

BREVE REFLEXÃO SOBRE O DANO MORAL

Inspirado pelas palavras que disse o **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino** no evento online de lançamento do livro¹ em homenagem à **Ministra Fátima Nancy Andrichi** – magistrados que sinceramente admiro –, resolvi reanalisar artigo que há muito tempo escrevi.

Para minha honrada surpresa, o artigo acabou citado por **Rui Stoco** em sua obra de *Responsabilidade Civil e*, depois, para surpresa e honra ainda maiores, selecionado para a obra coletiva que ele coordenou, sob o título *Doutrinas Essenciais*.

Em verdade, antes mesmo de ouvir o Ministro falar sobre a importância da Ministra Nancy Andrichi para o desenvolvimento do tema no Superior Tribunal de Justiça, eu já havia decidido atualizar o conteúdo do que escrevi e até mesmo rever alguns pontos.

Isso porque participei em 2020, pouco antes da pandemia do Covid-19, de um curso de especialização em Direito, disciplina Contratos e Danos, da Universidade de Salamanca.

Nele, o professor catedrático de Direito Civil da famosa universidade espanhola (de 803 anos de existência), Eugênio Llamas Pombo, discorreu muito bem sobre os problemas da doutrina dos *punitive damages*.

O título de um artigo seu já lhe esclarece a posição: “Contra os *punitive damages*.”

Não sei se por temor reverencial, excesso de admiração ou realmente impressionado com os argumentos, acabei pondo em dúvida o que antes havia estudado e escrito convictamente.

Li e revi meu artigo.

Hoje ainda lhe sou sinceramente simpático e, sem vaidade, encontro valor no que defende. Desfiz apenas a contundência de antes, abandonei o colorido ideológico que o tingia e busco melhor razão para fundamentar a ideia de punir com rigor os causadores de dano moral.

Para tanto, repito o conteúdo original, devidamente revisado e alinhado, para depois abordá-lo de forma mais científica, ao menos em pretensão.

Abro aspas:

¹ Live organizada por **MIGALHAS**, em 8.12.21, das 9h às 11h30, com participação de ministros e juristas, para lançamento da obra **A DISRUPTURA DO DIREITO EMPRESARIAL** (Estudos em homenagem à **Ministra Nancy Andrichi**), Editora Quartier Latin, São Paulo; 2021.

Dano moral: quantificação da indenização segundo a doutrina dos “punitive damages”.

Encontra-se o dano moral previsto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal: *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, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação;*

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a indenização por dano moral, considerando-o tema de *status* constitucional, mais precisamente de direito **fundamental**.

Porém nem sempre foi assim.

No mundo como um todo, somente os danos patrimoniais eram sujeitos a reparação, tratando-se de um dos princípios fundamentais do Direito, *“neminem laedere”*. Com o passar dos tempos, as sociedades mais desenvolvidas e mais bem organizadas politicamente, passaram a exigir tratamento especial aos danos morais, tornando-se estes também juridicamente reparáveis. Um século a mais foi necessário para que o Direito brasileiro viesse a consagrar a tese dos danos morais. Enquanto a maioria dos povos ocidentais já reconhecia a indenização por essa modalidade de dano, o Brasil ainda resistia a inseri-la no ordenamento jurídico pátrio.

Atraso que se revelou fatal, uma vez que desaguou num duro golpe ao reconhecimento, à eficácia e à tutela dos chamados **direitos civis**, e mesmo à própria ideia de **cidadania** do povo brasileiro. Talvez visando a compensar tão lamentável atraso é que o legislador constituinte inseriu a tese dos danos morais na Constituição Federal de 1988, a primeira verdadeiramente garantista e cidadã da história brasileira.

Sendo difícil considerar a reparabilidade dos danos morais, o Brasil, que em princípio não continha regras específicas sobre o tema, permitiu a disseminação de uma inteligência jurídica **deformada**, no sentido de que num mesmo caso concreto o dano moral **não** poderia ser cumulado com o dano material, ainda que assim reclamasse o suporte fático. Desnecessário dizer que essa forma de encarar o tema só dificultou a aplicação da tese dos danos morais no cotidiano jurídico brasileiro.

