAL RESEARCH IN ORDER TO OBTAIN DATA ABOUT THE DIMENSION, GOALS AND JUSTIFICATION OF COURT DECISIONS RECOGNIZING THE PUNITIVE CHARACTER OF CIVIL RESPONSIBILITY FOR MORAL DAMAGES. FURTHERMORE, IT ESTABLISHES CRITERIA FOR USE IN THIS RESEARCH, BASED ON THEORIES OF PUNISHMENT.

KEYWORDS

CIVIL RESPONSIBILITY, PUNITIVE DAMAGES, RELATIONSHIP BETWEEN CIVIL LAW AND CRIMINAL LAW, MORAL DAMAGES, PUNISHMENT, CASE LAW, EMPIRICAL RESEARCH

INTRODUÇÃO

Partindo da constatação da existência de responsabilidade civil com fins punitivos no direito brasileiro¹, introduzida pela atividade jurisdicional nos casos de danos morais, este artigo tem como objetivo central estabelecer critérios a serem utilizados em uma pesquisa empírica, proposta para se conhecer a dimensão exata, os fundamentos e objetivos da jurisprudência brasileira que admite o caráter punitivo da responsabilidade civil por danos morais.

018: A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

A decisão acerca dos objetivos sociais que devem ser perseguidos por meio do instituto da responsabilidade civil é política. Diante disso, é fundamental que se faça um debate público aberto sobre a responsabilidade civil punitiva. A pesquisa empírica que se vai propor justifica-se diante disso porque, embora seja conhecida a existência de decisões judiciais que reconhecem a responsabilidade civil punitiva, a falta de dados precisos sobre suas características faz com que permaneça obscura para a sociedade.

Este artigo não se propõe a apresentar argumentos favoráveis ou contrários à responsabilidade civil punitiva. Ainda que seja possível afirmar desde já que a distinção entre danos patrimoniais e danos morais não fornece um critério racional para estabelecer quando a responsabilidade civil deve ser punitiva e que sua introdução em nosso direito com base nesse critério foi circunstancial, uma conclusão acerca da conveniência da aceitação de uma função punitiva para a responsabilidade civil em nosso sistema jurídico depende de análises que não poderão ser feitas no âmbito deste trabalho.

Ao sintetizar os problemas envolvidos com o reconhecimento de um caráter punitivo para a responsabilidade civil e propor um levantamento de jurisprudência, este artigo pretende ser um passo na reconstrução do Direito brasileiro da responsabilidade civil tal como este se apresenta hoje e, por meio dessa reconstrução, contribuir para que o debate acerca da função punitiva da responsabilidade civil ocorra de modo informado.

I – O PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO E O CARÁTER PUNITIVO DA RESPONSABILIDADE POR DANO MORAL

O art. 944, *caput*, do Código Civil brasileiro estabelece: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Com esse artigo, o CC reafirma o “princípio da restituição”², segundo o qual, a função da responsabilidade civil é indenizar pelo prejuízo, idéia já considerada como essencial à noção de responsabilidade civil durante a vigência do Código Civil anterior.

Assim é que, na vigência do Código Civil de 1916, J. de AGUIAR DIAS³ afirmava: “A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior”. Em outra passagem⁴, completava: “... a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar”.

No entanto, ainda antes da entrada em vigor do CC, desenvolveu-se na doutrina acerca da responsabilidade por danos *morais* uma tendência à aceitação – ainda que não unânime e muitas vezes não problematizada ou fundamentada – da função punitiva da responsabilidade civil para esses casos⁵.

De modo que, anteriormente à entrada em vigor do CC de 2002, formou-se na doutrina da responsabilidade civil uma espécie de curiosa contradição entre o que se considera ser a função da responsabilidade civil em geral e as funções muitas vezes atribuídas a um caso específico de responsabilidade, que é a responsabilidade por danos morais⁶.

Apenas a título de exemplo, pode-se observar esse fenômeno no cotejo das páginas de uma mesma obra, esta já referente ao CC atualmente em vigor:

C. A. MENEZES DIREITO e S. CAVALIERI FILHO⁷, tratando da função da responsabilidade civil em geral, afirmam: “O fim da responsabilidade civil é a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido o dano. Indenizar significa tornar indene a vítima; reparar todo o dano por ela sofrido (...) O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*”.

Mais adiante, ao cuidar da quantificação do dano moral, os mesmos autores⁸ afirmam que o sistema para determinação do valor da indenização nesses casos tem a finalidade de “impor uma reparação que alcance a satisfação do lesado e a punição do causador do dano na justa medida”.

Os autores não explicam a aparente contradição entre o objetivo de punição do causador do dano e aquilo que afirmaram antes acerca do fim da responsabilidade civil. Seria o dano moral uma exceção à regra? Nesse caso, qual o seu fundamento?

É apenas nas obras que cuidam especificamente da responsabilidade por dano moral que se encontra a discussão do tema da função punitiva da responsabilidade civil na doutrina brasileira. Mas, mesmo nesses casos, a abordagem normalmente encontrada na doutrina nacional deixa as questões acima sem resposta satisfatória.

Parece-me que uma hipótese plausível para explicar essa situação da doutrina é a força do “princípio da restituição”, isto é, a força da idéia segundo a qual o objetivo da responsabilidade civil é indenizar, colocar a vítima na situação em que estaria caso o dano não tivesse ocorrido.

O “princípio da restituição” parece estar tão enraizado que é um dos critérios mais usados justamente para distinguir os campos próprios das responsabilidades civil e penal: ao Direito Civil cabe cuidar da indenização, ao Direito Penal cabe punir o responsável⁹.

Além dessa situação interna à doutrina, observa-se também um fenômeno interessante na relação entre a doutrina e a jurisprudência nesse tema.

Trata-se da mencionada existência tanto nos tribunais estaduais quanto no Superior Tribunal de Justiça (STJ), notadamente em acórdãos sobre responsabilidade civil por dano moral, de muitas decisões em que se admite expressamente ou utiliza veladamente a idéia de punição para calcular o valor da indenização, em clara contradição com o “princípio da restituição”¹⁰.

020 : A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO *FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL*

Todos que estudam ou trabalham com questões de responsabilidade civil sabem, por experiência própria, que essa jurisprudência existe. No entanto, não foi feita ainda entre nós uma análise sistemática dessas decisões judiciais que permita sua reconstrução racional e uma reflexão sobre o modo como ela se encaixa – ou não – no sistema brasileiro de responsabilidade. Tampouco há dados sobre os seus efeitos práticos.

Penso que isso se deve às seguintes razões. Em primeiro lugar, há o grande número de decisões. Como a questão é tratada pelos tribunais estaduais, que decidem de forma independente, para conhecer em sua totalidade o estado da questão no país, seria preciso conhecer as decisões de cada um dos tribunais estaduais. Mesmo que nos limitemos ao STJ, o número de decisões a esse respeito ainda é muito grande – e aumenta a cada dia –, dificultando seu acompanhamento.

Além disso, há a própria estrutura do sistema judicial brasileiro, no qual as cortes superiores – embora possam rever as decisões dos tribunais inferiores – não vinculam diretamente essas decisões.

