

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

RENATA SILVA CINTRA

**A VERTENTE PUNITIVA DO DANO MORAL:
PEDIDO E DESTINAÇÃO**

CURITIBA

2016

RENATA SILVA CINTRA

**A VERTENTE PUNITIVA DO DANO MORAL: PEDIDO E
DESTINAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Silvio André Brambila Rodrigues

CURITIBA

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

NOME DO ALUNO

TÍTULO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 7 |
| 2. A FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL | 9 |
| 2.1. Natureza jurídica do dano moral e suas vertentes..... | 9 |
| 2.2 Direito Comparado | 14 |
| 2.3 O Direito punitivo e o Estado garantidor | 17 |
| 3. OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DE CONDENAÇÃO | 22 |
| 3.1 A função social da responsabilidade civil..... | 22 |
| 3.2 Os critérios de indenização..... | 25 |
| 3.3 Novidades do Código de Processo Civil de 2015..... | 28 |
| 4. A DESTINAÇÃO DA INDENIZAÇÃO | 32 |
| 4.1 A livre iniciativa das partes e a flexibilização do Processo Civil | 32 |
| 4.2 Análise jurisprudencial e a vedação ao enriquecimento sem causa..... | 34 |
| 4.3 A subsunção do Juiz ao pedido da parte e demais críticas ao tema | 42 |
| 5. CONCLUSÃO | 46 |
| 6. REFERÊNCIAS | 48 |

RESUMO

O dano moral é um dano extrapatrimonial por natureza, e sua indenização se caracteriza como um dos instrumentos essenciais da responsabilidade civil para compensar e reparar ilícitos. No entanto, essas não são suas únicas funções. Destinada também a prevenir e punir a ocorrência de ofensas extrapatrimoniais, a indenização moral pode ser um grande aliado de políticas de prevenção de ocorrência de danos, quando sua vertente punitiva é aplicada de forma eficaz. Contudo, a jurisprudência atual ainda enfrenta uma grande questão que atravança a efetividade do dano moral punitivo, que é justamente a tendência brasileira de vedação ao enriquecimento ilícito da vítima. Em atenção ao exposto, a demanda pela destinação da parcela punitiva do dano moral a um terceiro, como forma de driblar essa cultura dos órgãos julgadores, é cada vez mais crescente. À luz da função social da responsabilidade civil e dos princípios processuais da lealdade e boa-fé processual, defende-se que a destinação da fração punitiva da indenização, quando pleiteada, pode ser direcionada a um terceiro que não a vítima direta do dano, a fim de evitar problemas em relação ao enriquecimento indevido do ofendido e como forma de punir efetivamente a conduta do ofensor. Ainda, acrescenta-se a tendência crescente de fazer valer a vontade da parte que pleiteia tal destinação, em razão da exaltação de uma maior autonomia das partes litigantes decorrente do princípio da cooperação, insculpido no Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: hipermodernidade; dano moral punitivo; enriquecimento sem causa; novo Código de Processo Civil; função social da responsabilidade civil.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos hipermodernos, com a frugalidade cada vez maior das relações humanas, e o surgimento de novas plataformas de relacionamento humano, a possibilidade de ocorrência de danos é tão iminente, que caracterizou a sociedade atual como sociedade dos riscos.

Neste cenário, faz-se cada vez mais premente a necessidade de dispor de mecanismos jurídicos eficazes de prevenção, uma vez que os demais meios de controle das condutas humanas se mostram insuficientes para tanto. A responsabilidade civil, é, então, impelida a acompanhar essas mudanças, a fim de cumprir efetivamente sua função social.

Em uma sociedade de riscos não é incomum que as pessoas estejam mais preocupadas em evitar a causação e propagação de danos, ou seja, diminuir seu risco de ocorrência, do que até mesmo serem ressarcidas deles posteriormente. Isto porque, a reparação posterior pressupõe uma anterior violação da situação fática, e o direito, ainda que minimize os efeitos do dano, não consegue retroagir para estado anterior ao seu cometimento.

Daí não ser incomum o questionamento quanto à possibilidade de destinação do dano moral a fundos públicos, ou instituições de caridade, que se preocupem com a proteção e formação moral da sociedade e indiretamente combatam tais práticas abusivas, ou ainda, a terceiros ligados ou não ao dano, pela simples liberalidade da vítima, que deseja doar o montante recebido.

Ademais, é cediço que o dano moral é figura essencial na aplicação mais abrangente de sanções, uma vez que dispõe de critérios maleáveis e abertos para que seja aplicado, com a devida análise das peculiaridades de cada caso concreto, a ser realizada pelo magistrado em cada situação específica.

Neste mérito, à luz dos preceitos do novo Código de Processo Civil, defende-se a inexistência de óbices legais à concessão de tal pedido, bem como os efeitos positivos que são gerados a partir de seu acolhimento, como, por exemplo: a diminuição da insegurança do julgador em destinar grandes quantias de dinheiro ao ofendido (em razão da cultura de vedação ao enriquecimento sem causa da vítima), e a maior efetividade da aplicação da vertente punitiva do dano moral.

Ademais, tem-se que, por força do princípio da congruência, o magistrado encontra-se adstrito ao pedido das partes, devendo condicionar o seu julgamento aos limites daquele. E, ainda que inexista legislação ou jurisprudência consolidada no sentido de regular a destinação da indenização moral a um terceiro, tem-se que, por outro lado, inexistem óbices legais para tanto.

É claro que, grande críticas podem ser feitas ao tema, como, por exemplo, a de que sentença só está autorizada a realizar coisa julgada entre as partes litigantes, e não poderia, portanto, obrigar um terceiro que não participou do processo a aceitar quantia em dinheiro decorrente de indenização pecuniária concedida processualmente, ou então que a função precípua do Estado por meio da Jurisdição civil não é punir o cidadão.

O que se procura é buscar respostas satisfativas a essas indagações, tendo em vista que a sociedade de riscos, cada vez mais real e presente, questiona a si mesma e, principalmente, às autoridades, acerca da prevenção de danos, ainda que seja por meio de uma punição mais efetiva de condutas que não se enquadram dentro dos padrões aceitáveis a uma boa convivência humana em comunidade.

2. A FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL

O dano moral é uma espécie de fruto da responsabilidade civil extrapatrimonial relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, ainda que já reconhecido anteriormente pela jurisprudência, foi positivado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988.

Com uma redação bastante sucinta, os incisos V e X, do artigo 5º¹ estabeleceram apenas o direito de se pleitear essa nova espécie de indenização civil, sem, contudo, delimitar os seus critérios de aplicação e destinação, abrindo margem à discricionariedade dos aplicadores do Direito.

No cenário atual, com o pano de fundo da hipermodernidade e as mudanças cada vez mais voltadas à solidariedade e à cooperação dos entes processuais, tanto no âmbito do Direito Civil e quanto no do Direito Processual Civil, há espaço para se lançar um novo olhar sobre tal instituto, a partir de uma perspectiva mais coletivizada, e de um Direito mais humanizado e flexibilizado.

2.1. Natureza jurídica do dano moral e suas vertentes

O risco encontra-se tão imbricado na sociedade hipermoderna contemporânea que pode ser considerado um novo paradigma ao redor do qual transladam as relações sociais.² Sobre o assunto, dispõe o Ministro Luiz Edson Fachin, que “(...) na imprevisibilidade de comportamentos do palco da hipermodernidade, a sociedade observa e participa da disseminação dos riscos em seu próprio corpo.”

A sociedade de riscos tem como característica principal uma “hiperinflação” das relações. Sendo o convívio humano uma fonte por si só de conflitos, o “hiperconvívio” gerado principalmente pelas mudanças trazidas com a globalização e

¹ **Constituição Federal:**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

² RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Dilemas de uma sociedade de risco: a causa dos danos e a reparação integral da vítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 47.

o desenvolvimento da internet, exacerba todos eles, exigindo do Direito novas formas de proteção. No âmbito da responsabilidade civil, essa necessidade desponta no surgimento de novos danos civis e em novas formas de contenção destes.

Dano, para Carlos Alberto é “qualquer lesão injusta ao complexo de valores protegidos pelo Direito”.³ No entanto, tem-se que com o passar do tempo, e a alteração dos valores sociais, mudam-se também os bens jurídicos protegidos pelo Direito e, conseqüentemente, as sanções aos danos a eles causados.

Neste mérito, lembra Fachin que “não se pode olvidar das imbricações entre sociedade de (hiper) consumo com sociedade de risco, nem é possível descartar, a partir da necessária ressignificação do direito, um novo ângulo de observação da responsabilidade civil”.⁴

Daí a importância teórica e prática em analisar o dano moral em sua vertente punitiva, uma vez que além de ser uma das formas mais eficaz de contenção de danos, a possibilidade de sua destinação para um terceiro é um questionamento corriqueiro de uma sociedade na qual a prevenção de riscos muitas vezes fala mais alto que a sua compensação.

Quanto à sua natureza jurídica, os danos civis podem ser divididos em duas grandes categorias: a patrimonial e a extrapatrimonial. A patrimonial diz respeito à esfera econômica da vítima, e cuida de condutas passíveis de lesionar ou diminuir seu patrimônio. A extrapatrimonial, por sua vez, é definida por exclusão, ou seja, nela se enquadram os danos que não possuem um valor econômico intrínseco, mas são ligados à uma ofensa ao âmago da vítima, ou a um abalo à sua honra objetiva.⁵

Atualmente, os danos extrapatrimoniais são também subdivididos em outras espécies de dano mais específicas, são exemplos delas, o dano estético, o dano pela perda de uma chance e o dano social. Tais espécies podem ser aplicadas separadamente ou conjuntamente com o dano moral, a depender do caso concreto, como explica Antonio Junqueira de Azevedo, ao lecionar a respeito do dano social:

³ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 18.

⁴ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 42.

⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

Poderá haver: a) o dano patrimonial individual, a ser fixado com os dados dos danos emergentes e dos lucros cessantes; b) o dano moral individual como compensação, determinada basicamente por arbitramento; e c) o dano social, ou como punição, por ter o autor agido com dolo ou culpa grave, ou como dissuasão, para não levar à repetição, pelo agente ou por outros, dos mesmo atos.⁶

Isto ocorre porque cada espécie de dano extrapatrimonial cuida de um bem jurídico próprio. O dano estético, por exemplo, diz respeito à imagem física do indivíduo, à uma violação à sua integridade corporal em um local visível a qualquer pessoa que se aproxime, de modo a interferir no padrão de beleza daquele sujeito; podendo a sua indenização ser aumentada ou diminuída de acordo com a idade do sujeito e sua profissão, entre outros critérios. Já o social se caracteriza por gerar um rebaixamento na qualidade de vida de uma sociedade, por um comportamento ilícito ou não exemplar praticado pelo ofensor, o que é muito comum em demandas em massa.