Hoje, felizmente, já não mais se discute a possibilidade de cumular indenizações por dano material e por dano moral decorrentes do mesmo fato. Trata-se de questão pacificada pelo enunciado de Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça: *“37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”*

Pois bem, como já mencionado, mesmo antes de entrar em vigor a Constituição Federal, e a par de todo atraso em relação a outros povos, das dificuldades de efetivamente aplicá-lo, o ordenamento jurídico brasileiro já reconhecia a figura do dano moral, ainda que lhe faltasse uma normatização mais expressa e mais bem delineada.

Uma das soluções dos operadores e estudiosos do Direito entusiastas da tese era o socorro, no plano genérico, ao artigo 159, primeira parte, do Código Civil: *Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*

Pelas letras do artigo, o Código Civil brasileiro adotou o princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade. Não se pode esquecer ainda o disposto no artigo 76 do Código Civil, também fundamento genérico da indenização por dano moral: *Art. 76. Para propor, ou contestar ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral.*

Mas, fácil perceber, era muito pouco para que se pudesse instalar definitivamente a **cultura jurídica dos danos morais** no país. Paulatinamente, a legislação extravagante foi apresentando as primeiras manifestações expressas acerca da indenização por danos morais.

No Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei Federal nº 4.417/62, em seu artigo 84, por exemplo, há referência explícita ao dano moral, oferecendo importantes critérios para fixá-lo. A Lei Federal nº 5.250/67, que trata da Lei de Imprensa, também prevê expressamente o direito público subjetivo à indenização por dano moral.

Não obstante, o dano moral continuou a ser visto como questão tormentosa, dada a dificuldade de provar a culpa do ofensor e o efetivo dano sofrido pela vítima (e a avaliação da indenização em si).

Com o advento da Constituição Federal, os estudiosos do Direito começaram a repensar a questão do dano moral.

Sendo, como a intimidade das pessoas, um direito fundamental, vozes poderosas começaram a reclamar um tratamento diferenciado para as questões jurídicas envolvendo estes dois importantes valores.

O princípio da culpa começou a ceder espaço para outro, o **princípio da culpa presumida**. Inevitável, pois, o choque entre o clássico e a vanguarda.

E não poderia ser diferente, dada a singular importância do tema. Nelson Nery Júnior², por exemplo, assim sustenta: “*A ofensa à honra, liberdade ou intimidade das*

² Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., RT: São Paulo, 1997, p. 74

peessoas enseja a indenização por dano moral e patrimonial. Trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva, porquanto a norma não prevê conduta para que haja o dever de indenizar."

Assim, o dano moral passou a ser visto pelas lentes da Constituição Federal e a ser tratado conforme os ditames da **responsabilidade objetiva**, notadamente mais benéfica aos interesses da vítima.

Verdadeiro braço armado da Constituição Federal, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor lançou novas luzes sobre o tema, e com elas a esperança de uma verdadeira revolução no modo de pensar.

Com efeito, em meio às relações com o signo **consumerista**, o legislador infraconstitucional não só disciplinou a responsabilidade objetiva do produtor e do prestador de serviços como **fez presumido o dano moral**. [*tem-se, aqui, a ideia de que a coisa fala por si*]. Para os entusiastas do tema nada poderia ser melhor, já que boa parte dos injustos dessa natureza ocorrem nas relações de consumo.

Aos poucos, e timidamente, as indenizações por dano moral começaram a aparecer nos foros e Tribunais pátrios, seja em razão de relações de consumo frustradas, seja em virtude de causas diversas. Deixou a discussão de ser sobre a incidência ou instrumentalização do dano moral e se fixou num antigo problema: o "**quantum**" indenizatório.

Mesmo vestindo, em muitos casos, a capa da responsabilidade objetiva, a questão do "*quantum*" não perdeu sua elevada carga de subjetividade, dadas as dificuldades inerentes a sua fixação.

Reside aí o objeto do nosso modesto estudo.

Em 30 de outubro de 1997, ocorreu em São Paulo o IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, oportunidade em que o tema dano moral foi bem debatido.

Por unanimidade, os participantes do encontro apresentaram a seguinte conclusão, identificada como conclusão 11: "*Na fixação do dano moral, deverá o juiz, atendo-se ao nexo de causalidade inscrito no art. 1.060 do Código Civil, levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do "quantum", atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.*"

Aparentemente, ela é capaz de satisfazer às necessidades dos operadores do Direito. Seria um bom critério para a fixação do "*quantum*" indenizatório.