Por fim, como os precedentes de uma corte tampouco vinculam suas próprias decisões posteriores, as exigências de coerência são baixas para cada tribunal. Sendo assim, a consolidação de decisões uniformes em um mesmo sentido pode demorar décadas para ocorrer ou não ocorrer nunca.

De todo modo, quando trata da função da responsabilidade civil em geral, nossa doutrina, embora conheça a existência de decisões judiciais que atribuem caráter punitivo à responsabilidade civil por danos morais, não reflete adequadamente sobre o significado disso para o nosso sistema de responsabilidade civil em geral, evitando considerar os efeitos que tais decisões necessariamente têm sobre um sistema tradicionalmente fundado na idéia de reparação.

I – A RELAÇÃO ENTRE O PROBLEMA DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL E A FUNÇÃO PUNITIVA NA DOCTRINA BRASILEIRA

Por sua própria natureza, o dano moral normalmente não pode ser indenizado, mas apenas compensado, pois não é possível, por meio do pagamento de uma quantia em dinheiro, colocar a vítima na situação em que estaria caso a lesão não houvesse ocorrido¹¹.

Isso, por si só, já representa uma modificação com relação ao princípio da restituição da responsabilidade civil, ainda que não necessariamente a aceitação da sua função punitiva (já que o objetivo de servir de lenitivo para a vítima distingue-se do objetivo de punir o autor do dano).

Além disso, e como consequência dessa sua natureza, o dano moral é muito difícil de ser avaliado, constituindo o tema da sua quantificação um dos mais intrincados e polêmicos da responsabilidade civil no Direito brasileiro.

A inexistência de critérios legais expressos e a dificuldade de avaliação do dano moral por critérios objetivos resultam em grande liberdade para o juiz no momento

da quantificação do prejuízo, permitindo que se introduza com bastante facilidade o objetivo punitivo nesse cálculo, sem necessidade de modificação legislativa ou grande elaboração interpretativa. Portanto, não é de espantar que seja no campo dos danos morais que se tenha introduzido entre nós, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a questão da função punitiva da responsabilidade civil.

De um certo ponto de vista, a admissão de uma responsabilidade com função punitiva representa o retorno a uma tradição da responsabilidade civil. Segundo M. VILLEY¹², o sentido jurídico moderno do termo responsabilidade deriva da moral individualista moderna, concentrando-se, por esse motivo, na conduta do indivíduo. Essa característica foi mitigada com a admissão, cada vez mais freqüente a partir do final do séc. XIX, da responsabilidade objetiva, que mudou o foco da responsabilidade civil: da preocupação com o autor do ilícito e sua conduta, passou-se à preocupação com a vítima e seus prejuízos. Tornou-se mais importante a indenização dos prejuízos do que a reação social à conduta ilícita do autor do dano. Esse desenvolvimento, como se percebe, reforça o “princípio da restituição”.

A admissão de um caráter punitivo da responsabilidade civil retoma o interesse pela conduta ilícita que não está totalmente esquecido. Pelo contrário, está muito vivo na concepção de responsabilidade de juristas e, principalmente, do cidadão comum, que usa indistintamente as palavras culpa e responsabilidade, demonstrando a importância dada à reprovação da conduta como fundamento para a responsabilização.

No entanto, mesmo quando vinculada à reprovação da conduta do autor, a responsabilidade civil não se propunha a realizar a moralização de condutas por meio da condenação a pagar quantias superiores ao dano efetivamente causado¹³. A moralização se manifestava pela adoção da culpa como critério de imputação de responsabilidade¹⁴.

Portanto, ainda que se seja possível identificar essa relação entre responsabilidade punitiva e a tradição de vinculação da responsabilidade civil à reprovação da conduta do autor do ilícito, a verdade é que a admissão de uma função punitiva propõe problemas novos para nós, que precisam ser enfrentados.

Entre esses problemas, pode-se citar a relação entre responsabilidade civil punitiva e o princípio da legalidade, previsto constitucionalmente¹⁵, segundo o qual não pode haver punição sem prévia previsão legal. Embora seja possível argumentar em favor de uma aplicação mais branda do princípio ao Direito Civil¹⁶ – em virtude da menor gravidade da pena imposta –, dispensando-se a previsão de tipos rígidos como no Direito Penal, não se pode escapar da questão da sua conciliação com a responsabilidade civil punitiva.

Outro problema é o das garantias de defesa dadas ao réu. Estando sujeito a uma condenação a título punitivo, é preciso verificar se as garantias oferecidas pelo Direito Civil ao réu são suficientes, ou se seria necessário adotar um maior rigor, a exemplo do Direito Penal.

022: A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

Há também a questão da dupla punição por um mesmo ato, que coloca em dúvida a necessidade e a conveniência de responsabilidade civil punitiva no caso de condutas já punidas pelo Direito Penal ou pelo Direito Administrativo (ou, de todo modo, impõe a necessidade de se pensar a regulação dessas condutas de maneira global, encarando o modo como são tratadas por cada um desses ramos do Direito).

Outro problema decorrente da responsabilidade civil punitiva é a proibição, em nosso sistema, do enriquecimento sem causa da vítima. Não há fundamento jurídico para que a vítima receba um valor que aumente seu patrimônio em relação ao seu estado anterior à ocorrência do ilícito.

Esse problema se faz sentir tanto na jurisprudência¹⁷ quanto na doutrina. A. JEOVÁ SANTOS¹⁸, por exemplo, ao apontar que a jurisprudência brasileira tem evitado a distorção decorrente do estabelecimento de valores excessivos para indenizações, afirma: “O limite a ser observado é que o montante jamais seja excessivo a tal ponto de parecer que houve indevido enriquecimento em detrimento do patrimônio do ofensor”.

No entanto, ao aplicar critérios punitivos para calcular o valor da indenização por dano moral, doutrina e jurisprudência encontram-se diante de uma tarefa complicada, pois é difícil imaginar como evitar o enriquecimento sem causa quando se atribui à vítima um valor que não guarda relação com o dano sofrido e sim com a conduta do autor do ilícito.

É possível, certamente, imaginar formas de superar esse problema com a adoção de medidas especiais, como a determinação de que a parte relativa à punição não deverá ser paga à vítima, mas ao Estado. No entanto, tais soluções dependeriam de alteração legislativa e, portanto, de se admitir abertamente o objetivo de punição e apresentá-lo ao debate público.

Outro problema relacionado à responsabilidade civil punitiva é a sua aplicação a hipóteses de responsabilidade objetiva. A punição só faz sentido se a conduta do autor do dano pode ser considerada reprovável, o que não ocorre se não há culpa. Para condenação punitiva em caso de responsabilidade objetiva, seria preciso, então, provar que, no caso concreto, houve culpa.

A realização de seguros de responsabilidade civil representa um outro problema para a responsabilidade civil punitiva. Afinal, não há efeito punitivo se não é o autor do dano quem de fato paga a indenização.

Os problemas indicados acima são apenas os mais evidentes. É provável que haja muitas outras questões relacionadas à admissão da função punitiva da responsabilidade civil.