O dano moral, embora não seja um tema muito novo na doutrina, ainda gera discussões quanto à sua conceituação, e, conseqüentemente, quanto à sua aplicação. Neste sentido, lembra Maria Celina Bodin de Moraes, que “a jurisprudência tem se mostrado vacilante e confusa, seja no que toca à identificação do dano, seja, em consequência, no que se refere à sua avaliação.”⁷

Carlos Alberto Bittar, por sua vez, apresenta um conceito bastante adequado do que entende por dano moral. Veja-se:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal, na autoestima), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social, na estima social).⁸

As mesmas divergências ocorrem também no tocante às funções do dano moral. É sabido que ele serve precipuamente para ressarcir e compensar o dano causado à vítima. No entanto, é quase que pacífico na jurisprudência que a

⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24.

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

indenização decorrente deste tipo de dano também pode possuir funções preventivas e punitivas, as quais são muito mais ligadas ao ofensor, do que à própria vítima. É o que defende Antonio Junqueira de Azevedo, por exemplo:

(...) os danos, especialmente os morais, não poderiam ser aumentados com um *plus*, a título de pena ou dissuasão, porque essas verbas não são, evidentemente, cobertura dos danos da vítima. Têm outras finalidades; basta pensar, aliás que estão centradas no agente do dano, e não, na vítima.⁹

Ao tratar do dano social, explica Junqueira de Azevedo que a função punitiva é, em geral, mais destinada a pessoas físicas que, imbuídas de dolo ou culpa grave, violam obrigações de segurança e cometem ilícitos. A preventiva, por sua vez, é normalmente voltada a pessoas jurídicas que atuam sob o viés da responsabilidade objetiva com má-fé, de modo a ocasionar condutas não exemplares, combatidas em razão do mal-estar geral que sua repetição pode gerar.¹⁰

Devido à natureza jurídica diversa de ambas, são também diferentes os critérios para sua condenação em cada caso. Na hipótese de a indenização ser aplicada com função meramente dissuasória, a comprovação do elemento subjetivo que embasou o comportamento do ofensor não se faz necessária, uma vez que, o objetivo não é punir o ofensor em razão do desvalor de sua conduta, mas sim desestimular a repetição do ato ilícito analisado.¹¹

Por outro lado, quando a indenização for aplicada com vistas a punir, aí sim se exige a demonstração da existência de dolo ou culpa grave, pois, uma vez que é o desvalor da conduta o que gera uma maior necessidade de reprovação do dano, a intenção do ofensor em realizá-lo, daquela maneira, é o elemento condicionador da punição.¹²

No que tange à função punitiva, embora uma parte mais conservadora da doutrina insista que ela é exclusiva do âmbito penal, a teoria da vertente punitiva da

⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

¹⁰ Ibidem, p. 373.

¹¹ Ibidem, p. 374.

¹² Embora tais reflexos tenham tido como objeto o dano social, em razão de sua natureza jurídica semelhante ao dano moral, podem ser aproveitados para acrescentar o debate.

responsabilidade civil prevalece.¹³ Condizente com ela, Junqueira de Azevedo, afirma que a “pena” é algo recorrente na legislação civilista, ao contrário do que possa parecer à primeira vista. Segundo ele, “não é verdade que o direito civil não puna”¹⁴, e há inúmeros exemplos de situações nas quais essa punição aparece, inclusive com a menção da palavra “pena” pelo Código Civil¹⁵. Aduz que o que difere a punição no âmbito penal e no âmbito civil é a não exigência de uma tipicidade rígida para que sejam civilmente aplicadas.¹⁶

A discussão é válida, já que a inserção de um elemento sancionador na reparação de danos, embora seja cada vez mais recorrente na jurisprudência, não é função originária da responsabilidade civil¹⁷. Isto porque, esta tem por base o restabelecimento do *status quo ante* através da reparação e compensação do dano.¹⁸

O que se observa no Brasil é que a função exemplar da responsabilidade civil ainda se resguarda, de modo quase que absoluto, à seara do dano moral¹⁹. Há um resguardo na doutrina em relação à possibilidade de existência de outras modalidades de dano extrapatrimonial com vistas à punição, diferente do que se passa nos sistemas jurídicos de *Common Law*.

Neste ponto, é cediço que a matriz de sanção com valor de desestímulo é tradicional do Direito anglo-saxão, que desde os seus primórdios, utiliza no âmbito da responsabilidade civil diferentes institutos para cada função: a punitiva, a exemplar e a preventiva.²⁰ Resguardada a evolução histórica sobre o tema, essa separação é, ainda hoje, muito aplicada nos Estados Unidos da América para inibir atos ilícitos recorrentes ou danos com alto grau de desvalor de conduta. Esta doutrina ficou conhecida como *punitive damages*.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 21. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 de setembro de 2015.

¹⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 372.

¹⁵ *Idem*

¹⁶ *Ibidem*, p. 373.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. *Op. cit.* p. 17.

¹⁹ *Ibidem*, p. 22.

²⁰ *Ibidem*, p.18.

2.2 Direito Comparado

Judith Martins- Costa e Mariana Souza Parglender apresentam uma boa conceituação do que entendem por *punitive damages*:

Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.²¹

À primeira vista, os *punitive damages* podem gerar confusão com os danos morais aplicados no Brasil, devido à existência de algumas semelhanças entre eles. Contudo, os *punitive damages* possuem características próprias que os distinguem e os tornam, em muito, incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nos Estados Unidos, a decisão acerca da fixação dos *danos punitivos* é de competência de um júri²², o que se mostra totalmente incompatível com a estrutura cível brasileira, onde inexistente tal instituto. Se permite, ainda, que seguros cubram as quantias pagas a título de indenização, o que fomenta a tendência de sua aplicação em quantias vultuosas. Esta peculiaridade também não é admitida pelo Direito brasileiro, que tem como guias para indenização os critérios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa da vítima.

Embora, como visto, os critérios de aplicação dos *punitive damages* sejam incompatíveis com a estrutura processual brasileira, de matriz *Civil Law*, e, portanto, não se mostre razoável a transposição do instituto para o Sistema Judiciário brasileiro, o debate sobre a função punitiva do dano moral enriquece o debate sobre o tema. No Brasil, tal discussão é essencial, já que na falta de uma mecanismo próprio de aplicação de sanções no âmbito cível, o elemento punitivo é normalmente incluído, sem critérios claros, no dano moral, o que pode gerar uma má aplicação do Direito.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 16. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 de setembro de 2015.

²² *Ibidem*, p. 19.

Judith-Martins Costa e Mariana Parglender buscaram entender essa incompatibilidade entre *punitive damages* e danos morais nas origens de tais institutos. De acordo com suas pesquisas, o dano moral foi criado, primordialmente, com o intuito de reparar prejuízos extrapatrimoniais, que antes se quedavam impunes (pois havia previsão de indenização apenas para prejuízos patrimoniais), e, somado a isso abarcou uma noção de “ódio ao ofendido”²³, remetendo à ideia de pena privada.²⁴

Já no Direito anglo-saxônico, berço dos *punitive damages*, houve uma separação entre o dano moral e o dano punitivo, sendo o primeiro destinado a casos onde se mostrasse necessária apenas a compensação de danos, e, o segundo, reservado para casos excepcionais que demandassem além de reparação, repreensão. Entretanto, situação diversa ocorreu no Brasil, que aglutinou as duas vertentes no dano moral, gerando uma discussão doutrinária existente ainda hoje, acerca das reais funções do instituto, uma vez que inexistente dispositivo legal que defina seu real escopo, e tal imbróglio causa alguns problemas práticos de aplicação jurisprudencial, como se verá adiante²⁵. Sobre tal distinção, acrescentam as autoras:

É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração- para a fixação do montante- a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor,(...); outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente- a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.²⁶

Existem no Brasil três correntes doutrinárias majoritárias sobre o tema da função do dano moral. Para a primeira, seu escopo é, meramente, compensar; já para a segunda, pouco aceita, é, primordialmente, punir. A terceira, por sua vez, é a

²³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiv: *punitive damages* e o direito brasileiro. R. CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 15. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 de setembro de 2016.

²⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 372.

²⁵ *Ibidem*, p. 370.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Op. cit. p. 23.

mais adotada pela jurisprudência²⁷, e advoga que o instituto é uma mistura de ambos, tendo como funções compensar e punir.²⁸

A parte mais conservadora da doutrina, entre a qual se destacam Pontes de Miranda, Orlando Gomes e José de Aguiar Dias, é normalmente adepta da primeira teoria, entendendo que a missão do dano moral é apenas reparar e compensar, sob pena de incorrer em enriquecimento infundado da vítima.²⁹

Segundo Orlando Gomes “a relação obrigacional entre o agente e a vítima tem como conteúdo a pretensão do prejudicado à reparação do dano”³⁰, e, “quando nenhum prejuízo se verificou ainda, a pretensão de fim preventivo não constitui conteúdo da relação obrigacional oriunda de ato ilícito”.³¹

Entre os adeptos da terceira corrente encontra-se Carlos Alberto Bittar, o qual, embora considere como função precípua do dano moral a reparatória³², e não a punitiva, reconhece que a inclusão de um elemento sancionatório na indenização é cada vez mais utilizado pela jurisprudência como forma de buscar a reparação integral de danos e desestimular o cometimento de outros mais.³³

Neste mérito, há também outra diferença percebida entre os danos punitivos no sistema *Common Law* e os morais, no *Civil Law*, uma vez que nos países adeptos do primeiro sistema, não se percebe essa preocupação com o enriquecimento da vítima.³⁴ Maria Celina Bodin de Moraes discorre que:

Nos Estados Unidos, de onde os chamados danos punitivos foram importados, não há qualquer preocupação com o enriquecimento da vítima, o qual, antes, é pressuposto. Isto ocorre porque lá se tem o dano punitivo como justificado para que cumpra alguns objetivos de pacificação social, próprios da cultura daquela sociedade. Ele serve para: i) punir o ofensor por ser mau comportamento, ii) evitar possíveis atos de vingança por parte da vítima; iii) desestimular, preventivamente, o ofensor e a coletividade de

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 23. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 de setembro de 2016.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Op. cit.**, p. 28.

³⁰ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 91.

³¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

³² BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

³³ *Ibidem*, p. 215.

³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Op. cit.**, p. 33.

comportamentos socialmente danosos, quando o risco de ser obrigado a compensar o dano não constituir remédio persuasivo suficiente; iv) remunerar a vítima por seu empenho na afirmação do próprio direito, através do qual se consegue um reforço geral da ordem jurídica.³⁵

Em meio a tantas opiniões divergentes, a posição adotada pelo STJ é a de que a indenização moral não deve gerar enriquecimento para a vítima do encalço. Em outras palavras, significa que, atenta aos parâmetros da razoabilidade, ela deve se concentrar em compensar a dor sofrida, o que é incompatível com a doutrina da prevenção e punição de danos, que se apoia no prejuízo financeiro do ofensor.³⁶

Deixando de lado o debate, é imperioso lembrar que a introdução da função punitiva da responsabilidade civil no dano moral de forma desregulada, sem critérios claros e sem que seja realizada a devida fundamentação, implica em uso irresponsável do Direito, o que também deve ser evitado.