Mas apenas **aparentemente**. Porque o problema não está na conclusão 11, mas na conclusão que a precede, a de número 10: "*À indenização por danos morais deve dar-se caráter exclusivamente compensatório.*"

Desnecessário dizer que a conclusão 10 informa a 11 e lhe vicia a interpretação, tornando sem sentido os alegados critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ousamos **discordar** da conclusão 10 porque entendemos absurda a inteligência de que a indenização por danos morais deve ter caráter compensatório (ou melhor, apenas compensatório). Entender que a indenização por danos morais deve limitar-se ao caráter compensatório é o mesmo que **negar** a eficácia jurídico-social dos danos morais.

Com efeito, mais importante do que compensar a vítima, os danos morais servem, ou deveriam servir, para **punir o ofensor**. É a rigorosa penalização do ofensor que deve ser levada em conta quando da procedência de um pedido de indenização por danos morais, fixando-se o "quantum", aí, sim, conforme a mencionada conclusão 11, de tal sorte que, quanto mais rico e poderoso for o ofensor, maior deverá ser a indenização.

Não obstante, por motivos ignorados e incompreensíveis, os Tribunais brasileiros, de forma geral, aplicam o direito de forma diversa, emprestando à avaliação do dano moral inteligência tímida.

Com todo o respeito, é fato notório que os Tribunais brasileiros ainda estão perdidos na clássica divisão do Direito em público e privado, esquecendo-se que hoje todos os direitos têm o signo publicista, não mais havendo que se falar em direito exclusivamente privado, dada a natureza altruística que se vem instaurando no ambiente jurídico, sendo, no Brasil, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor o melhor exemplo dessa nova mentalidade jurídica.

Logo, ao avaliar o dano moral, é de extrema relevância ter em conta o fator "desestímulo" do ofensor, a punição visando a pacificação social, difusão da cidadania e transformação dos comportamentos.

A avaliação dos danos morais é tema que permite ao juiz bailar junto do ordenamento jurídico, longe de mármore, mais próximo ao sentimento de justiça. Fazer justiça é, sobretudo, punir quem ofende a outrem e ao próprio sistema legal. Somente com a interpretação arejada do juiz, o verdadeiro intérprete da lei, a questão será devidamente abordada e, com ela, aparados os eventuais exageros, atingido o bem-estar social.

E nem se diga que os possíveis abusos, excessos de sensibilidades ou demandas aventureiras poderão se aproveitar maliciosamente dessa nova interpretação, pois contra a litigância de má-fé, a postulação impertinente, tem o juiz instrumentos de sobra, distribuindo a justiça e as punições na mais exata medida.

Talvez em nenhuma outra matéria o prudente e sábio arbítrio do juiz tem especial guarida e importância, razão pela qual se registram, com a contundência que o enorme respeito há de temperar, algumas críticas à forma pelas quais os Tribunais tratam o dano moral no país.

Sobre o assunto, convém lembrar o lúcido entendimento do desembargador e professor paulista José Osório de Azevedo Júnior³: "A Jurisprudência é engraçada; às vezes, ela vai além da doutrina, outras vezes ela fica para trás. Numa outra matéria que eu tenho estudado bastante, que é o Compromisso de Compra e Venda, por exemplo, a Jurisprudência construiu praticamente tudo, em grande parte à revelia dos doutos. Aqui neste campo do dano moral, deu-se o contrário: a Doutrina recomendava, mas o juiz não concedia. Por que essa timidez? Eu vejo dois motivos. O primeiro, creio, é fruto de um positivismo jurídico exacerbado. Foram gerações de juízes formados numa linha muito positivista, só de enxergar o texto expresso da lei. Como disse Mário Moacir Porto, é o "juiz São Tomé", que só acredita naquilo que vê escrito e expresso. Para superar o positivismo jurídico tradicional não é preciso apelar para o direito natural. Um positivismo crítico que se valha dos princípios que estão disseminados pela ordem jurídica teria, por certo, sido mais fértil. (...) "Mas o fato é que, nesse período, dominava os espíritos um positivismo exacerbado. Um segundo ponto, que eu acho bem objetivo, está na dificuldade de avaliar o dano moral. Como isso é muito difícil, o juiz fica tentado a não avançar. "É melhor parar por aqui, nem chegar à execução". É a consequência daquele argumento da tese negativista, segundo o qual é impossível mensurar e avaliar a for moral."