Como se disse, na doutrina brasileira, são, sobretudo, os autores que escrevem sobre dano moral que dedicam alguma atenção ao tema da responsabilidade punitiva. Dentre as obras dedicadas à responsabilidade por danos morais, encontramos opiniões favoráveis à admissão de seu caráter punitivo em J. MARTINS-COSTA¹⁹,

C. A. BITTAR²⁰, A. JEOVÁ SANTOS²¹, T. ANCONA LOPEZ²², M. C. BODIN de MORAES²³, entre outros. Entre as opiniões contrárias ao caráter punitivo da responsabilidade civil por danos morais, destaca-se a crítica veemente de H. THEODORO JR.²⁴.

Algumas vezes, a doutrina sobre dano moral faz referência às questões indicadas acima. Encontra-se menção ao risco de violação do princípio da legalidade²⁵, ao risco de dupla punição (em sede civil e penal)²⁶, à diferença das garantias dadas ao ofensor nos juízos civil e criminal²⁷, ao problema do enriquecimento sem causa da vítima²⁸, à questão da possibilidade de responsabilidade civil sem culpa²⁹, bem como ao fato de que, em caso de responsabilidade civil, nem sempre o responsável é quem de fato paga o valor da condenação (relação entre responsabilidade civil e seguros)³⁰.

O que se nota, no entanto, é que na doutrina brasileira as opiniões são ainda pouco desenvolvidas no que se refere ao caráter punitivo da responsabilidade civil. Encontra-se pouca fundamentação ou reflexão sobre as consequências das posições assumidas, sobre a conveniência de suprimir o caráter punitivo da responsabilidade civil ou sobre a possibilidade de estendê-lo para além dos danos morais.

II – PROPOSTA DE PESQUISA EMPÍRICA

Como dito acima, existem no Direito brasileiro decisões judiciais em vários Tribunais, inclusive no STJ, que aceitam o caráter punitivo da responsabilidade civil em matéria de indenização por danos morais.

Tendo em vista que essa jurisprudência é contrária ao “princípio da restituição” e tendo em vista também que a doutrina brasileira parece não incorporar realmente essa posição dos Tribunais em suas reflexões acerca dos objetivos buscados pela responsabilidade civil em geral, é importante investigar melhor a jurisprudência sobre o tema. Com isso será possível reconstruir o direito da responsabilidade civil como ele realmente é hoje.

Indicarei abaixo vários exemplos de decisões judiciais nas quais se manifesta o caráter punitivo da responsabilidade. No entanto, é importante conhecer a dimensão e as características específicas dessa jurisprudência, especialmente quanto aos seus fundamentos e objetivos³¹ e, para isso, é preciso buscar mais do que exemplos. É necessário realizar, a partir dos bancos de dados dos Tribunais, um levantamento empírico para estabelecer quais são e em que proporção aparecem fundamentos punitivos na imputação de responsabilidade civil.

Para realizar tal investigação é preciso estabelecer quais tipos de argumentos invocados na decisão podem ser considerados manifestação da atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil por parte do Tribunal.

Para tanto, é preciso, em primeiro lugar, definir o que se deve entender por pena neste contexto.

024 : A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

Naturalmente, o ramo do Direito no qual a pena é mais discutida é o Direito Penal. Não há consenso entre os penalistas sobre o conceito de pena ou sobre sua função³², mas, de maneira bem geral (isto é, qualquer que seja a teoria adotada quanto às funções da pena³³), pode-se dizer que se trata de uma sanção, pela qual se atribui ao violador de uma norma jurídica um mal, como meio de atingir algum objetivo de interesse social, seja este a prevenção geral negativa ou positiva, a prevenção especial, ou outro³⁴.

A admissão do princípio da restituição resulta em diferenças importantes entre as responsabilidades civil e penal. Nesse contexto, a sanção na responsabilidade civil tem como fim precípua a indenização de um dano. A condenação a reparar pode ser sentida como um mal por parte do responsável, mas esse efeito não é essencial à sanção civil. O caráter accidental desse efeito na responsabilidade civil fica claro se pensarmos que o dever de reparar pode ser atribuído a pessoas que não participaram diretamente da violação da norma (responsabilidade por fato de terceiro) ou que não agiram de modo reprovável (responsabilidade sem culpa).

Em outras palavras, para que se atinja o objetivo de reparação é indiferente que a sanção seja percebida como um mal. No Direito Penal, ao contrário, qualquer que seja a finalidade atribuída à pena, seu caráter de castigo é essencial, pois a finalidade da pena se pretende atingir *por meio* da própria inflicção de um mal³⁵.

As principais teorias sobre a função da pena, desenvolvidas no âmbito do Direito Penal, podem ser descritas, em suas linhas gerais, como se segue.

As teorias *retributivistas* têm um caráter absoluto³⁶. Isso significa que a pena se aplica como um fim em si mesmo, como castigo imposto ao delinqüente pelo fato de haver cometido um ilícito, ou seja, como retribuição proporcional ao mal praticado³⁷.

De acordo com a teoria da *prevenção geral negativa*, a função da pena é atemorizar o público e evitar, por meio do exemplo da punição, que as pessoas venham a delinqüir no futuro. Desse ponto de vista, a pena é uma ameaça dirigida a todos, com um caráter educativo, isto é, com o fim de prevenir a prática de atos ilícitos pelos membros da sociedade³⁸.

Segundo a teoria da *prevenção geral positiva*³⁹, a pena deve garantir os pressupostos da interação social, confirmando as expectativas daqueles que confiam na norma. Nesse sentido, são destinatários da pena não os delinqüentes em potencial, mas essencialmente os membros da sociedade em geral. Para essa teoria, a pena consiste em um “exercício da confiança na norma jurídica” (*Einübung in Normvertrauen*⁴⁰).

De acordo com a teoria da *prevenção especial negativa*, a pena deve impressionar o delinqüente de maneira negativa, para que ele, diante da oportunidade de voltar a delinqüir, opte por não praticar o ilícito. Em outras palavras, desse ponto de vista, a função da pena é impedir, por meio da inflicção de um mal, que o apenado volte a delinqüir no futuro⁴¹.

Para a teoria da *prevenção especial positiva*, a função da pena é fomentar o arrependimento do delinqüente, de modo a corrigi-lo e levá-lo a seguir o caminho da legalidade⁴².

Diante do pano de fundo do que se disse acima a respeito do caráter punitivo da responsabilidade civil e a partir da análise das teorias sobre a pena do Direito Penal, realizou-se uma pesquisa preliminar com decisões do STJ. Objetivo era verificar se é possível encontrar argumentos vinculados a essas teorias da pena nas decisões sobre o cálculo de danos morais desse Tribunal.

Com esse objetivo, foram selecionados acórdãos na base de dados de jurisprudência do STJ a partir das palavras-chave “dano e, moral e valor”⁴³. Dos acórdãos assim levantados foi analisado um certo número de decisões. Não houve preocupação com a quantidade de acórdãos lidos nessa fase do trabalho por tratar-se apenas de uma pesquisa exploratória, sem nenhuma pretensão de quantificar a ocorrência dos vários fundamentos na jurisprudência do Tribunal.