Neste mérito, leciona Junqueira de Azevedo que os institutos jurídicos devem ser aplicados de acordo com suas funções e critérios próprios, de maneira devidamente fundamentada pelo magistrado do caso, deixando clara sua opinião contrária à inserção de elemento sancionador de forma dissimulada no dano moral.³⁷

2.3 O Direito punitivo e o Estado garantidor

Uma possível crítica a ser feita acerca da vertente punitiva mais acirrada do dano moral é a de que, com ela, o Judiciário estaria extrapolando os limites do Estado garantidor, para formar um Estado de Direito extremamente doutrinador e sancionatório.

Embora alguns argumentos possam ser exarados nesse sentido, como exposto no subcapítulo anterior, grande parte da doutrina continua defendendo a ideia de que o dano moral tem sim função punitiva, e, muitas vezes até educativa.

³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Op. cit. p. 23.

³⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

Isto porque, embora não seja a função precípua do Direito a doutrinação da sociedade para o cumprimento da Lei, esta é a medida paliativa muitas vezes encontrada para fazer valer os dispositivos normativos que já existem, com os meios possíveis para tanto, uma vez que o Estado-juiz tem que analisar não somente o caso concreto em separado, mas sim em conjunto com o meio onde ele se encontra, e o momento histórico no qual se apresenta. De acordo com a doutrina de Fachin, o Direito não deve ser tão conservador a ponto de se afastar do seu real objeto: a sociedade do agora.³⁸

É importante lembrar que, embora as funções punitiva e preventiva não sejam precípua na responsabilidade civil, mas sim a compensatória e a reparadora, é impossível não se atentar para o fato de que tais vertentes ganham cada vez mais força na doutrina e na jurisprudência, juntamente com a sua função social.

Portanto, ainda que o ideal fosse que o Estado desse conta de regulamentar melhor as condutas, e que os cidadãos adequassem seu comportamento a elas, é fato que a sociedade ideal não existe, e, enquanto ela não atinge melhores padrões de sociabilidade, cabe ao Direito, como *ultima ratio*, resguardar o cumprimento da lei, ainda que com a atitude paternalista de punir, se esta for a solução mais eficaz para tanto.

Sobre a vertente punitiva da responsabilidade civil, leciona Carlos Alberto Bittar:

Nesse sentido é que a tendência manifestada, a propósito, pela jurisprudência pátria, é da fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, possa fazê-lo conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida ou, então, deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo e em elemento que, em nosso tempo, tem-se mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial.³⁹

De outro norte, quanto à vertente preventiva do instituto, Carlos Pianovski defende a sua aplicação, primordialmente, a ofensas graves à dignidade humana.⁴⁰

³⁸ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 27.

³⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 283.

⁴⁰ RUZYC, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In:

Nas suas palavras, “se, por um lado, é certo que a responsabilidade civil somente tem lugar após a produção do dano, não se pode olvidar sua dimensão dialética, que permite sua utilização como instrumento “pedagógico” de prevenção.”⁴¹ Nesta linha de raciocínio, pode-se afirmar que, embora a indenização pecuniária ainda se mostre extremamente ligada à uma seara patrimonialista do Direito, ela ainda parece ser a solução mais eficiente para a aplicação de sanções civis, especialmente em casos que versem sobre danos decorrentes de mau exercício da atividade econômica.⁴²

Carlos Pianovski ensina que, em tais casos, o *quantum* deve conter um valor monetário que realmente “(...) desequilibre a equação custo-benefício realizada pela atividade econômica, através de sua racionalidade meio-fim”.⁴³ Para que a indenização se mostre eficiente, é preciso desbancar a ideia de que o cometimento de ilícitos seja mais vantajosa, em termos financeiros, do que sua prevenção. O mesmo se aplica a práticas não exemplares, ou cometidas com aviltante má-fé.⁴⁴

Importante lembrar, também, que a prevenção e punição de danos não deve se restringir ao âmbito individual, uma vez que a Constituição Federal também resguarda direitos fundamentais de natureza difusa e coletiva. Pietro Perlingieri lembra que a visão individualista dos direitos humanos é incompatível com o Direito constitucionalizado.⁴⁵

A tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípuo e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento. Eles não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas, antes, como instrumentos para construir uma comunidade, que se torna, assim, o meio para a sua realização.⁴⁶

RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 128.

⁴¹ Ibidem, p. 134.

⁴² Idem.

⁴³ Ibidem, p. 145.

⁴⁴ RUZYC, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 150.

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 38.

⁴⁶ Idem.

Junqueira de Azevedo enriquece o debate neste mérito, alegando que se deve prevenir não só ofensas graves à dignidade humana, mas também reprimir comportamentos não exemplares, que possuem certo alcance social.⁴⁷

Assim, visto isso, cabe destrinchar o grande problema que circunda a questão das indenizações morais atualmente: o enriquecimento da vítima. Isto porque, quando aplicadas com funções punitiva e preventiva, fica claro que o ofendido irá receber um montante acima do necessário para compensação do dano, justamente como forma de punir o ofensor com essa parcela excedente. É lógico, então, que a vítima será enriquecida pela indenização, o que não é propriamente um problema.⁴⁸

Entretanto, percebe-se um receio comum dos juristas em relação ao ganho pecuniário do ofendido, eis que, além da tradição jurídica brasileira em reiterar essa ideia, ela é vedada pelo artigo 887 do Código Civil.⁴⁹

Essa preocupação, contudo, se mostra infundada, uma vez que o enriquecimento da vítima gerado por tais indenizações não é injustificado. Isto porque, além de ser consequência da lógica punitiva do ofensor, o qual, primeiramente, enriqueceu ilicitamente com a prática danosa, tem, outrossim, o objetivo de impedir que outras pessoas sofram com dano semelhante, bem como que o ofensor continue enriquecendo ilicitamente com a prática de ilícitos.

Ademais, é incongruente se preocupar com o enriquecimento da vítima, e, por outro lado, fazer vista grossa ao locupletamento ilícito do causador do dano pela conduta por ele praticada, muitas vezes estendida para além de apenas um indivíduo.

Embora possam ser feitas diversas críticas à inserção de elemento punitivo na responsabilidade civil possam gerar, viu-se que a realidade tem exigido a sua aplicação não só com suas funções clássicas, mas também com um caráter sancionatório e inibidor, principalmente em âmbitos de grande alcance social.⁵⁰

Para tanto, não se deve olvidar que o juiz é, além de tudo, um administrador,

⁴⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375.

⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33.

⁴⁹ **Código Civil**:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Op. cit.**, p. 16.

o qual deve sopesar a quantia indenizatória não apenas levando em conta as peculiaridades do caso concreto, mas também o grau de desídia do ofensor, bem como a existência de reiteraões em sua conduta.

Por fim, não se deve esquecer que este não é o cenário ideal. Em uma sociedade desenvolvida, o que se espera tanto das pessoas físicas como jurídicas é uma conduta pautada pela boa-fé. Contudo, enquanto ela não alcança o padrão esperado, é imprescindível que o Direito sirva como freio inibitório para a prática de condutas lesivas passíveis de ferir não só um indivíduo isolado, mas a sociedade como um todo, por meio do rebaixamento da sua qualidade de vida e pela causação de uma sensação de insegurança generalizada.

Por fim, é cediço que a dinamicidade da era da internet e a frugalidade cada vez maior das relações civis, fizeram com que tanto a prestação de serviços, quanto os danos dela decorrentes, atingissem cada vez mais coletividades, em detrimento de uma pessoa só. Tendo esse fato em mente, é natural considerar que o um sujeito queira abrir mão de sua indenização individual, com o fim de destiná-la a instituições que prestam benefício social ou estabelecimentos de caridade, até mesmo com o propósito de afastar a limitação imposta pela cultura da vedação ao enriquecimento ilícito do particular.

É importante frisar que, para uma efetiva tutela dos direitos, não basta apenas uma atuação mais presente do Estado, mas também que a sociedade civil atue pelas balizas da solidariedade social. Faz-se necessária o que Kazuo Watanabe chama de “nova mentalidade”, eis que a solução ideal para os conflitos civis não é o paternalismo do Estado, mas sim a reestruturação social.⁵¹

No entanto, enquanto essa mentalidade não se consolida, cabe ao Judiciário resguardar o cumprimento das leis e a garantia de direitos. Nessa seara, a vertente punitiva do dano moral, quando corretamente aplicada, mostra-se como um dos mecanismos aptos a realizar a justiça do caso concreto.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini APUD GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 781.

3. OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DE CONDENAÇÃO

O despontar das primeiras discussões envolvendo a funcionalização dos institutos do Direito Civil deu-se com a positivação dos artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, na Constituição Federal, os quais versam sobre a função social da propriedade. Esta abertura desencadeou estudos acerca da extensão da função social aos contratos, já que são o instrumento jurídico por excelência de transmissão da propriedade.⁵² E, atualmente, o debate se concentra na questão da função social da responsabilidade civil.

Guiados pela postura solidarista adotada pelo Código Civil e pelos valores inculcados na Constituição, os principais institutos do Direito passaram a ser analisados não apenas a partir de suas funções convencionais, mas também por suas funções sociais. A partir de uma visão mais completa do Direito, a propriedade, a empresa, a família e responsabilidade civil se encontram interligadas a seu contexto social.

3.1 A função social da responsabilidade civil

Com o advento da socialização dos institutos jurídicos, uma mudança se fez necessária na linha mestra da responsabilidade civil, que passou de subjetiva para predominantemente objetiva. Sergio Cavalieri Filho explica que esta mudança paradigmática foi impulsionada também pelos anseios da sociedade de riscos que se apresenta ao Século XXI. Para ele:

(...) a implantação da indústria, a expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes deixaram exposta a insuficiência da culpa como fundamento único e exclusivo da responsabilidade civil. Pelo novo sistema, provados o dano e o nexo causal, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar a ocorrência de alguma das causas de exclusão do nexo causal- caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.⁵³

Em linhas gerais, o Código Civil dispõe acerca da responsabilidade objetiva, que aqueles que causarem dano a *outrem* em decorrência de atos ilícitos, deverão

⁵² SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 255.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

repará-los, independentemente da comprovação de dolo ou culpa, nos casos especificados em lei⁵⁴. Portanto, quando aplicado, dispensa a comprovação da existência de elemento subjetivo negativo por parte do causador do dano para que surja o dever de indenizar.

Ainda, o mesmo Código define em seu art. 187 que o abuso de direito é também um ato ilícito⁵⁵, o que aumenta significativamente as situações passíveis de indenização, bem como eleva a boa-fé à elemento norteador de comportamentos jurídicos e sociais.