Não é difícil notar o tom crítico emprestado pelo professor. Afinal, as dificuldades existem exatamente para serem transpostas, e o positivismo exacerbado é um mal que precisa ser urgentemente reparado no Direito brasileiro, sob pena de manter um sistema legal de ficção e um Poder Judiciário que, limitado à mera aplicação formal e literal da lei, não reflete mais sobre o Direito.

Daí o equívoco de enxergar na indenização por dano moral caráter meramente compensatório. Pode-se traduzir alguns excessos de prudência do Poder Judiciário por medo de refletir o Direito e, a partir desta reflexão, aplicar as normas jurídicas consoante o princípio, encartado na Lei de Introdução ao Código Civil, de que elas devem ser sempre aplicadas com vistas ao seu fim social.

Aqueles que repelem a feição indenizatória do dano moral defendem ser imoral exigir dinheiro por ofensa moral ou violação da intimidade. Ao passo que os defensores de indenizações de pequeno valor econômico alardeiam pânico e terror quanto à eventual criação de uma indústria de indenizações ou, ainda, que os reclamantes pleiteiam valores que jamais alcançariam na vida por outros meios, normais e lícitos.

Esses argumentos são fruto da já comentada deformidade de pensamento acerca do instituto "dano moral", ou decorrem da falta de reflexão e compreensão sistêmica do ordenamento jurídico. Ora, nada há de imoral em exigir dinheiro por uma ofensa à moral ou à intimidade, como também nada há de errado em receber elevada fortuna: o lamentável estado de vítima não tem preço.

Em relação ao caso específico dos danos morais, é possível enxergar o vício em sua fonte, qual seja, uma natureza compensatória deles.

³ "O Dano Moral e sua Avaliação", Revista do Advogado, nº 49, Dezembro/96, São Paulo: 1996, p.8/9

Já é tempo de conferir natureza punitiva aos danos morais. Aos que acham imoral receber dinheiro por dano moral, cabe a ressalva de que é ainda mais imoral deixar o dano irressarcido, ou ressarcido de forma pífia, permitindo ao causador do dano simplesmente sair impune. Tão ou mais importante do que a compensação da vítima é a punição concreta, efetiva e rigorosa do causador do dano.

Quem causa dano moral tem de ser efetivamente punido por isso, e de tal forma que sinta o peso negativo da sua conduta, servindo a condenação ainda como exemplo a intimidar eventuais ofensores ou mesmo motivar mudanças de comportamento.

Sendo impossível mensurar a honra de uma pessoa, é sem sentido imaginar uma indenização por dano moral apenas em caráter compensatório, haja vista que a compensação pelo injusto sofrido não advém do "quantum" recebido pela vítima, e sim da condenação em si.

À vítima, basta a condenação judicial do ofensor para seu conforto espiritual; a sua integridade moral não tem preço. Um real não é pouco, nem um milhão de reais é necessariamente muito, dada a já comentada natureza subjetiva que se esconde por trás da questão e que é, sem dúvida, seu elemento mais complexo, seu ponto nevrálgico.

Compensação existe no plano material, em que se pode mensurar os prejuízos materiais da vítima pelos danos causados pelo ofensor. Conforme o caso concreto, além de reparar os prejuízos decorrentes da sua incúria procedimental, o ofensor se vê obrigado a indenizar a vítima por outras somas, estipuladas por critérios objetivos e com base nos prejuízos materiais, como o caso dos chamados lucros cessantes, a compensação por excelência.

Logo, coerente a afirmação ora sustentada que, na arena do dano moral, a compensação da vítima existe no exato momento em que o Estado-juiz reconhece a injusta violação do seu direito, condenando expressamente o ofensor. O "quantum" recebido à guisa de indenização não perde a essência compensatória, mas também não se limita exclusivamente a ela, uma vez que sua mais importante característica é a punição, ou seja, a natureza punitiva.

Nesse sentido, já tarda o momento de introduzir no Brasil a doutrina norte-americana dos "*punitive damages*" e sua coirmã, a "*exemplary damage*", às vezes chamadas no direito pátrio, sem muito rigor científico, de teoria do desestímulo.