Tendo sido verificada a referência a elementos de várias das teorias tradicionais da pena na jurisprudência sobre quantificação do dano moral do STJ, tratou-se de estabelecer as variáveis que permitiriam responder à questão a respeito da dimensão, fundamentos e objetivos dessa jurisprudência. Com base na doutrina penal sobre a pena, concluiu-se haver sete critérios que, aplicados em conjunto à análise de decisões judiciais, permitem que se atinja esse objetivo.

Em primeiro lugar, destaca-se, naturalmente, a referência expressa por parte do Tribunal à intenção ou objetivo de punir o autor do ilícito ou a atribuição expressa pelo Tribunal dessa função à responsabilidade civil.

Como exemplo de decisão em que a finalidade de punir aparece expressamente, pode-se citar o acórdão do STJ⁴⁴ em caso sobre protesto indevido de título, onde se lê que o valor dos danos morais deve ser fixado com moderação “proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso (...) não deixando de observar, outrossim, a *natureza punitiva* e disciplinadora da indenização” (grifo nosso).

Em segundo lugar, deve-se considerar também a referência expressa do Tribunal à intenção ou objetivo de evitar que o autor do ilícito volte a praticar o mesmo ato ou a atribuição à responsabilidade civil dessa função⁴⁵.

Nesse caso o Tribunal demonstra atribuir à responsabilidade civil uma função de prevenção especial negativa, de dissuasão por meio da inflicção de um mal (a condenação a pagar uma quantia em dinheiro). Note-se que a prevenção especial é um objetivo sem nenhuma relação com a finalidade de indenizar a vítima e não contribui em nada para que esta seja colocada na situação em que estaria caso o ilícito não tivesse ocorrido, nem tampouco para compensá-la pelo dano sofrido.

Como exemplo de referência expressa ao objetivo de prevenção especial, pode-se citar a decisão do STJ em caso de agressão praticada por seguranças de *shopping*

026: A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

*center*⁴⁶, onde se lê que a indenização deve “contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica”.

A busca da dissuasão por meio da punição é característica das teorias de prevenção especial da pena. Trata-se da aplicação de uma lógica punitiva à responsabilidade civil, sem nenhuma relação com a realização do objetivo de colocação da vítima no estado anterior ao dano sofrido ou de compensação pela lesão sofrida.

Em terceiro lugar, pode-se considerar manifestação da concepção punitiva da responsabilidade civil a referência expressa do Tribunal à intenção ou objetivo de evitar que outras pessoas – a população em geral – cometam ilícitos semelhantes àquele sob julgamento. Nesse caso o Tribunal atribui à responsabilidade civil uma função de prevenção geral negativa que, assim como a prevenção especial, é característica de um certo tipo de teoria sobre a pena e tampouco tem relação com o objetivo de indenização da vítima.

Como exemplo de acórdão em que há referência ao objetivo de prevenção geral, pode-se citar decisão do STJ⁴⁷, em caso sobre inscrição indevida em cadastro de devedores inadimplentes, onde se fundamenta a elevação do valor da indenização por dano moral com base no fato de que a condenação a um valor menor representaria “um incentivo à continuidade da prática, que se repete aos milhares em todo o país”.

Em quarto lugar, temos a condenação pela simples violação de um direito, sem demonstração de prejuízo.

Para que haja necessidade de indenizar, é preciso ter havido um dano. Se o objetivo da responsabilidade civil é tornar a vítima indene, não há necessidade de indenização na ausência de prejuízo (é por isso que, na doutrina civilista, o dano é pacificamente aceito como um dos requisitos da responsabilidade civil, seja subjetiva, seja objetiva).

Naturalmente, o dano moral é de tipo especial, que se deixa dificilmente provar e que, normalmente, se pode apenas compensar. Mas a renúncia ao dano, ainda que, do ponto de vista dogmático, disfarçada sob uma presunção de prejuízo, pode indicar que o objetivo buscado não é a reparação, e sim a punição pela violação de uma norma⁴⁸.

Como exemplo desse tipo de caso, pode-se mencionar decisão do STJ⁴⁹ em caso de protesto indevido em que se afirma: “O protesto indevido, por si só, gera direito à indenização por dano moral, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e reputação sofrida”. Veja-se também: STJ – 3ª. T. – RESP n. 233597 – Rel. Carlos Alberto Menezes Direito – 15-09-2000, igualmente sobre protesto de títulos, onde se lê que “não é necessário nestes casos prova alguma do prejuízo, sendo suficiente a prova do fato”.

Com a adoção deste critério, as decisões podem se aproximar da teoria da prevenção geral positiva, discutida atualmente no âmbito do Direito Penal. Segundo essa teoria, a função da pena é reafirmar para a sociedade a validade da norma jurídica

violada, de modo a reforçar nas pessoas em geral o reconhecimento da norma e a confiança nela⁵⁰. Partindo dessa visão, temos que a aplicação da pena se justifica pelo simples fato da violação da norma.

Em quinto lugar, a consideração pelo Tribunal do grau de culpa para calcular o valor da indenização também indica um caráter punitivo da indenização.

Se o objetivo da responsabilidade civil é indenizar ou compensar a vítima, uma vez presentes seus requisitos, o grau de culpa não deveria ter nenhuma consequência. Uma vez condenado, o responsável deveria indenizar pelo prejuízo causado, nem mais, nem menos⁵¹.

A consideração do grau de culpa faz sentido quando se aplica uma pena, pois nesse caso está em jogo a inflicção de um mal ao autor do ilícito, em resposta à sua conduta reprovável (tanto mais reprovável quanto maior a culpa). O princípio da proporcionalidade, segundo o qual a pena deve ser adequada à medida da culpabilidade, é um princípio que se liga às teorias retributivistas da pena.

Exemplo de decisão em que se aplicou tal critério é aquela já citada acima⁵², na qual se afirma que o valor dos danos morais deve ser fixado com moderação “proporcionalmente ao grau de culpa”. No mesmo sentido, o também já citado acórdão: STJ – 4ª. T. – RESP n. 215607 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 17-08-1999.

Em sexto lugar, a consideração da capacidade econômica do autor do ilícito no cálculo do valor da indenização denota igualmente um objetivo punitivo. Com a aplicação desse critério de quantificação, o Tribunal demonstra a preocupação em evitar que, pelo fato de o valor da condenação representar pouco em relação ao montante de seu patrimônio, possa ser vantajoso para o agente voltar ou continuar a praticar o mesmo tipo de ilícito. A aplicação desse critério demonstra uma preocupação com a prevenção especial, isto é, a preocupação em fazer com que a responsabilidade civil funcione como desestímulo ao agente para a prática daquele tipo de ato.

Ver, nesse sentido, por exemplo, os já citados acórdãos: STJ – 4ª. T. – RESP n. 215607 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 17-08-1999; STJ – 4ª. T. – RESP n. 110091 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 16-04-2002.

O mesmo se pode dizer nos casos em que o Tribunal leva em conta os ganhos obtidos com a prática do ilícito para calcular o valor da indenização⁵³. Trata-se do sétimo critério.