Nesse ínterim, Maria Celina Bodin de Moraes chama atenção para o fato de que a funcionalização de institutos é cada vez mais aplicada não só tendo em vista a realização da justiça no caso concreto, mas também com o objetivo de por em prática o preceito constitucional da solidariedade.⁵⁶

Essa nova hermenêutica aplicada à responsabilidade civil, é definida por Flávio Tartuce:

A função social da responsabilidade civil deve ser encarada como uma análise do instituto de acordo com o meio que o cerca, com os objetivos que as indenizações assumem perante o meio social. Mais do que isso, a responsabilidade civil não pode ser desassociada da proteção da pessoa humana, e da sua dignidade como valor fundamental.⁵⁷

Além de ter adquirido ares utilitaristas, a responsabilidade civil foi elevada a entidade suprema de proteção dos direitos fundamentais pela Constituição Federal⁵⁸, o que, por vezes, acaba por desencadear embates entre os direitos fundamentais da vítima e do ofensor. Sob este prisma, é preciso que a

⁵⁴ **Código Civil:**

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁵⁵ **Código Civil:**

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

⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24.

⁵⁷ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil.** Vol. II. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 456.

responsabilidade civil esteja em compasso com o grau de proteção conferido pelo Direito ao bem jurídico lesionado.⁵⁹

Uma das funções sociais da responsabilidade civil é a de manter vivos os direitos fundamentais e garantias dos cidadãos,⁶⁰ ao passo em que cumpre suas funções primordiais de ressarcir e compensar. De acordo com Lorenzetti, “o grupo de direitos fundamentais atua como um núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o direito privado; um novo sistema solar em que o Sol é a pessoa humana”.⁶¹

Ainda, a atribuição de caráter social a um instituto de tamanha amplitude como a responsabilidade civil, contribui para o resgate de uma consciência comum da sociedade como um corpo unificado, bem como reforça a ideia de proteção de direitos essenciais do cidadão.

Assim, pode-se dizer que as reparações no âmbito civil não devem levar em consideração apenas o ressarcimento patrimonial ou moral do ofendido, mas também as consequências sociais geradas pelo dano, e conseqüentemente, por sua posterior indenização.

Sensível a isto, quando da indenização, o operador do direito deve sopesar não só os elementos intrínsecos causados pelo dano indenizar, mas também a sua repercussão na sociedade. Neste sentido, Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna acrescentam ao debate:

Para compreender esse posicionamento, recordamos de uma premissa inerente ao atual processo civil: a inviabilidade de que se compreenda a jurisdição contemporânea sem avaliar que, em seu cerne, não transitam apenas os interesses das partes. Pelo contrário, por mais que sejam elas os agentes privados diretamente afetados pela celeuma, a atuação processual envolve um feixe completo de questões que passam por interesses da comunidade e da própria administração estatal.⁶²

A responsabilidade civil, além de buscar restabelecer a situação fática existente antes da prática do ilícito, deve visar também o restabelecimento da paz social, de modo a fomentar um ambiente de confiança na Justiça.

⁵⁹ PINTO, Helena Elias. **Função social e responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3323fe11e9595c09>>. Acesso em: 7 de setembro de 2016.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de derecho privado**. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores. [s.d.], p. 104. Tradução Livre.

⁶² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no novo CPC- aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. **Desvendando o novo CPC**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 198.

3.2 Os critérios de indenização

Falar de indenização demanda uma investigação acerca dos critérios necessários à sua fixação. Ao tratar do tema, não se pode olvidar que há dois instrumentos normativos garantidores de uma notável abertura ao juiz, para que este decida conforme o melhor interesse em cada caso, tomando por base não só a lide analisada, mas também os interesses sociais nela envolvidos. São eles: a Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais, e a Lei 8.078/90, que desembocou no Código de Defesa do Consumidor.

Tendo em mente que é na seara consumerista onde ocorrem as maiores violações a direitos civis de forma repetitiva e desidiosa, é importante conferir uma maior atenção a tais dispositivos legais.

É sabido que os Juizados Especiais Cíveis possuem princípios próprios, que orientam os procedimentos gerados por demandas consumeristas. Tais princípios encontram-se dispostos no art. 2º⁶³ da Lei, e se resumem em: simplicidade, oralidade, celeridade, economia processual e informalidade⁶⁴. Há, ainda, outro dispositivo na Lei 9.099/95 que merece destaque: o artigo 6º⁶⁵. Referida norma confere poder ao juiz para extrair a solução mais justa de cada caso concreto, a fim de que atenda as exigências do bem comum, de modo a prestigiar a tendência solidarista atual do Direito.

Ao tratar dos danos extrapatrimoniais, Maria Celina Bodin de Moraes leciona que relegar a fixação do *quantum* indenizatório a critério do julgador de cada caso ainda é a melhor medida jurídica para aplicação do instituto, uma vez que este, por estar em contato com os fatos, possui melhores condições de sopesar as circunstâncias do caso, em consonância com a baliza da equidade, com vistas a atingir uma solução mais justa e razoável para o feito.⁶⁶

⁶³ **Lei 9.099/95:**

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

⁶⁴ Para o presente trabalho, merece destaque os princípios da simplicidade e da informalidade, o que, dentre outras vantagens, aponta para uma maior flexibilidade do julgador ao atender os pedidos formulados pelas partes que, geralmente desprovida de advogados, não estão aptas a fazer uma correta qualificação jurídica dos fatos narrados.

⁶⁵ **Lei 9.099/95:**

Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 270.

Não se pode perder de vista, contudo, a existência de algumas diretrizes básicas à aplicação do dano moral, que são necessárias na busca de uniformidade jurisprudencial. Isto porque, a tendência da aplicação do Direito a partir de uma base primordialmente principiológica tende a gerar decisões com alto grau de subjetividade por parte do julgador do caso concreto, o qual fica mais à vontade para inculpir seus valores pessoais em sua fundamentação, o que pode gerar certa insegurança jurídica.⁶⁷

A grande maioria da jurisprudência dispensa a comprovação do dano moral, em razão de sua natureza subjetiva e de difícil, ou, impossível demonstração fática. Sua ocorrência é muitas vezes pressuposta, percebida em relação aos elementos objetivos constantes nos autos, sendo medida de acordo com a discricionariedade do julgador, sua sensibilidade e seu senso comum.

Diante disso, faz-se necessária a compilação de alguns critérios essenciais à sua condenação. Com vistas a alcançar uma boa amplitude das possíveis balizas a serem utilizadas neste mérito, se fará uma combinação entre as cláusulas gerais da responsabilidade civil e dos critérios utilizados pelo Direito comparado em casos que envolvam *punitive damages*, os quais se assemelham, em muito, ao dano moral.

Os principais critérios utilizados pelos países que aplicam os *punitive damages*, são: a gravidade da conduta analisada; o elemento subjetivo do ofensor, se imbuído de dolo ou culpa grave; a censurabilidade das vantagens obtidas; a condição da vítima, se portadora de vulnerabilidade; a existência de reiteração da conduta.⁶⁸ Ademais, levam em conta não só a gravidade do dano, o seu tempo de duração e a frequência com que ocorreu, mas também o comportamento do ofensor após o cometimento do ilícito, se destinado à sua reparação ou não.⁶⁹

Ato contínuo, as cláusulas gerais da responsabilidade civil, por sua vez, são preceitos normativos estabelecadores de padrões hermenêuticos para as demais normas. De acordo com Pietro Perlingieri “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de

⁶⁷ VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A análise consequencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 134.

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 20. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 de setembro de 2016.

⁶⁹ Idem.

fato.”⁷⁰ No sistema jurídico brasileiro são exemplos delas: a boa-fé objetiva, disposta nos artigos 113 e 422 do Código Civil; a função social dos contratos, presente no art. 421 do Código Civil, além da socialização dos riscos, que pode ser extraída dos artigos 186 e 927, do mesmo Código.

Maria Celina Bodin de Moraes faz um resumo sobre os critérios mais utilizados na aplicação do dano moral, além dos já debatidos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. São eles:

- i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa);
- ii) a situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); e v) a intensidade de seu sofrimento.⁷¹

A aplicação prática desses critérios demonstra uma preocupação jurisprudencial não só em ressarcir a vítima, mas também em punir o agente causador do dano, uma vez que abarcam não só seu grau de culpa, mas também buscam aplicar a indenização com vistas a inibir a prática danosa.⁷²

Ante o exposto, conclui-se que, embora a condenação do dano moral seja aberta à motivação do juiz de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, nem por isso é livre de regulação normativa, devendo obedecer aos limites explícitos e implícitos da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes:

(...) os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos, devendo, porém, ser sempre explicitados, de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle da racionalidade da sentença. Esta é a linha que separa o arbitramento da arbitrariedade.⁷³

O grande desafio na condenação do dano moral na sua vertente punitiva parece ser sobressair o montante punitivo daquele destinado à compensação, o que, embora ainda não seja bem aceito pela jurisprudência majoritária, proporcionaria a fixação de *quantum* relevante à inibição da conduta que se pretende punir, sem os limites da cultura da vedação ao enriquecimento sem causa da vítima.

⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 295.

⁷² Ibidem, p. 31.

⁷³ Ibidem, p. 270.

Esta dificuldade é verificável tanto no plano material quanto do processo. Isto porque, embora o sistema processual tenha evoluído no mesmo sentido do direito obrigacional, ou seja, tenha se voltado à solidariedade social, de acordo com Teori Zavascki, ele não foi criado com mecanismos aptos à aplicação de outros tipos de sanção voltadas a punir o ofensor e prevenir a ocorrência de ilícitos, tendo sido pensado, primordialmente, para o ressarcimento das vítimas.⁷⁴

Junqueira de Azevedo chama atenção para o fato de que uma inclusão “dissimulada” do elemento sancionador no dano moral, caracteriza um mau Direito, uma vez que as funções ressarcitória e punitiva possuem diferentes características⁷⁵, e não devem ser reunidas em um instituto com a função precípua de reparar, sem a devida fundamentação.⁷⁶

Além disso, a inclusão desmedida do elemento punitivo na indenização moral é passível, também, de gerar insegurança jurídica na matéria e imprevisibilidade nas decisões.⁷⁷

3.3 Novidades do Código de Processo Civil de 2015

O Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março do corrente ano de 2016, veio consagrar na doutrina e na jurisprudência a influência da Constituição Federal na leitura dos demais dispositivos legais, dando grande ênfase aos princípios da solidariedade e da cooperação entre as partes.

Neste mérito, trouxe consigo inúmeras inovações que colocam em evidência a livre iniciativa das partes, agora não apenas no âmbito do direito material, mas também na seara processual. Entre elas, a prerrogativa de criarem seu próprio calendário processual, de escolherem o foro judicial onde a demanda tramitará, bem como os prazos em que as peças serão protocoladas, quando a demanda tratar sobre direitos que admitam autocomposição. Ou seja, o Novo Código conferiu maior autonomia aos litigantes, que podem, inclusive, dispor a respeito do próprio procedimento, como explica Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna:

⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 14.