A cartilha da doutrina dos "*punitive damages*" é simples e bastante eficaz. Segundo suas letras, o causador do injusto, dos danos materiais e especialmente morais, tem de ser efetivamente punido. A título de punição ou a título exemplar, a "*exemplary damage*", o fato é que o causador do dano não pode passar impune por sua conduta ilícita.

Pune-se com rigor o causador do dano, sendo esta punição, aquilatada em dinheiro, diretamente voltada à vítima (nada mais justo, de sublinhar). Em alguns casos, além da vítima, instituições de caridade podem ser premiadas com a punição do ofensor.

Nunca é demais repetir: à vítima, a compensação nasce da condenação do ofensor. Assim, nesse sentido, tanto faz um real como um milhão de reais, já que a ordem moral, a honra e a intimidade da pessoa são bens imateriais, que não têm valor econômico. Não obstante, para que a condenação do ofensor tenha algum valor jurídico, é mister que a indenização seja fixada em valor respeitável, elevado mesmo, para que o ofensor sinta, concretamente, os efeitos do injusto, tendo sua punição, também, natureza exemplar ("*exemplary damage*").

Desnecessário dizer que o apregoado critério punitivo não poderá deixar de considerar a fortuna patrimonial do ofensor. Quanto maior esta for, maior deverá ser a indenização, para surtir algum efeito prático. Indenizações pequenas não constituem punição alguma ao ofensor abastado.

Com o fenômeno da "*exemplary damage*", a indenização por dano moral também atende ao fim social de que trata a Lei de Introdução ao Código Civil, uma vez que, supostamente, influenciará os demais membros da sociedade a não praticarem eventos danosos similares aos cometidos pelo ofensor e devidamente punidos pelo Estado-juiz.

E nem se diga, com críticas, a eventual e, alegadamente imoral, compensação financeira da vítima, ou, como preferem alguns, o enriquecimento dela. Ora, se este eventual enriquecimento ocorrer nada mais será do que mero desdobramento da punição do ofensor, algo, portanto, perfeitamente justo.

Mesmo que se queira emprestar a natureza compensatória ao dano moral, esta só poderá existir se não excluir a natureza punitiva, tendo-se em conta que o acréscimo patrimonial do ofendido não será exatamente uma compensação, mas o exercício pleno da Justiça.

Assim, põe-se verdadeira pá de cal no argumento daqueles que entendem ser imoral ganhar algum ou muito dinheiro a partir de um evento típico de dano moral.

Mais imoral do que indenizar o dano moral é deixar irressarcido o prejuízo e impune quem o causou. Um autor italiano deu uma explicação muito boa. É um equívoco ver imoralidade na exigência de uma indenização por dano moral. O que é imoral é trocar a honra por dinheiro, é vender amor e cedê-lo em troca de dinheiro, isso sim é imoral. Mas não é absolutamente imoral receber alguma quantia porque a honra foi violada; se está defendendo a honra e não praticando ato errado. É que, se é verdade que a dor não tem preço, também é verdade que algum valor pecuniário ajuda a amenizá-la. O dinheiro sozinho é evidente que não traz felicidade, mas ajuda a criar uma situação mais favorável para enfrentar a dor. Não há a menor dúvida.⁴

⁴ José Osório de Azevedo Júnior, op. cit., p. 10

Daí a conclusão imperativa de que, observado o critério da proporcionalidade (conforme a citada conclusão 11), desta feita com as lentes dos "*punitive damages*", ao lado da natureza compensatória, o valor da indenização deve ser razoavelmente expressivo, para que não seja apenas simbólico, promovendo às avessas a injustiça.

Em síntese: para que se compense efetivamente a vítima e, ao mesmo tempo, se tenha exemplarmente punido o injusto do ofensor, é necessário que a indenização por dano moral venha a pesar no seu bolso, servindo a ele e à sociedade como poderoso fator de desestímulo.

O badalo do sino toca dos dois lados. Arrojar, aplicar o sistema jurídico com coragem, verdadeiro espírito de Justiça e determinação, não significa falta de bom senso e de comedimento, como também não importa desvirtuamento do instituto, pois aí, sim, poderia gerar o defeso enriquecimento indevido.

E por mais pesada e punitiva que deva ser a sanção do ofensor, notadamente quando pessoa jurídica, prestadora de serviços, esta não poderá a rigor ensejar a quebra da empresa ofensora, pois do contrário incentivará o choque com outras importantes teses jurídicas, como a teoria da preservação da empresa.