Em síntese, tendo por base as teorias tradicionais da pena, é possível considerar como manifestação de atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil os seguintes critérios de quantificação de dano moral:

1. Referência expressa a intenção/objetivo/função de punir o autor do ilícito;
2. Referência expressa a intenção/objetivo/função de prevenir/evitar que o autor do ilícito volte a praticar o ato (prevenção especial);

028: A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO *FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL*

3. Referência expressa a intenção/objetivo/função de prevenir/evitar que outras pessoas pratiquem o mesmo tipo de ato (prevenção geral negativa);
4. Condenação pela simples violação de um direito, sem demonstração de prejuízo;
5. Consideração do grau de culpa do autor do ilícito;
6. Consideração da capacidade econômica do autor do ilícito;
7. Consideração dos ganhos obtidos por meio da prática do ato ilícito.

Os quatro primeiros critérios enumerados acima referem-se aos fins buscados por meio da condenação. Já os três últimos tratam especificamente da dosagem, da medida, da condenação.

A relação que se estabelece entre esses diversos fatores na aplicação de uma sanção punitiva não é aleatória. Critérios de dosagem podem ser meios para atingir os fins que o Direito se propõe a perseguir com a condenação. Nem todos os critérios de dosagem são adequados para perseguir todos os fins. Alguns podem até ser obstáculos para a consecução de certos objetivos.

Para dar um exemplo: a adoção da culpa como medida da pena persegue um objetivo retributivo. A adoção da culpa como medida não contribui para a persecução dos objetivos de um sistema de prevenção geral positiva. Ao contrário, ela pode atuar como um obstáculo à consecução desse fim, considerando-se que culpa e prevenção não dependem uma da outra. A aplicação da medida da culpa pode, em muitos casos, resultar na aplicação de uma pena pequena demais para que se atinja o objetivo de prevenir.

Por outro lado, a utilização da culpa como medida da pena em um sistema de prevenção geral positiva pode ter um outro papel, como o de legitimação. Segundo G. JAKOBS⁵⁴, uma pena dosada com base em uma noção de culpa não orientada por fins facilita a legitimação da pena sob dois aspectos. Em primeiro lugar, tomando-se a culpa como medida, é possível punir inutilmente (do ponto de vista da prevenção), mas nunca erroneamente. Em segundo lugar, o limite que a culpa impõe à pena impede que o objetivo de prevenção a leve a extremos, de modo a não ser necessário legitimar o conceito de prevenção em sua inteireza ou limitar expressamente a prevenção por meio de outros objetivos.

A consideração da capacidade econômica do autor do ilícito e dos ganhos obtidos por meio da prática do ato, considerados como critérios de dosagem da pena, relaciona-se, por sua vez, com objetivos de prevenção especial e geral negativa.

Portanto, além de determinar quais os critérios para a quantificação do dano moral empregados pelo Tribunal e a frequência com que aparecem, é importante verificar também qual a combinação de critérios feita pela jurisprudência.

Além disso, na pesquisa de jurisprudência seria importante verificar se os casos aos quais o Tribunal aplica a responsabilidade civil punitiva constituem também ilícitos penais e/ou administrativos, de modo a permitir a verificação da articulação dessa jurisprudência com as demais formas de punição previstas pelo ordenamento.

Desse modo será possível – uma vez demonstrado o caráter punitivo atribuído pelo Tribunal à condenação por danos morais e estabelecida a dimensão dessa jurisprudência – verificar se os critérios de dosagem da punição empregados são adequados aos fins que o Tribunal atribui a essa sanção, bem como estabelecer os fundamentos com os quais ele legitima a aplicação da punição.

III – CONCLUSÕES

O Código Civil brasileiro, ao reafirmar no art. 944, *caput*, o “princípio da restituição” aplicado à responsabilidade civil, explicita as dificuldades relacionadas à incorporação da jurisprudência que utiliza critérios punitivos no cálculo de danos morais em nossa tradição jurídico-dogmática. Com relação a essa experiência jurisprudencial, restam muitas dúvidas. Qual exatamente a sua representatividade? Trata-se de uma tendência homogênea? Quais os seus objetivos? Como ela se fundamenta? Os meios empregados são adequados para a persecução dos objetivos propostos? E ainda: qual deve ser seu destino? Vale a pena mantê-la? Seria interessante estendê-la a outros casos?

Não temos reflexão suficiente sobre o assunto, e é preciso formá-la. A realização do levantamento jurisprudencial proposto neste artigo permitiria responder às questões sobre representatividade, homogeneidade, objetivos e fundamentos, além de, com isso, fornecer dados para a decisão sobre sua manutenção, ampliação ou eliminação.

De todo modo, essa pesquisa forneceria a base para que a questão seja debatida abertamente. Isso é fundamental, pois se, por um lado, a introdução da função punitiva da responsabilidade civil feita pela jurisprudência com base na indeterminação dos critérios para o cálculo do valor da reparação por danos morais tem a vantagem de evitar as dificuldades relacionadas à sua aceitação diante do “princípio da restituição”, por outro lado, a falta de transparência com relação aos fundamentos e fins perseguidos pela sanção aplicada pelo Judiciário pode resultar em efeitos perversos⁵⁵, além de dificultar uma decisão política democrática sobre o tema.

Além disso, nota-se ainda que a questão política sobre a conveniência de se atribuir um caráter punitivo à responsabilidade civil dependa de uma análise das circunstâncias de cada tipo de situação. A história da introdução da responsabilidade civil punitiva no direito brasileiro já permite ao menos concluir que a distinção entre o tipo de dano, moral ou patrimonial, não é o critério adequado para isso. A questão se apresenta mal colocada no Direito brasileiro, pois introduziu-se à revelia de um princípio consagrado (o “princípio da restituição”) e graças à liberdade

030 : A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO *FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL*

de interpretação da lei decorrente das características intrínsecas do dano moral. Não há aí, portanto, uma decisão racional do ponto de vista de políticas públicas de atribuir caráter punitivo à responsabilidade por dano moral, em oposição aos danos patrimoniais.

Por fim, é importante notar ainda que o debate sobre esse problema pode contribuir para repensar as relações entre os Direitos Civil e Penal como um todo⁵⁶, pois a atribuição de um papel punitivo para a responsabilidade civil desafia as fronteiras tradicionais entre os Direitos Civil e Penal, traçadas principalmente com base na diferença entre os tipos de sanção (na responsabilidade civil, o dever de reparar ou compensar o dano; na responsabilidade penal, a pena) e de interesses protegidos (na responsabilidade civil, o interesse privado; na responsabilidade penal, o interesse público).

Essa separação tradicional entre os dois ramos do Direito normalmente é tratada como pressuposto, tanto nos estudos de Direito Civil como de Direito Penal, sendo raramente discutida ou questionada. Ela é ainda hoje considerada como uma conquista e, embora já se tenha superado do ponto de vista teórico a idéia de que existam diferenças ontológicas entre os ilícitos civil e penal, em muitos casos continuamos a tratar essa distinção como natural. Essa maneira de encarar a separação entre as responsabilidades está na raiz dos problemas dogmáticos que a aceitação da função punitiva da responsabilidade civil propõe, e é ela também o que possivelmente nos impede de elaborar soluções criativas para os problemas que se apresentam ao direito atualmente.