⁷⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

⁷⁷ Ibidem, p. 31.

Ainda que as indagações pudessem conduzir a debates mais profundos, para as atuais finalidades é viável destacar brevemente que, por trás da ideia “contratualista”, está a tentativa de conferir às partes a possibilidade de dispor sobre a estrutura procedimental de seu litígio; de facultar que estabeleçam parcela do percurso a que o “acertamento de seu caso” estaria submetido; em síntese, de permitir que sejam derogadas regras relacionadas ao desenvolvimento do processo, alterando sua tramitação a critério dos próprios sujeitos envolvidos na controvérsia.⁷⁸

O debate sobre a maior liberalidade das partes na condução de seu processo judicial, trouxe à baila as seguintes questões: por que não atender o pedido de destinação da indenização de que ela tem direito, a terceiro, interessado ou não na causa? Tendo em vista que as partes podem acordar a destinação da indenização a um terceiro em contrato privado, porque razão não poderiam fazê-lo no Judiciário, às vistas de um magistrado?

Ora, se os sujeitos processuais estão até mesmo autorizados a alterar o procedimento ao qual sua lide será submetida, nos limites da lei processual, por que não estariam autorizados a dispor a respeito da própria indenização que lhes cabe?

É certo que ao conferir maior liberdade ao jurisdicionado, estreita-se os laços que diferenciam aquilo que é apenas interesse público, daquilo que é apenas interesse privado, o que garante um ambiente propício ao diálogo não apenas entre as partes, mas também entre elas e a Administração Pública.⁷⁹ Neste sentido:

Deslocando enfim os nossos olhares ao “contratualismo processual”, notamos que também essa perspectiva, assim como ocorre com o “cooperativismo”, funda-se na aproximação entre as partes do conflito e o julgador – e em um maior empoderamento dos litigantes. Aqui, porém, a questão se especifica pelo objeto temático: a participação dos sujeitos seria majorada não apenas no que toca ao convencimento judicial sobre o objeto litigioso, mas também no que se refere à estruturação do rito processual a ser casuisticamente adotado.⁸⁰

Devido à complexidade do tema da destinação de indenização a um terceiro, é importante citar um julgado mencionado por Flávio Tartuce em sua obra “Reflexões sobre o dano sócia”, que, ainda que trate de um dano de natureza diversa do moral, defende a destinação do *quantum* indenizatório do dano social a

⁷⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no novo CPC- aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. **Desvendando o novo CPC**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 188.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Ibidem, p. 192.

um fundo social ou instituição de caridade, ou seja, para um terceiro não integrante da lide.⁸¹

O julgado é de relatoria do Desembargador Teixeira Leite, e foi julgado no Tribunal da Justiça de São Paulo. Em sua fundamentação, foi identificada a ocorrência de dano social por reiteradas negativas de coberturas médicas pela operadora do plano de saúde. Em razão disso, a grande soma de dinheiro foi destinada, de ofício, a um terceiro que não a própria vítima, possivelmente como forma de minimizar as possíveis críticas decorrentes do enriquecimento, em tese, sem causa da vítima, pessoa física.

Embora o que se defenda no presente trabalho não seja a destinação *ex officio* da indenização moral a um terceiro, é certo que tal julgado acrescenta no discurso sobre a matéria, uma vez que foi um dos pioneiros a realizar a diferenciação entre a vertente compensatória e punitiva do dano moral, destinando o montante de R\$ 50.000,00 ao autor da demanda, e condenando a empresa requerida ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 referentes a danos sociais, os quais foram destinados ao Hospital das Clínicas de São Paulo, que não fazia parte da lide. Trata-se do acórdão n° 0027158-41.2010.8.26.0564, a seguir ementado :

PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida.

DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva.

DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo.

LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa.

Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte.

Ainda que dano moral e dano social possuam naturezas distintas, ambos contêm uma esfera extrapatrimonial, e as mesmas raízes doutrinárias, de modo que,

⁸¹ TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 59, nov. 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537>. Acesso em: 15 de setembro de 2016.

não se verifica a existência de óbice que impeça que a mesma solução seja acolhida em casos onde não se verifique a existência de dano social, mas apenas de dano moral individual, que, por sua gravidade, requeiram uma solução mais rígida por parte do Poder Judiciário.

O que se propugna, então, não é uma ação coletiva para condenação do dano social ou de danos morais coletivos, mas sim que o próprio autor da demanda, em uma ação individual, possa ter a liberdade de escolher para quem prefere que aquela indenização seja destinada, tendo esse terceiro função social ou não.

A tese defendida por Flávio Tartuce, embora mais atenta ao aspecto social da condenação, pode sofrer críticas no sentido de que já existem entidades no sistema jurídico brasileiro detentoras de legitimidade para pleitear indenizações em nome de terceiros, como, por exemplo, o Ministério Público.

Ao se fazer tal crítica, deve-se atentar para o fato de que o Ministério Público e demais legitimados ativos para propor demandas coletivas, apenas estão autorizados a gozar de tal prerrogativa quando o dano causado possuir vertente coletiva. Defende-se, contudo, que a liberdade das partes deve ser respeitada para além daquelas demandas de dano moral coletivo, ainda que tratem apenas sobre dano moral individual.

Sobre o tema, não há dúvidas de que a sentença faz coisa julgada apenas entre as partes, e gera uma obrigação somente para elas, não podendo, portanto, obrigar um terceiro a receber os frutos patrimoniais daquela lide. No entanto, é certo que com a revitalização do processo civil à luz da Constituição Federal, o juiz já dispõe de mecanismos para chamar o terceiro indicado ao processo e argui-lo sobre o seu interesse em receber a quantia definida em sede de dano moral, observando o disposto no princípio do contraditório, tão exaltado no Código de Processo Civil de 2015.

Importante lembrar, ainda, que em que pese os argumentos favoráveis ao tema, a destinação da indenização da vertente punitiva do dano moral a um terceiro melhor seria avaliada pela jurisprudência com a evolução doutrinária e legislativa, uma vez que, embora não existam óbices legais para sua aplicação, ainda necessita de um suporte legislativo sólido, a fim de que seja mais confortável aos juízes, aplicadores da lei, a sua concessão.

4. A DESTINAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

A responsabilidade civil é o mecanismo do Direito destinado à pacificação das relações sociais. Sua destinação, contudo, conforme doutrina mais recente, não precisa ser destinada, necessariamente, à vítima do enalço, podendo ser voltada a um terceiro interessado ou não na relação, de acordo com a vontade da parte, e da maior autonomia que o Direito Processual Civil contemporâneo têm garantido aos sujeitos processuais.

4.1 A livre iniciativa das partes e a flexibilização do Processo Civil

O princípio da solidariedade ganha cada vez mais destaque na sociedade atual, não só no âmbito da responsabilidade civil, com o crescimento das teorias do risco voltadas, primordialmente, à reparação integral de danos, mas também na repaginação do Código de Processo Civil.

A solidariedade social foi elevada a princípio constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e deixou de ser caracterizada como um mero efeito colateral do bom Direito, se solidificando no centro do ordenamento jurídico como preceito dotado de força normativa.⁸² Atualmente, caracteriza-se por unir “o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa (...)”.⁸³

No entanto, embora em muitas ocasiões pessoas se solidarizem com um dano causado a uma coletividade, ou a uma parcela significativa da sociedade, e desejem intervir judicialmente em seu nome, não o podem fazer. Isto porque, estão proibidas pelo artigo 18 do CPC⁸⁴, uma vez que, apenas em situações específicas autorizadas pelo ordenamento jurídico, é que alguém pode pleitear direito alheio em nome próprio.

⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115.

⁸³ Ibidem, p. 114.

⁸⁴ **Código de Processo Civil de 2015:**

Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

Sobre o tema, versa Orlando Gomes que: “tem legitimação para exigir a indenização do dano a pessoa prejudicada.”⁸⁵ Embora o ordenamento jurídico elenque exceções para esta regra geral, tem-se que nem todas as pessoas que foram vítimas de um o dano possuem o direito de pleitear por indenização, mas apenas as quais foram diretamente atingidas por ele.⁸⁶

Ensinam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini que a legitimidade da parte diz respeito à simetria que deve existir entre o titular da relação jurídica de direito material integrante da lide, e o titular da respectiva relação jurídica processual, como condição para conhecimento de uma ação. Divide-se em legitimidade para a causa e legitimidade processual, e é comum que o ambas sejam reunidas em um mesmo indivíduo. A separação entre elas nas figuras de duas ou mais pessoas ocorre apenas em situações excepcionais, que devem estar reguladas pelo Direito.⁸⁷

Isto não quer dizer, contudo, que uma pessoa que sofreu um dano e tenha ingressado na Justiça não possa pedir que o seu direito próprio, o qual está sendo pleiteado em seu nome, lhe seja concedido, contudo, com a destinação da indenização pecuniária, se houver, a um terceiro prejudicado, ou a quem lhe interessar.

Deste modo, à primeira vista, a parte não estaria infringindo o art. 18 do CPC⁸⁸ que veda o pleito de direito alheio em nome próprio, mas sim estaria fazendo uma escolha, totalmente condizente com a maior liberdade concedida às partes pelo Código de Processo Civil que entrou em vigor este ano. Sua atitude se resumiria não em pleitear direito alheio em nome próprio, mas sim em destinar a totalidade ou parte de seus ganhos pecuniários com o processo à terceira pessoa, entidade ou instituição de caridade, a depender de sua anterior aceitação.

Embora à primeira vista possa causar estranheza ao operador do direito proceder dessa forma, não há nada de ilegal em acatar tal pedido, que não parece ser fútil ou protelatório, mas sim propagador da ideia já abordada da solidariedade

⁸⁵ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. I. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 283.

⁸⁸ **Código de Processo Civil de 2015:**

Art. 6. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

no âmbito Jurídico. Seu acolhimento permite que, não assombrado pela ideia de enriquecimento injustificado da vítima, o julgador aplique indenizações que abarquem realmente o caráter punitivo, quando necessário.

Outrossim, cabe lembrar que o direito civil e processual civil caminham em direção a um maior cooperativismo das partes, em compasso com uma diminuição da verticalização das relações privadas. Essa é a opinião de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, que dispõem: “se historicamente pensou-se em um processo guiado em sua essência pela verticalidade, o argumento cooperativo sustenta exatamente a necessidade de que se atribua maior emparelhamento entre os sujeitos do conflito e seu julgador.”⁸⁹

4.2 Análise jurisprudencial e a vedação ao enriquecimento sem causa

A função punitiva do dano moral será analisada tomando por base a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, bem como uma decisão do Estado de Minas Gerais, com o escopo de demonstrar que, embora a destinação da parcela punitiva do dano moral a um terceiro ainda não seja amplamente adotada no Tribunal do Paraná, já é verificada em outros Estados, como o de Minas Gerais, que foi escolhido por demonstrar maior inclinação à destinação da parcela punitiva do dano moral a terceiros.