Importante conferir natureza e caráter punitivos ao dano moral, pois, a proceder assim, mais correta se fará a avaliação do "*quantum*" da indenização definitiva, emprestando-lhe exemplar qualidade, e assim levará, a um só golpe, Justiça à vítima e, o que é tão importante quanto, senso de cidadania à sociedade.

Basta lembrar o exemplo norte-americano. Exageros eventuais à parte, diga-se, a infeliz indústria das indenizações que ora começa a ser desfeita, o fato é que a luta pelos direitos civis norte-americanos foi construída e vencida com base nas pesadas indenizações dadas pelo Poder Judiciário.

Concomitantemente, o direito consumerista foi impulsionado pelas indenizações judiciais, e, com estas, foi-se construindo uma mentalidade de respeito máximo à figura do consumidor e ao próprio sistema jurídico e judiciário.

Tudo por conta e ordem dos "*punitive damages*", que, urgentemente, devem ser introduzidos no Brasil, senão por norma específica própria, ao menos pela analogia ou, mesmo, o Direito comparado.

Da mesma forma que o Professor Rubens Requião conseguiu introduzir no Brasil, a partir dos anos setenta do século passado, a tese da desconsideração da personalidade jurídica, aplicada inicialmente por ampliação jurisprudencial e, agora, por lei expressa (Código de Defesa do Consumidor), devem os "*punitive damages*" apresentar sua graça perante o ordenamento jurídico pátrio, produzindo seus benéficos efeitos e construindo um forte sustentáculo para a cidadania.

Não se pode mais aplicar o Direito, mesmo o Civil, sem as tintas altruísticas da Constituição Federal de 1988. Mesmo em danos exclusivamente patrimoniais é infeliz a lei brasileira ao não consignar, à conduta ilícita do ofensor, a tão defendida natureza punitiva.

Errada, pois, a ideia de que a reparação não pode servir para punir o autor do dano, senso este clássico que não mais atende aos reclamos e necessidades da sociedade contemporânea.

Dentro de uma concepção jusfilosófica, a reparação do injusto com o próprio patrimônio nada mais é do que uma obrigação "natural" por parte do ofensor. Por intuição uma criança sabe disso. Se quebra o brinquedo do amigo, não pensa duas vezes em tentar reparar o dano, nem que seja à base de choro aos pais e desculpas ao amigo. Logo, a reparação por si só, como colocada pelo Direito pátrio, já não mais serve aos danos patrimoniais, quanto mais aos morais.

Classicamente, como dito, a função da responsabilidade civil é reparar o dano e não punir seu causador. Trata-se, pois, de verdadeiro dogma da responsabilidade civil clássica, conforme dispõe o artigo 1.060 do Código Civil: "Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor as perdas e danos, a indenização, não pode ir além daquilo que se efetivamente se perdeu."

Fosse este um estudo de sociologia ou de jusfilosofia, poder-se-ia afirmar que o referido artigo, como de resto quase todas as leis civilistas pátrias, foi construído com o propósito acentuado de manter o jogo de domínio entre as chamadas elites dominantes e o resto sofrido do povo.

É a lei, e todo o aparato judiciário, servindo para imantar de suposta legitimidade o domínio de uns poucos sobre muitos. Amarrando-se à atuação do Poder Judiciário, não raro conveniente ao estado lamentável de coisas, o impuro legislador entendeu por defender valores particulares, deixando de lado as aspirações mais coletivas e sociais, capazes de fazer, ao menos no plano judicial, o equilíbrio social que não existe no mundo dos fatos.

Isso se dá porque, no plano dos danos materiais, a lei infelizmente desconsidera o problema do dolo e a graduação da culpa. Tal não ocorre no plano do dano moral, pois, ao lesado, mais importante do que a eventual compensação, na verdade consolo, é o aspecto punitivo do ofensor.

Posto isto, defende-se a introdução dos "*punitive damages*" no sistema jurídico brasileiro, reclamando do Estado-juiz mais seriedade e compromisso no tratamento da avaliação do dano moral, revestindo-o com o manto do aspecto punitivo, a fim de que se tenha promovida a Justiça e, exemplarmente, edificada uma luta pela cidadania, que começa, sempre, pelo respeito à ordem moral, à honra e à dignidade das pessoas.