Por isso, é interessante investigar ainda as demais situações em que o direito positivo desafia a distinção tradicional entre esses ramos do Direito. A responsabilidade civil punitiva é apenas um dos casos em que isso acontece hoje no Direito brasileiro. Outros exemplos são: a tendência de valorização da vítima no sistema penal, a introdução da reparação do dano no sistema penal, o uso da responsabilidade civil para proteger bens coletivos – isto é, interesses públicos – como o meio ambiente, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, etc.

Nesse sentido, o problema levantado neste texto e a pesquisa empírica proposta podem ser vistos como peças para a compreensão do problema mais amplo da redefinição das fronteiras entre os Direitos Civil e Penal no contexto atual.⁵⁷

NOTAS

* Professora da Direito GV, doutora em Direito Civil pela USP, pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP.

Este artigo é parte de um projeto coletivo de investigação acerca das relações entre os Direitos Civil e Penal, desenvolvida pelo Grupo Risco e Responsabilidade, uma parceria entre a Direito GV e o Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP). Gostaria de agradecer aos colegas do Grupo Risco e Responsabilidade, José Rodrigo Rodriguez, Máira Rocha Machado e Marta Rodriguez de Assis Machado, pelas discussões que levaram à redação deste artigo. Marta Rodriguez de Assis Machado merece agradecimentos especiais, pois muitas das questões tratadas neste texto resultam do trabalho conjunto que fizemos para a redação do artigo “Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades civil e penal”, in B. Garcia, *Instituições de Direito Penal*, no prelo. Agradeço também aos membros do Workshop de Pesquisa da Direito GV pelas críticas feitas à primeira versão do texto, e ao parecerista da *Revista Direito GV* pelas observações que levaram ao aperfeiçoamento do trabalho.

1 A responsabilidade civil punitiva encontra grande desenvolvimento em outros sistemas jurídicos, notadamente no Direito norte-americano. Como o objeto deste trabalho é exclusivamente o Direito brasileiro, não será feita referência a essas experiências. Uma proposta interessante de estudo, que, no entanto, não será possível realizar no âmbito deste artigo, seria verificar em que medida a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm ou não relação com a tradição estrangeira dos *punitive damages*.

2 Nomenclatura de J. de AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 736.

O parágrafo único deste mesmo art. 944 – do qual tratarei mais adiante – embora possa ser interpretado como uma relativização do “princípio da restituição”, por considerar o grau de culpa do agente, permite expressamente apenas a *redução* e não a elevação do valor da indenização.

3 *op. cit.*, p. 9.

4 *Idem, ibidem*, p. 712

5 Tanto no que se refere à descrição das funções da responsabilidade civil, quanto na descrição da pena e suas funções, trabalharei neste texto com *tipos*. Esses tipos se propõem a representar, em suas linhas fundamentais, concepções dogmáticas tradicionais amplamente difundidas e com repercussão sobre a doutrina contemporânea. Com isso, não se pretende dizer que toda a doutrina defenda exatamente esses modelos de responsabilidade civil e penal, em todos os seus aspectos. Naturalmente, há discussões em ambas as áreas. Com a utilização dos tipos, pretende-se, simplesmente, pôr em evidência e analisar os aspectos das responsabilidades civil e penal mais relevantes para a questão da função punitiva da responsabilidade civil.

6 Autores que admitem expressamente uma função punitiva *geral* ao lado da função indenizatória da responsabilidade civil são exceção absoluta na doutrina brasileira. C. M. da SILVA PEREIRA (*Responsabilidade civil*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 10-11), talvez possa ser citado como exemplo dessa posição, ao afirmar que, ao lado do objetivo de reparação do dano: “Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha a idéia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar”, mas, ao fazer essa afirmação, tampouco ele justifica a assunção da punição pelo Direito Civil ou aborda qualquer das questões daí derivadas. Resta também a possibilidade de C. M. da SILVA PEREIRA referir-se a um *efeito* punitivo em sentido genérico e secundário, decorrente da simples imputação de responsabilidade, independentemente do valor da condenação. J. de AGUIAR DIAS, por exemplo, reconhece um *efeito* punitivo na obrigação de indenizar, sem, no entanto, reconhecer na punição uma função da responsabilidade civil capaz de justificar a majoração do valor a ser pago pelo responsável: “Para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem” (*op. cit.*, p. 735).

7 *Comentários ao novo Código Civil – Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*, vol. XIII, Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 331-332.

8 C. A. MENEZES DIREITO e S. CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 351.

032 : A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

9 Cf., por exemplo, H. THEODORO JR. *Dano moral*, 4. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 54: “A partir do momento em que o Estado moderno assume a função de aplicar sanção aos culpados para reprimir os atos danosos, a noção de responsabilidade sofre notável transformação, provocando seu desdobramento: de um lado, estabelece-se a responsabilidade penal, que busca o castigo do delinqüente; de outro, a responsabilidade civil, que tende apenas a ressarcir à vítima o dano particular sofrido”. J. de AGUIAR DIAS (*op. cit.*, pp. 7-8), referido-se a H. MAZEAUD e L. MAZEAUD, afirma que “a diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal (...) é a distinção entre direito penal e direito civil”, constituindo ambas formas de restauração da ordem social: o direito penal por meio da punição, o direito civil pela reparação. Para uma crítica ao uso desse critério para distinguir os campos próprios das responsabilidades civil e penal, cf. F. P. PÜSCHEL e M. R. de ASSIS MACHADO, “Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades civil e penal”, in B. Garcia, *Instituições de Direito Penal*, no prelo.

10 A título de exemplo, cf. os seguintes acórdãos do STJ: STJ – 4ª. T. – RESP n. 246258 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 18-04-2000; STJ – 4ª. T. – RESP n. 215607 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 17-08-1999; STJ – RESP n. 445646 – 4ª. T. – Rel. Ruy Rosado de Aguiar – 3-10-2002; STJ – RESP n. 389879 – 4ª. T. – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 16-04-2002; STJ – RESP n. 173366 – 4ª. T. – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 3-12-1998 e outros, citados mais adiante neste artigo.

11 Cf. Y. S. CAHALI, *op. cit.*, p. 42. Em determinados casos de dano moral, como no dano à honra ou à imagem decorrente de publicação de notícia inexata, pode ser possível e eventualmente suficiente uma reparação *in natura*, como a publicação de retificação da notícia, no caso do exemplo. Nessas hipóteses pode-se vislumbrar uma possibilidade de efetiva reparação (e não simples compensação) de danos morais. No entanto, na maior parte dos casos, a reparação *in natura* é impossível ou insuficiente. Sobre a reparação *in natura*, cf. A. JEOVÁ SANTOS, *Dano moral indenizável*, 4. ed., São Paulo: RT, 2003, p. 155.

12 *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 22 (1977), pp. 52-58 [trad. port. de A. Rodrigues Corrêa, *Esboço histórico sobre termo responsável*, in *Revista Direito GV* 1 (2005), p. 135-148].

13 Na responsabilidade subjetiva, a culpa é considerada apenas como critério de imputação e não de quantificação do valor a ser indenizado. Independentemente do grau de culpa – do dolo à culpa leve –, o responsável deve indenizar o valor do prejuízo. O CC de 2002 introduziu uma alteração desse princípio, no art. 944, parágrafo único. Sobre esse tema, ver nota 51, abaixo.