No Tribunal do Paraná, a pesquisa se aprofundou, prioritariamente, em casos onde o dano moral foi concedido com clara função punitiva, mas, contudo, com limitação do valor concedido em indenizações, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do ofendido.

O objetivo principal dessa contraposição foi justamente o de traçar um paralelo entre a função punitiva do dano moral e a dificuldade da jurisprudência brasileira em conceder indenizações com caráter efetivamente punitivo, por conta da cultura em não prestigiar a vítima, e, com isso, privilegiar a possibilidade de destinação de tais indenizações a terceiros, como forma de amenizar a sensação de locupletamento ilícito causada nos julgadores.

Por fim, passou-se à análise do tema no Superior Tribunal de Justiça, com a verificação de acórdãos, decisões monocráticas e informativos de jurisprudência já

⁸⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no novo CPC- aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. **Desvendando o novo CPC**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 192.

proferidos sobre o assunto, em razão de ser este o Tribunal responsável pela uniformização de jurisprudência de dissídios que envolvam violação de lei federal, entre as quais se encontram o Código Civil e o Código de Processo Civil.

Dentre todos os julgados colhidos, foram escolhidos para exposição exemplificativa aqueles que melhor destacaram os critérios utilizados para a condenação do dano moral, com enfoque em sua função punitiva.

Da pesquisa jurisprudencial nas Câmaras Cíveis do Paraná realizada no *site* do Tribunal de Justiça do Estado, com a combinação de palavras-chave “dano moral” e “função punitiva”, foram encontrados um total de cinquenta julgados, todos proferidos entre julho de 2016 e março de 2004. Destes cinquenta, três foram selecionados, em razão de sua maior profundidade no tema, e serão abaixo explanados.

O que se observa a partir da análise é que os valores concedidos a título de dano moral não se prestam a fornecer uma tutela real e efetiva às vítimas de um modo geral, uma vez que, embora se mostre eficaz a compensar o dano individual, são muitas vezes inócuos no sentido de dissuadir o ofensor a realizar tais práticas ilícitas, que muitas vezes lhes são economicamente favorável.

No âmbito consumerista, por exemplo, quando se considera que nem todos os consumidores que sofrem abusos recorrem ao Judiciário para tutelar seus direitos⁹⁰, bem como que, aqueles que o fazem, recebem indenizações muitas vezes ínfimas, percebe-se que o enriquecimento gerado pelo ato ilícito distribuído a milhares de clientes é muito maior do que o preço a ser pago em indenizações, o que acaba por incentivar a ocorrência de tais comportamentos.

Diante disso, o que se pretende demonstrar é que a aplicação clara e eficaz da função punitiva do dano moral se enquadra muito bem nessas hipóteses aparentemente sem solução.

Primeiramente, no que tange à análise específica dos julgados envolvendo as palavras-chaves “dano moral” e “função punitiva” nas Câmaras Cíveis do Paraná, o que se percebe é uma reticência na concessão de quantias vultuosas em sede de indenização moral, sob o fundamento de vedação ao enriquecimento sem causa da

⁹⁰ JARLETTI, Andressa. Cobrar, pode, mas devedor não pode ter direitos violados. Curitiba: 2015. **Gazeta do Povo**, Curitiba, edição eletrônica, 05 nov. 2015. Entrevista concedida a Carolina Pompeo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/consumidor/cobrar-pode-mas-devedor-nao-pode-ter-direitos-violados-9wlxy3qqhgqoxospdqhishana>> . Acesso em: 08 de novembro de 2015.

vítima, como ocorre no julgamento do acórdão de nº 1.449.117-2⁹¹, de relatoria do Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza, no qual dispõe a ementa:

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização. Sentença de parcial procedência. Apelação da parte ré. Inexistência de danos morais. Não cabimento. Falta de água quente em apartamento que ultrapassa o mero dissabor. Minoração dos honorários advocatícios sucumbenciais. Valor fixado apto a bem remunerar o trabalho desenvolvido pelos patronos das partes. Recurso adesivo. Majoração do quantum indenizatório. Impossibilidade. Valor fixado pelo Juízo a quo que atende tanto à função punitiva quanto indenizatória.1. "Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de 'binômio do equilíbrio', de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem console e contribua para a superação do agravo recebido" (STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil.9ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013).2. Súmula 362, STJ. "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".3. Recursos não providos. TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DO PARANÁ. Apelação Cível nº 1.499.117-2 (TJPR - 12ª C.Cível - AC - 1499117-2 - Curitiba - Rel.: Luciano Carrasco Falavinha Souza - Unânime - - J. 29.06.2016)

No mérito de tal decisão o citado Juiz destaca que:

Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de 'binômio do equilíbrio', de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem console e contribua para a superação do agravo recebido.⁹²

Sob essa fundamentação, o relator, acompanhado pelos demais julgadores, manteve a indenização a título de dano moral fixada no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo juiz singular, a fim de ressarcir o dano sofrido referente a descumprimento contratual de uma grande empreiteira em relação ao seu cliente.

No mesmo sentido julgou a Desembargadora Ângela Khury, no acórdão de nº 1.396.236-8⁹³, que versava a respeito de indenização referente a extravio de

⁹¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 12ª Câmara Cível. **Acórdão n. 7.449.117-2**. Relator: Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza. Curitiba, 29 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 19 de setembro de 2016.

⁹² Idem.

⁹³ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 10ª Câmara Cível. **Acórdão n. 1.396.236-8**. Relator: Desembargadora Ângela Khury, 03 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 19 de setembro de 2016.

bagagem pela empresa TAM linhas aéreas:

CÍVEL. RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES APELAÇÃO. 'AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS'. EXTRAVIO DE BAGAGEM. APELAÇÃO 2. DANO MATERIAL NÃO DEMONSTRADO. AUTORA QUE SEQUER LISTA OS PERTENCES CONTIDOS NA BAGAGEM EXTRAVIADA. REQUERIDA QUE DISPONIBILIZOU POUCO MAIS DE R\$ 1.000,00 (HUM MIL REAIS) COM VISTAS AO RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. RECURSO DESPROVIDO. APELAÇÃO 1. CONVENÇÃO DE MONTREAL. INAPLICABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO QUE DEVE SER REGIDA PELAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO MORAL DEMONSTRADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. MONTANTE ADEQUADO A CUMPRIR A FUNÇÃO PUNITIVA E REPARADORA DA INDENIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 10ª C. Cível - AC - 1396236-8 - Foz do Iguaçu - Rel.: Ângela Khury - Unânime - - J. 03.03.2016)

A referida magistrada, neste caso, opta pelo entendimento exposto no julgado acima, no sentido de manter a indenização moral fixada no patamar de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) pelo magistrado singular, sob o fundamento de que:

Quanto a condição financeira das partes, verifica-se que a requerente é aposentada (fl. 3), litigando sob as benesses da justiça gratuita (fl. 28). Já a requerida, é uma das maiores companhias aéreas do mundo, composta por uma frota de mais de 320 (trezentos e vinte) aviões (conforme se extrai do sítio eletrônico da ré), donde se denota vultuosa capacidade econômica. Levando-se em consideração, portanto, a capacidade econômica das partes, a extensão do dano, o caráter compensatório da indenização, bem como as circunstâncias do caso concreto, deve o quantum indenizatório ser mantido em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), que corrigidos monetariamente pelo INPC/IGP- DI da sentença e acrescidos de 1% (um por cento) ao mês, contados do evento danoso, perfaz, por simples cálculo, a quantia aproximada de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), montante adequado para compensar o abalo moral suportado e atender o caráter punitivo que lhe é inerente.⁹⁴

No mesmo sentido, julgou o Desembargador Guilherme Freire de Barros Teixeira:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. LUCROS CESSANTES. COMPROVAÇÃO PELO AUTOR. INDENIZAÇÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PERCEBIDO. VERBAS DE NATUREZAS DISTINTAS. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO. MONTANTE CORRESPONDENTE AO ÚLTIMO SALÁRIO DO AUTOR, OBSERVADO O PEDIDO INICIAL. QUANTUM DO DANO MORAL. DANOS FÍSICOS GRAVES. AUTOR QUE ESTÁ AFASTADO DE SUAS ATIVIDADES LABORAIS POR MAIS DE TRÊS ANOS. PRINCÍPIO

⁹⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 10ª Câmara Cível. **Acórdão n. 1.396.236-8**. Relator: Desembargadora Ângela Khury, 03 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 19 de setembro de 2016.

DA UNIFORMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS E DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. CONSIDERAÇÃO DO CASO CONCRETO E DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DAS PARTES, OBSERVANDO AS FUNÇÕES COMPENSATÓRIA E PEDAGÓGICA. VALOR MAJORADO. DANOS ESTÉTICOS NÃO COMPROVADOS. ATIVIDADE PROBATORIA DO MAGISTRADO QUE É COMPLEMENTAR À DAS PARTES. AUTOR QUE AFIRMOU NÃO TER INTERESSE EM PRODUZIR PROVAS. ÔNUS PROBATORIO DO DEMANDANTE. COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AFASTADA. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DESTA CÂMARA. ART. 85, §14, DO CPC/2015. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

(TJPR - 10ª C.Cível - AC - 1528813-6 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Guilherme Freire de Barros Teixeira - Unânime - - J. 07.07.2016)⁹⁵

No julgado acima o citado Desembargador, da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, asseverou a existência de dano moral no caso, em razão da ocorrência de grave acidente de trânsito que gerou sequelas na vítima, bem como exemplificou os critérios utilizados para condenação, nos seguintes termos:

O arbitramento do dano moral deve visar a compensação pelo dano sofrido pela vítima e, ao mesmo tempo, coibir a reiteração do ilícito por parte do autor do dano. A atividade do julgador deve ser balizada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sempre levando em conta as peculiaridades do caso concreto e a compensação da ofensa, sem ensejar aumento patrimonial indevido ou refletir valores inexpressivos.

Nessa perspectiva, deve-se avaliar a extensão do dano e as condições econômicas de quem o praticou, para prevenir-se a ocorrência de condutas semelhantes, em razão do caráter punitivo e pedagógico da medida. (...)

Diante das condições econômicas do autor, que é vigilante, e dos réus, que são empresa de transporte e seguradora, considerando o grau de responsabilidade do motorista do ônibus na ocorrência do acidente e as demais circunstâncias já mencionadas, bem como sem perder de vista o princípio da uniformização das decisões judiciais e da vedação do enriquecimento sem causa, entendo que o valor fixado em primeiro grau deve ser majorado para R\$ 8.000,00.⁹⁶

Percebe-se que os três processos escolhidos a título exemplificativo mantiveram a sentença de primeiro grau em relação ao *quantum* indenizatório dos danos morais, sob o fundamento de que tais indenizações devem ser fixadas visando não apenas a reparação do dano, mas também o não locupletamento sem causa da vítima.