Por analogia, por intermédio de mecanismos do Direito comparado ou, ainda, pela aplicação sistêmica do ordenamento jurídico pátrio (começando pelo Princípio da

Dignidade da Pessoa Humana, insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal), há de ser feita profunda reflexão sobre o tema, tendo-se por certo, firme e valioso o sentimento de que o Direito serve para buscar incessantemente a Justiça.

Fecho aspas

Diante de estudos mais recentes, de um zelo maior (que acredito derivar de amadurecimento profissional), reconheço certa carga retórica no texto acima reproduzido.

Já não sei – e ainda reconheço a influência do professor Eugênio Llamas Pombos – se realmente a introdução da doutrina dos *punitive damages* é o melhor caminho para a materialização da Justiça.

Sei que hoje o ordenamento jurídico brasileiro é mais receptivo ao sistema Common Law (o atual CPC é prova disso), mas talvez a aplicação pura e simples do modelo dos EUA para a quantificação dos danos morais não seja o mais indicado.

Do texto que antes escrevi, mantenho integralmente o espírito, a necessidade de poderosa punição. A forma argumentativa porém merece mais atenção. Percebo nele, agora, grande carga retórica e o já confessado espírito ideológico.

Essas características, que tomo por defeitos de ortodoxia acadêmica, não invalidam, contudo, a ideia nuclear do estudo-trabalho que foi, e ainda é, a de defender a necessidade de punir com rigor os causadores de danos morais, independentemente de danos materiais concomitantes, preexistentes.

A punição no Brasil há de ser ampla e integral, como prevê a CF, com selo de garantia fundamental, mas medida segundo sua razão ôntica, como determina o princípio da reparação civil integral, de que trata o art. 944 do Código Civil e que foi trabalho de doutoramento do Ilustríssimo Ministro Sanseverino.

Todos que trabalham com o Direito têm deveres inafastáveis de buscar critérios lógicos, seguros, que punam bem os ofensores e compensem adequadamente as vítimas.

Devem todos evitar o fomento de uma indústria de indenizações, algo que desnatura sem dúvida alguma a essência do dano moral, tampouco podem permitir que sejam fixadas numa quantia inadequada à primaz função que deve cumprir: a reparação.

Por isso, revisões e reflexões à parte, continuo a entender que a fixação de danos morais em valores significativos é imperiosa. Insisto, punir com eficácia o autor do ilícito é verdadeiramente compensar a vítima. Esta tem de ser a principal preocupação do magistrado; a punição tem que ser sentida pelo ofensor.

A medida há de levar em conta o dano em si e as pessoas da vítima e do causador; especialmente deste. Quanto maior for sua capacidade econômico-financeira, maior há de ser a indenização, levando-se em conta, evidentemente, a compensação da vítima e a gravidade da conduta lesiva.

Diferente do tempo em que escrevi o artigo em sua forma original, hoje há no Brasil elementos normativos e jurisprudenciais que permitem condenações mais efetivas, robustas e justas.

Em síntese: mantenho a linha principal de argumentação de antes e até a reforço, aqui, neste modesto reexame, apenas deixando de lado parte do entusiasmo que o animou. Não chego a ponto de abandonar de vez a doutrina dos *punitive damages*, porém enxergo que atualmente, pela própria mudança do Direito brasileiro, faz-se menos necessária.

As decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, especialmente as nascidas da relatoria da Caríssima Ministra Andriighi, são mais do que suficientes para balizar bem o assunto e dosar as indenizações.

Satisfação social, teoria do desestímulo, punição rigorosa do lesador e justiça compensatória da vítima: levando em consideração esses elementos, serão bem maiores as chances de a indenização se alinhar ao que é justo, bom, moralmente ordenado e valioso.

É o que o Superior Tribunal de Justiça, a corte da cidadania e da democracia, tem-nos mostrado.

No dia da Imaculada Conceição de Maria e no dia da Justiça de 2021 +

Paulo Henrique Cremoneze advogado, especialista em Direito de Seguros pela Universidade de Salamanca (Espanha), mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos, acadêmico da Academia Nacional de Seguros e Previdência, membro do CIST – Clube Internacional de Seguro de Transportes, membro efetivo do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, membro da Ius Civile Salmanticense (Espanha), autor de livros de Direito de Transportes e de Seguros.