14 Trata-se da “punição” como efeito genérico e secundário da condenação a indenizar a que se refere J. de AGUIAR DIAS (cf. nota 6, acima).

15 CF, art. 5º., XXXIX.

16 Cf. S. CARVAL. *op. cit.*, p. 224-225.

17 Cf., a título de exemplo: STJ – 2ª. T. – RESP n. 575023 – Rel. Eliana Calmon – 27-04-2004; STJ – 3ª. T. – RESP n. 303888 – Rel. Castro Filho – 20-11-2003.

18 *Op. cit.*, p. 161-162.

19 Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza de sua reparação, in J. Martins-Costa (org.). *A reconstrução do Direito privado*, São Paulo: RT, 2002, p. 408-446.

20 *Reparação civil por danos morais*, São Paulo: RT, 1999, p. 233.

21 *Op. cit.*, p. 157.

22 *O dano estético*, 3. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 139.

23 Ressalve-se que M. C. BODIN de MORAES (*op. cit.*, p. 261-263) admite o caráter punitivo da responsabilidade por danos morais apenas em hipóteses excepcionais e em hipóteses taxativamente previstas em lei, pois se opõe à conjugação entre responsabilidade punitiva e arbítrio do juiz. Segundo a autora (*op. cit.*, p. 258), o caráter aflitivo, “aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos morais, coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas

jurídicos que têm na lei a sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a idéia, extravagante à nossa tradição, de que a reparação já não se constitui como o fim último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção”.

24 *Op. cit.*, p. 64-65.

25 M. C. BODIN de MORAES, *op. cit.*, p. 260; A. JEOVÁ SANTOS, *op. cit.*, p. 157; H. TEODORO JR, *op. cit.*, pp. 56-57.

26 M. C. BODIN de MORAES, *op. cit.*, p. 260; H. TEODORO JR, *op. cit.*, pp. 56-57.

27 M. C. BODIN de MORAES, *op. cit.*, p. 260.

28 A. JEOVÁ SANTOS, *op. cit.*, p. 159.

29 M. C. BODIN de MORAES, *op. cit.*, p. 262.

30 M. C. BODIN de MORAES, *op. cit.*, p. 262.

31 Outros autores fizeram extensas compilações de decisões judiciais acerca da responsabilidade por danos morais, mas sem aplicar à pesquisa um método que permitisse quantificar a influência da jurisprudência favorável ao seu caráter punitivo, ou seus fundamentos e objetivos. Ver, por exemplo, M. CIANCI, *O valor da reparação moral*, São Paulo: Saraiva, 2003.

32 É importante ressaltar que adotarei neste texto uma concepção que corresponde à visão mais difundida sobre a pena, o que não significa que esteja livre de críticas. Há, nos debates de Direito Penal hoje, propostas alternativas a essa. A escolha se deve ao fato de ser essa a concepção tradicional e ainda dominante entre nós.

33 Ficariam excluídas apenas teorias que enxerguem na sanção penal exclusivamente um mecanismo de ressocialização do autor do ilícito, desde que tal mecanismo não seja o *castigo*. Nesse caso, provavelmente não faria mais sentido denominar tal sanção de pena.

34 J. F. MARQUES (*Curso de Direito Penal*, v. 3, São Paulo: Saraiva, 1956, p. 103), entende ser a pena uma sanção de caráter aflitivo, porque consiste na privação ou diminuição de bens jurídicos, como “castigo e mal imposto ao delinqüente” e, fazendo referência a G. BATTAGLINI, afirma que uma pena não aflitiva seria uma contradição em termos.

De acordo com M. REALE JR. (*Instituições de Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44), a pena é a “infiligência de um mal”, ainda que seja de um mal justo, sendo reconhecido seu caráter de castigo mesmo pelos penalistas que lhe negam finalidade retributiva.

G. JAKOBS (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2. ed., Berlin/New York: De Gruyter, 1993, pp. 5-6), por exemplo, ao procurar dar um conceito de pena válido para qualquer ordem jurídica, reduz a noção de pena à noção de sanção, sem indicar uma característica da sanção “pena” que a diferencie de outras sanções jurídicas. Para este autor, o que caracteriza a sanção “pena” é ser ela, a sanção, relativa às normas penais, sendo normas penais aquelas essenciais para a manutenção da ordem social. Mas isso não significa que G. JAKOBS exclua o fato de a pena ser um mal. Ele apenas diz que ela não pode ser *definida* como um mal aplicado *em virtude* da prática de um outro mal, de modo que a imposição de um mal ao violador da norma não esgota a função da pena, embora faça parte do seu conceito. Segundo o autor, “a pena (...) é a demonstração da validade da norma *às custas de um responsável*. Nisso reside um *mal*, mas a pena não esgota com esse efeito a sua função, o que acontece apenas com a estabilização da norma violada” [“Strafe (...) ist Demonstration von Normgeltung auf Kosten eines Zuständigen. Debei springt ein Übel heraus, aber die Strafe hat nicht schon bei diesem Effekt ihre Aufgabe erfüllt, sondern erst mit der Stabilisierung der verletzten Norm”. Tradução e grifos nossos]. Como se percebe, embora a inflição de um mal nessa concepção não constitua a função da pena, é por meio do mal provocado ao delinqüente que se pretende ver atingido o objetivo de estabilização da norma violada.

35 Com isso não se quer dizer que o Direito Penal será ou deva ser sempre assim. Como se disse acima (nota 32), faz-se referência às teorias mais difundidas sobre a pena e ao Direito brasileiro como é hoje.

36 Consideram-se absolutos os elementos de teorias da pena cujo conteúdo se define sem referência à contribuição da pena para a manutenção da ordem social. Relativos são os elementos de teorias da pena cujo conteúdo é mediado pela função da pena na ordem social. Cf. G. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 15.

034 : A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

37 Cf. M. REALE JR., *op. cit.*, pp. 46-50. Segundo G. JAKOBS (*op. cit.*, p. 15), é possível dizer que, hoje em dia, no âmbito das discussões do Direito Penal, tornou-se pacífica a idéia de que só se pune para manter a ordem social. As divergências entre as teorias referem-se apenas à questão do *se e em que medida* a pena deve ser determinada em função desse objetivo ou se ela tem algum conteúdo independente da sua função.

38 Cf. M. REALE JR., *op. cit.*, pp. 53-54; K. GÜNTHER, *Kritik der Strafe I*, in *Westend 1* (2004), p. 119.

39 Cf. G. JAKOBS, *op. cit.*, p. 13; K. GÜNTHER, *op. cit.*, p. 119; M. REALE JR., *op. cit.*, p. 55.

40 Na expressão de G. JAKOBS, *op. cit.*, p. 13.

41 Cf. K. GÜNTHER, *op. cit.*, p. 119.

42 Cf. K. GÜNTHER, *op. cit.*, p. 119.

43 No dia 17 de julho de 2006, constavam 1.573 decisões sob as palavras-chave “dano e, moral e valor” na base de dados de jurisprudência do STJ.

44 STJ – 4ª. T. – RESP n. 110091 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 16-04-2002.

45 Em sentido contrário, A. JEOVÁ SANTOS, para quem o objetivo pedagógico descaracteriza a indenização como pena civil. No entanto, não se pode deixar de reforçar que, nesse caso, se pretende alcançar o objetivo pedagógico *por meio da inflição de um mal* ao violador da norma jurídica, sendo isso o que lhe confere o caráter de pena.