Destacar a instabilidade gerada pela aplicação da função punitiva do dano moral é pertinente ao se realizar uma pesquisa jurisprudencial acerca do tema para

⁹⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 10ª Câmara Cível. **Acórdão n. 0014027-28.2014.8.16.0017**. Relator: Desembargador Guilherme Freire de Barros Teixeira. 07 jul. 2016. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 24 de agosto de 2016.

⁹⁶ Idem.

mostrar que, em casos onde não se realiza efetivamente a função punitiva do dano moral, em razão do caráter irrisório da condenação, visando o não enriquecimento da vítima, a ineficiência do instituto é gritante.

Por outro lado, cabe, ainda, acostar ao presente trabalho trechos de uma decisão proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Unaí, do Estado de Minas Gerais, que se destaca por abarcar o tema de uma forma muito completa e abrangente. Ao julgar um caso envolvendo Direito do Consumidor, o Juiz de Direito Fabrício Simão da Cunha Araújo, quando da aplicação do *quantum* indenizatório moral realizou distinção entre a parcela compensatória e a parcela punitiva do dano, declarando que:

Nos casos de haver reprovabilidade da conduta da parte ré, o valor a ser pago decorrente do dano moral se mede pela consideração da dimensão compensatória e pela dimensão inibitória da reparação.

Na primeira, deve-se ponderar a extensão do dano, de acordo com o valor do bem jurídico afetado na tábua axiológica da Constituição da República e também as condições pessoais da vítima antes e depois da lesão.

Na segunda, calcado na teoria do valor do desestímulo, deve-se ponderar a reprovabilidade da conduta do causador do dano e as suas condições financeiras, para que o quantum sirva de meio pedagógico ao condenado para não reiterar a conduta ilícita.

(...)

Por estes motivos que a doutrina e jurisprudência majoritaríssimas sufragam que a quantificação da reparação pode levar em consideração a função de desestímulo além de compensação.⁹⁷

Ato contínuo, acrescenta o julgador que “no âmbito do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, verificamos que todos os órgãos competentes para apreciação da matéria, ou seja, todas as câmaras cíveis, assentam posicionamento nesse sentido”.⁹⁸ Por fim, efetua condenações distintas para a parcela compensatória da indenização e para a parcela punitiva, e destina esta última a uma instituição de caridade, fundamentando que:

Conforme se verificou, esta quantia não visa compensar ou recompor o acervo jurídico imaterial da vítima o que já deveria ter ocorrido de forma satisfatória e suficiente pela primeira quantia.

A finalidade é estimular que o ofensor cumpra, a partir de então, os deveres que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico- constitucional perante todos os cidadãos. Em outras palavras, a repreensão é voltada a beneficiar toda a coletividade e não só ao autor da ação. Se assim o é, não há porque

⁹⁷ MINAS GERAIS. Comarca de Unaí. **Processo n. 00979998-02.2013**. Juiz Fabrício Simão da Cunha Araújo. Unaí, 09 fev. 2014. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=357891&hash=49e544a839bae48d2b320dc29d713f86>. Acesso em: 23 de setembro de 2016.

⁹⁸ Idem.

beneficiá-lo duas vezes (com a quantia e com a prevenção geral) e aos demais cidadãos uma só vez.⁹⁹

Ainda neste mérito, impende consignar que situações envolvendo dano moral punitivo já foram analisadas também pelo Superior Tribunal de Justiça. É o que se observa a partir da pesquisa jurisprudencial no *site* do referido Tribunal, com a utilização das palavras-chaves “dano moral” e “função punitiva”, em referência da qual constaram 2 acórdãos, 206 decisões monocráticas e 1 informativo de jurisprudência, referentes a julgamentos realizados entre 19 de dezembro de 2003 e 12 de setembro de 2016, o que perfaz o período de 13 anos.

Dos 2 acórdãos proferidos, um deles trata do dano moral em seu aspecto essencialmente punitivo, inclusive, de forma a majorar a indenização concedida em instância inferior, levando em consideração a função punitiva do dano moral. Segue ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MÃE E FILHA POR CHOQUE. QUEDA DE FIO ELÉTRICO. CONCESSIONÁRIA. FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. **DANO MORAL** DEVIDO AO IRMÃO E ESPOSO SUPÉRSTITES. VALOR INSUFICIENTE PARA COIBIR NOVAS FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESPROPORÇÃO DO DANO EM RELAÇÃO AO SOFRIMENTO. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA. 1. Tanto a averiguação de caso fortuito como da força maior dependem de reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ. 2. Quando a **função punitiva** dos **danos morais** não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o quantum da compensação. Precedentes. 3. Em se tratando de indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54/STJ). 4. Recurso dos familiares supérstites provido, majorando-se a indenização a R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais) para cada ofendido. Recurso da empresa concessionária conhecido parcialmente e negado provimento.

(STJ- Superior Tribunal de Justiça. REsp 1171826/RS. Recurso Especial 2009/0230259-2. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: T3- Terceira Turma. Data do Julgamento: 17/05/2011. Data da Publicação Dje 27/05/2011).

Por outro lado, o informativo jurisprudencial encontrado deixa claro a existência de contradição na jurisprudência do referido Tribunal Superior, uma vez que, embora considere no acórdão acima a existência de função punitiva do dano

⁹⁹ MINAS GERAIS. Comarca de Unai. **Processo n. 00979998-02.2013**. Juiz Fabrício Simão da Cunha Araújo. Unai, 09 fev. 2014. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=357891&hash=49e544a839bae48d2b320dc29d713f86>. Acesso em: 23 de setembro de 2016.

moral, no caso analisado, dispõe que:

Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro - que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (*punitive damages*) -, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal).¹⁰⁰

Outrossim, continua seguindo a tendência de rechaçar o aumento do *quantum* indenizatório referente à vertente punitiva do dano moral, sob o mesmo fundamento de vedação ao enriquecimento ilícito da vítima. Veja-se:

Com efeito, na fixação da indenização por **danos morais**, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Assim, é preciso ponderar diversos fatores para se alcançar um valor adequado ao caso concreto, para que, de um lado, não haja nem enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro lado, haja efetiva compensação pelos **danos morais** experimentados por aquele que fora lesado.¹⁰¹

A partir da pesquisa realizada, conclui-se que os magistrados, nos casos em análise, ainda se mostram muito apegados à dogmática clássica do direito civil e processual civil, e fechados para a postura solidarista e protetiva adotada pelo novo Código de Processo Civil, dirigida à instrumentalização do processo, buscando a realização da justiça social no caso concreto. Uma das possíveis causas de tal posicionamento talvez seja a parca doutrina sobre o tema, assim como a inexistência de aparato legislativo que embase a destinação da parcela punitiva a terceiros, os quais necessitam ser melhor desenvolvidos para proporcionar decisões seguras sobre o tema.

Contudo, ainda que inexista disposição legislativa específica a esse respeito, é possível defender a destinação da parcela punitiva do dano moral a um terceiro, com as ferramentas processuais e doutrinárias existentes hoje, ainda que estas não signifiquem a melhor solução para o problema, mas apenas uma opção mais efetiva

¹⁰⁰ DISTRITO FEDERAL. Segunda Seção. **REsp n. 1.354.536-SE**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 26 jun. 2014. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹⁰¹ Idem.

a ser aplicada durante o período em que se aguarda a evolução doutrinária e legislativa sobre o tema.

4.3 A subsunção do Juiz ao pedido da parte e demais críticas ao tema

Diante do exposto e da revisão bibliográfica sobre o tema, percebeu-se a existência de uma questão problemática que precisa ser esclarecida: há respaldo jurídico para a destinação da indenização do dano moral a um terceiro?

Vê-se que o argumento fundante dos julgados onde houve manutenção do *quantum* indenizatório ao montante fixado pelo juiz singular é justamente o de que a condenação é suficiente para reparar o dano causado, tanto em sua vertente compensatória como em sua vertente punitiva, de forma a não gerar enriquecimento sem causa da vítima.

Por outro lado, o principal argumento autorizador da concessão da indenização obtida com o processo a um terceiro, preferencialmente dotado de fins sociais, é justamente a vinculação do juiz ao pedido feito pela parte requerente ao ingressar em Juízo, disposto no art. 141 do CPC¹⁰². Ora, uma vez que a vítima é a detentora de direito das indenizações decorrentes do processo, ela pode, em razão de sua autonomia da vontade, dispor daquele montante ainda que no curso da lide processual.

Sobre o tema da subsunção do Juiz ao pedido da parte, Teresa Arruda Alvim Wambier lembra que “tem de haver uma correlação entre ‘objeto’ da ação e o ‘objeto’ da sentença, bem como que tal postulado é decorrente do corolário lógico do “dúplice dever do juiz, de se pronunciar sobre tudo o que foi pedido e só sobre o que foi pedido”.¹⁰³

Ademais, ensina a respeito do princípio da congruência:

O princípio da congruência, ou da correspondência, entre ação e sentença funda-se, também, em outro princípio, consistente na regra segundo a qual a intervenção do Estado, para realizar os interesses individuais tutelados pelo direito material, depende da vontade do particular, que é titular do interesse; e, evidentemente, só cabe a à parte provocar ou não o exercício da função jurisdicional para realizar um interesse seu, tutelado; cabe a ela,

¹⁰² **Código de Processo Civil de 2015:**

Art. 128. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

¹⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 298.

também, invocar, ou não invocar, um fato jurídico de que crê decorrer seu direito, preparando os elementos aptos a convencer o juiz.¹⁰⁴

Nesta linha de raciocínio vale lembrar que, caso a parte autora da demanda pleiteie judicialmente a destinação da parcela punitiva da indenização moral a terceiro, o juiz está adstrito ao seu pedido, e, ainda que decida por rejeitá-lo, o deve fazer fundamentadamente, sob pena de sua sentença ser *infrapetita*.

Neste mérito é que se defende que o julgador, atento aos postulados da Constituição Federal bem como do Novo Código de Processo Civil, possui melhores fundamentos para acolher tal pedido, do que para rejeitá-lo, pelos motivos já expostos acima.