46 STJ – 4ª. T. – RESP n. 215607 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 17-08-1999.

47 STJ – 4ª. T. – RESP n. 445646 – Rel. Ruy Rosado de Aguiar – 3-10-2002.

48 Cf. o que diz S. CARVAL sobre as condenações simbólicas (*franc symbolique*) na França (*op. cit.*, p. 30).

49 STJ – 4ª. T. – RESP n. 389879 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 16-04-2002.

50 Cf. G. JAKOBS, *op. cit.*, pp. 6-14.

Em uma análise da jurisprudência sobre dano moral, este critério precisa ser tratado com especial cuidado, pois, ao mesmo tempo em que a aplicação da sanção pelo simples fato de a violação da norma aproximar a situação da idéia de pena, o emprego de presunções de dano é um recurso, possivelmente necessário, para simplesmente possibilitar a compensação em casos de danos morais.

51 Abrindo exceção ao princípio da reparação integral – segundo o qual o responsável deve indenizar pela totalidade dos prejuízos causados – o parágrafo único do art. 944 do CC determina: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

O CC autoriza expressamente a redução – e não a elevação – do valor da indenização, com base no grau de culpa do responsável, mencionando a eqüidade como medida.

Segundo C. A. MENEZES DIREITO e S. CAVALIERI FILHO (*op. cit.*, pp. 333-334), a mitigação do princípio da reparação integral nesse caso serve para garantir a justiça do julgamento e, ao definir a eqüidade a que se refere a lei, os autores afirmam: “A noção de eqüitativo aqui deve ser tomada como julgamento justo, senso de justiça, respeito à igualdade dos direitos das partes (...)”.

Aceitando-se que seja esse o sentido de eqüidade do parágrafo único do art. 944 do CC, parece-me interessante observar que nesse caso a noção de eqüidade, de justiça, inclui uma perspectiva moralizadora. Quando o juiz julga eqüitativo que o autor de um ato ilícito arque apenas com parte dos danos causados está necessariamente atribuindo à vítima o ônus de arcar com o restante do prejuízo. Em outras palavras, nesse caso o juiz julga mais justo atribuir parte dos prejuízos à vítima, como risco da vida (embora ela não tenha culpa nenhuma, ao contrário do autor do dano), do que atribuir ao autor do ilícito o dever de indenizar por um prejuízo desproporcional ao seu pequeno grau de culpa. Ao estabelecer essa possibilidade, o CC dá menos importância à indenização da vítima (à sua colocação no *statu quo ante*) do que à reprobabilidade da conduta do agente causador do dano. O foco deixa de ser o dano e sua reparação e passa a ser o autor do ilícito e sua conduta, de modo que a noção de eqüidade assim posta reflete a idéia de que é injusto responder por um dano maior do que a culpa, a idéia de que é injusto ser punido com o dever de indenizar quando a culpa é pequena em

relação ao dano causado (há uma noção de retribuição por trás dessa idéia). Senão, por que a solução “equitativa” do CC precisa fundar-se no grau de culpa do responsável e não, por exemplo, na capacidade econômica relativa dos envolvidos (arca com os prejuízos aquele em melhores condições financeiras) ou na sua capacidade de distribuição dos prejuízos (arca com os prejuízos aquele em melhores condições de pulverizá-los na sociedade)?

É interessante comparar o parágrafo único do art. 944 com um outro caso de aplicação da equidade à responsabilidade civil, o art. 928, que estabelece a responsabilidade equitativa do incapaz nos casos em que “as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.

Fazendo apelo à mesma equidade, a lei permite que seja condenado a indenizar um sujeito cuja conduta não pode ser reprovada, já que incapaz. Explicação para isso é que a lógica do CC aqui é simplesmente a da indenização da vítima, idéia tão forte nesse caso que a lei nem leva em conta a capacidade econômica da vítima, que pode ser muito maior do que a do incapaz, no caso concreto.

Se a equidade do parágrafo único do art. 944 levasse em conta apenas a preocupação de indenização da vítima e não supusesse algum caráter punitivo à responsabilidade civil, sua solução deveria ser semelhante à do art. 928, e uma redução do valor da indenização, se admitida, seria baseada em critérios relacionados à reparação do dano e não à conduta do autor do ilícito.

52 STJ – 4ª. T. – RESP n. 110091 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 16-04-2002.

53 Por exemplo, os ganhos obtidos com a venda de jornal ou revista por meio do qual se violou o direito à honra ou à privacidade de alguém.

54 *op. cit.*, p. 19.

55 Nas palavras de S. CARVAL (*op. cit.*, p. 36): “A transparência dos fins perseguidos pela sanção judicial não é, com efeito, um simples ideal (...) Ela permite evitar certos efeitos perversos inerentes ao funcionamento oculto de uma instituição e que prejudicam, no fim das contas, a coerência da regra jurídica” (“La transparence des fins poursuivies par la sanction judiciaire n’est pas, en effet, un simple idéal (...) Elle permet d’éviter certains effets pervers inhérents au fonctionnement oculte d’une institution et qui nuisent, en fin de compte, à la cohérence de la règle de droit”. Tradução nossa). A falta de transparência impede também que se discutam questões importantes, como a legitimidade da atribuição à vítima das quantias pagas a título de punição e soluções alternativas.

56 Sobretudo o que se dirá a seguir, cf. PÜSCHEL, F. P. e MACHADO, M. R. de A., *op. cit.*

57 A pesquisa empírica proposta neste artigo está atualmente sendo realizada no âmbito dos trabalhos do grupo de pesquisas Risco e Responsabilidade, uma parceria entre a Núcleo Direito e Democracia

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- ANCONA LOPEZ, Teresa. *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: RT, 1999.
- BODIN de MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAHALI, Youssef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995.
- CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GÜNTHER, Klaus. “Kritik der Strafe I”, in *Westend 1* (2004), p. 117-131.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 2. ed. Berlin/New York: De Gruyter, 1993.
- JEOVÁ SANTOS, Antonio. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1956.
- MARTINS-COSTA, Judith. “Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza de sua reparação”, in J. Martins-Costa (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 408-446.
- MENEZES DIREITO, Carlos Alberto e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil – Da responsabilidade*

036: A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

- bilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*, vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PÜSCHEL, Flavia Portella e MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. “Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades civil e penal”, in B. Garcia, *Instituições de Direito Penal*, no prelo.
- REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- THEODORO JR., Humberto. *Dano moral*, 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- VILLEY, Michel. “Esquisse historique sur le mot responsable”, in *Archives de Philosophie du Droit*, 22 (1977), pp. 52-58 [trad. port. de A. Rodrigues Corrêa, “Esboço histórico sobre termo responsável”, in *Revista Direito GV*, 1 (2005), p. 135-148].

Flavia Portella Püschel

PROFESSORA DA DIREITO GV,
DOUTORA EM DIREITO CIVIL NA USP
E PESQUISADORA DO NÚCLEO DIREITO
E DEMOCRACIA DO CEBRAP