Cumprido, ainda, frisar que, embora tal posição possa ser criticada no sentido de que nenhuma decisão judicial pode prejudicar quem não tenha participado do processo em contraditório, conforme dispõe o artigo 506 do CPC¹⁰⁵, o correto seria intimar o terceiro indicado antes da prolação da sentença, para que indique se deseja ou não receber a indenização. Outrossim, caso tal prudência não ocorra, é importante lembrar que o CPC prevê a possibilidade do terceiro prejudicado interpor recurso contra a decisão que o afetou, conforme consigna seu art. 996.¹⁰⁶

Sobre o recurso de terceiro prejudicado, ensina Fredie Didier Jr.:

O recurso de terceiro prejudicado, previsto no art. 499, CPC, é modalidade de intervenção de terceiro. Trata-se de afirmação assente em toda doutrina. Diferencia-se, assim, de institutos semelhantes previstos no direito estrangeiro, como a oposição de terceiro do direito italiano e a tierce opposition do direito francês, que são meios de impugnação da coisa julgada (ações autônomas), e não recurso.¹⁰⁷

O doutrinador acrescenta, ainda, que:

¹⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 298.

¹⁰⁵ **Código de Processo Civil de 2015:**

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

¹⁰⁶ **Código de Processo Civil de 2015:**

Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem judicial.

Parágrafo único. Cumprido ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação judicial submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

¹⁰⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Do recurso de terceiro prejudicado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Salvador**. Salvador, Ed. Junho 2001. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_junho2001/corpo docente/recurso.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2016.

Como modalidade interventiva, fundamenta-se nos mesmos princípios e finalidades de toda a teoria geral da intervenção: visa evitar decisões contraditórias e abrir oportunidade para que terceiros, que sofreriam as consequências de uma decisão, participem do feito. Em razão disso, impõe-se, para o RTP, o denominado interesse jurídico, também exigido para as outras hipóteses de intervenção de terceiros.¹⁰⁸

Por fim, ressalte-se que embora “prejuízo” seja um conceito vago, seria temerário afirmar, a princípio, que a doação de quantia em dinheiro a terceiro se enquadre nessa categoria, não se excluindo, por óbvio, situações peculiares onde tal ato possa significar uma afronta ou à parte recebedora ou má-fé da parte concedente.

Neste passo, se propugna um processo mais instrumental, que sirva como mecanismo de realização da justiça no caso concreto, em consonância com o disposto no artigo 8 do CPC.¹⁰⁹ No dizeres de Eduardo Cambri, “a dogmática processual, se não quiser converter-se em abstração vazia, deve servir de método para que o direito se concretize na justiça.”¹¹⁰

Com vistas a atingir tal objetivo, os mecanismos processuais devem ser aplicados em harmonia com a realidade social na qual se inserem, isto porque as questões sociais não devem ser preocupação apenas de sociólogos, parlamentares ou agentes políticos, mas também do Judiciário, uma vez que o tocam diretamente.¹¹¹

Um juiz é tão representante do povo quanto um político, e, embora não seja sua prioridade a transformação da sociedade por meio de suas decisões, mas sim, de imediato, a solução de um caso concreto, isso não quer dizer que ele não tenha nenhum compromisso com a construção de uma coletividade livre, justa e solidária, como manda o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.¹¹² Ainda que seja um

¹⁰⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Do recurso de terceiro prejudicado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Salvador**. Salvador, Ed. Junho 2001. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_junho2001/corpodocente/recurso.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2016.

¹⁰⁹ **Código de Processo Civil de 2015:**

Art. 8. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹¹⁰ CAMBRI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 119.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 120.

¹¹² **Constituição Federal:**

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

dever colateral do Poder Judiciário, é certo que também integra sua função judicante.

Ainda, cumpre consignar que a aplicação do Direito aliada à uma preocupação social não implica em estremecimento do princípio da imparcialidade, pois, para cumprir com a justiça social o juiz não precisa inclinar sua decisão de modo a favorecer uma das partes. O que se esperar é que ele não seja tomado pela neutralidade a ponto de decidir a lide sem se preocupar com a realidade social, ou então se entregue ao comodismo da mera reprodução da letra da lei. Segundo Arenhart e Osna:

Nessa análise, um primeiro dado a ser mencionado é que a já descrita alteração de feições do aparato estatal trouxe, como uma de suas consequências, a impossibilidade de se pensar em um Estado desinteressado na proteção do direitos materiais. Essa postura assumiu assento fundamental no ordenamento brasileiro com a Constituição de 1988, demonstrando que, na atualidade, o litígio se desenrola diante de um Poder Público que possui a tutela de direitos como elemento central de sua atuação.¹¹³

Sobre a postura esperada pelos aplicadores do Direito, resume Dinamarco:

Espera-se que o processualista, o juiz, o advogado e o promotor de justiça saibam trazer para o mundo de suas atividades e serviços prestados à comunidade os reflexos práticos do pensamento instrumentalista – seja mediante a racional e produtiva colocação dos problemas com que se depara no dia- a- dia de sua experiência, seja contribuindo com a força de sua experiência e vivência destes problemas, para o aperfeiçoamento da legislação processual.¹¹⁴

A fim de realizar uma justa análise jurídica de cada caso concreto, é preciso, portanto, que o julgador esteja atento aos anseios e valores da sociedade na qual está inserido, bem como se posicione como verdadeiro intérprete da lei, esquivando-se da comodidade da aplicação de procedimentos tradicionais, porém muitas vezes ineficazes.

Conclui-se que a função social da jurisdição é condizente com o princípio da legalidade e contribui para a realização de um bom Direito, tendo em vista que a ciência processual, antes de ser um fenômeno jurídico, é um produto social.¹¹⁵

¹¹³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no novo CPC- aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. **Desvendando o novo CPC**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 198.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 363.

¹¹⁵ CAMBRI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 120.

7. CONCLUSÃO

O processo civil foi se transformando com o passar dos anos. Pensado inicialmente como meio de instrumentalizar a reparação de danos específicos causados a um único sujeito, o processo foi paulatinamente se tornando insuficiente para abarcar todas as demandas coletivas suscitadas pela sociedade globalizada, quando pensado apenas para o fim de reparação individualizada.

Os danos de vertente coletiva, ou aqueles praticados com excessiva má-fé, exigem uma atuação mais responsável e eficaz do Poder Judiciário, uma vez que tratam de interesses de parcelas significativas da sociedade. Justamente por isso, a vertente punitiva do dano moral, nesses casos, insta uma análise mais humanizada e com viés solidarista por parte dos magistrados, que devem analisar cada caso concreto não de maneira individualizada, mas sim em consideração com o meio no qual ele se insere, sob pena de não cumprir a função social da responsabilidade civil. Nesta linha de raciocínio, se propugna uma nova maneira de enxergar e aplicar a responsabilidade civil, com as lentes da sociedade de riscos.

O dano moral é suscetível de perpassar todas as relações humanas reguladas pelo direito. Após gerar muita discussão doutrinária acerca de sua legitimidade, espécie de prova e quantia de indenização, hodiernamente, a partir das lentes da sociedade de riscos e do novo Código de Processo Civil se propugna um novo olhar sobre tal instituto, principalmente em relação à sua vertente punitiva.

As duas grandes questões problemáticas atinentes ao dano social dizem respeito à sua destinação e legitimidade ativa. Nesse mérito, tem-se que embora faça mais sentido que a destinação da indenização do dano seja feita a um fundo ou instituição, em razão do seu caráter social, a aplicação neste sentido é temerária, uma vez que não possui respaldo legislativo. Portanto, defendeu-se a destinação da condenação ao indivíduo que sofreu o dano e ingressou com a demanda, sob a justificativa de que ele também faz parte da coletividade atingida e, em razão disto, possui legitimidade para pleiteá-lo e recebê-lo.

Visto isso, propugnou-se alguns critérios úteis de condenação. Não é por ser uma ciência humana e não exata que o Direito deve ser aplicado sem a observância de determinados critérios ou regras pré-estabelecidas. Para que o dano moral cumpra suas funções de prevenção e punição, e alcance resultados satisfatórios, é preciso que os critérios utilizados em sua aplicação sejam bem escolhidos e

fundamentados. Para uma condenação mais justa e eficaz, é possível combinar as cláusulas gerais da responsabilidade civil com os critérios utilizados para condenação do dano moral, e com aqueles utilizados pelos países de tradição *Common Law* para aplicar os *punitives damages*.

O que se defendeu no presente trabalho é, portanto, uma correta aplicação dos institutos da responsabilidade civil de acordo com sua nomenclatura e função- principalmente no que diz respeito ao dano social- para que sejam respeitadas as suas finalidades e critérios de aplicação. O Judiciário deve se valer corretamente de seus institutos, aplicando-os de forma harmônica com o contexto social no qual se inserem.

Conclui-se que o dano social tem características próprias, e não se confunde com as demais espécies de dano previstas no ordenamento jurídico. Revela-se um importante instrumento na busca por uma tutela mais efetiva da classe consumidora, mas que, todavia, deve ser corretamente utilizado pelo Poder Judiciário até que seja efetivamente regulado pelo Legislativo.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no novo CPC- aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. **Desvendando o novo CPC**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Civil. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: 2002.

_____. Código de Processo Civil de 2015. **Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, DF: 1995.

CAMBRI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: compreensão crítica**. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Do recurso de terceiro prejudicado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Salvador**. Salvador, Ed. Junho 2001. Disponível em:
<http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_junho2001/corpodocente/recurso.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Segunda Seção. **REsp n. 1.354.536-SE**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 26 jun. 2014. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

JARLETTI, Andressa. Cobrar, pode, mas devedor não pode ter direitos violados. Curitiba: 2015. **Gazeta do Povo**, Curitiba, edição eletrônica, 05 nov. 2015. Entrevista concedida a Carolina Pompeo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/consumidor/cobrar-pode-mas-devedor-nao-pode-ter-direitos-violados-9wlxy3qqhgxxospdqhishana>> . Acesso em: 08 de novembro de 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de derecho privado**. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores. [s.d.].

MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 d outubro de 2015.

MINAS GERAIS. Comarca de Unaí. **Processo n. 00979998-02.2013**. Juiz Fabrício Simão da Cunha Araújo. Unaí, 09 fev. 2014. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=357891&hash=49e544a839bae48d2b320dc29d713f86>. Acesso em: 23 de setembro de 2016.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. 12ª Câmara Cível. **Acórdão n. 7.449.117-2**. Relator: Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza. Curitiba, 29 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 19 de setembro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça. 10ª Câmara Cível. **Acórdão n. 1.396.236-8**. Relator: Desembargadora Ângela Khury, 03 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 19 de setembro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça. 10ª Câmara Cível. **Acórdão n. 0014027-28.2014.8.16.0017**. Relator: Desembargador Guilherme Freire de Barros Teixeira. 07 jul. 2016. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 24 de agosto de 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Helena Elias. **Função social e responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3323fe11e9595c09>>. Acesso em: 7 de outubro de 2015.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Dilemas de uma sociedade de risco: a causa dos danos e a reparação integral da vítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RUZYC, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara de Direito Privado. **Acórdão n.0027158-41.2010.8.26.0564**. Relator: Desembargador Teixeira Leite. São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>> . Acesso em: 22 de outubro de 2015.

SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 59, nov. 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

_____. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. Vol. II. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A análise consequencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. I. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014