

FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

MARILENE DE FREITAS PINTO

**APLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA (*PUNITIVE DAMAGES*) NA
RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO.**

CARATINGA – MG

2017

MARILENE DE FREITAS PINTO

**APLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA (*PUNITIVE DAMAGES*) NA
RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil.

Orientador: Professor Msc. Ivan Barbosa Martins.

FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

2017

Dedico aos meus pais, por não medirem esforços para que eu alcançasse essa conquista. Sem vocês não teria chegado até aqui.

A Deus seja toda honra e glória pela minha vida e por mais essa vitória alcançada.

Aos meus pais José Carlos e Maria de Lourdes, e ao meu irmão Edcarlos Freitas, pelo amor e constante incentivo durante essa jornada.

A Ana Bárbara Azevedo Boy Vantil, pela amizade, carinho e paciência durante esses anos, cujo ouvir trouxe cura ao meu coração.

A Ivan Barbosa Martins, por contribuir com seus valorosos conhecimentos não só no presente trabalho, mas durante toda a graduação.

A todos os amigos, professores e funcionários da Rede Doctum por colaborarem conjuntamente para que esse sonho fosse realizado.

“Buscai, assim, em primeiro lugar, o Reino de Deus e a sua justiça, e todas essas coisas vos serão acrescentadas.”

(Mateus 6:33)

RESUMO

Aderido nos países que adotam a tradição jurídica do *common law*, os *punitive damages* tem sido estudados como uma alternativa para sanar a problemática da quantificação dos danos morais decorrentes de dolo, má-fé ou imprudência por parte do agente lesante, aplicando-lhe uma punição em valor indenizatório considerado propenso a lhe desestimular na prática de novas condutas.

O presente trabalho objetiva analisar a aplicabilidade do *punitive damages* nas ações de indenização por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro.

Buscando respostas para essa indagação, será inicialmente analisado o instituto da responsabilidade civil, seus elementos e sua função, para depois tratar especialmente da tutela do dano moral, o problema de sua quantificação e os critérios utilizados pelo juiz ao estipular o montante a ser pago para a vítima.

Por conseguinte, far-se-á o estudo da teoria dos *punitive damages*, uma opção do problema sobre o montante atribuído as indenizações por danos morais e a atual situação de sua aplicação nos ordenamentos em que é adotado, bem como seu caráter punitivo, além do meramente compensatório na responsabilidade civil por dano moral.

Isto posto, será tratado a possibilidade da aplicação da indenização punitiva na responsabilidade civil brasileira como punição para o autor de danos morais, levando-se em consideração o princípio constitucional da reserva do legal e o direito expressamente legislado.

PALAVRAS-CHAVE: *Punitive Damages*. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Indenização. Enriquecimento sem causa.

ABSTRACT

Admitted in the countries that adopt the legal tradition of *common law*, the *punitive damages* have been studied as an alternative to solve the problematic of the quantification of moral damages due to malice, bad faith or imprudence by the part of offender agent, applying a punishment in indemnification amount considered prone to discourage him in the practice of new conducts.

The present work aims to analyze the applicability of *punitive damages* in actions for compensation for moral damages in the brazilian legal system.

Seeking answers to this question, it will initially be analyzed the institute of civil responsibility, its elements and function, in order to later deal especially of the guardianship of the moral damage, the problem of their quantification and the criteria used by the judge in stipulate the amount to be paid to the victim.

Therefore, it will be done the study of the *punitive damages* theory, an option of the problem on the amount attributed as indemnities for moral damages and the current situation of its application in the jurisdictions in which it is adopted, as well as its punitive character, beyond the mere compensation in civil responsibility for moral damages.

That said, the possibility of applying the punitive indemnity in brazilian civil responsibility will be treated, as punishment for the author of moral damages, taking into consideration the constitutional principle of the legal reserve and the right expressly legislated.

KEYWORDS: *Punitive Damages*. Civil Responsibility. Moral Damage. Indemnity. Enrichment without cause.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO I – ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
1.1 – Princípios aplicáveis à responsabilidade civil.....	14
1.2 – Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	16
1.3 – Elementos da responsabilidade civil.....	20
1.3.1 – Conduta.....	20
1.3.2 – Culpa.....	22
1.3.3 – Dano.....	23
1.3.4 –Nexo de causalidade.....	24
CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL.....	26
2.1 – Responsabilidade civil por dano moral.....	26
2.2 – O problema da quantificação do dano moral.....	29
2.3 – Indenização punitiva no dano moral.....	32
CAPÍTULO III – INDENIZAÇÃO PUNITIVA: O INSTITUTO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>.....	33
3.1 – Origem da teoria dos <i>Punitive Damages</i>.....	33
3.2 – Caráter Punitivo além do Compensatório.....	36
3.3 – A possibilidade da Aplicação da Indenização Punitiva (<i>Punitive Damages</i>) na Responsabilidade Civil por Dano Moral no Direito Brasileiro.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS.....	45

INTRODUÇÃO

A presente monografia objetiva discutir um tema ainda polêmico no ramo do Direito Civil brasileiro: a conceituação e aplicação do dano moral, e em especial, a adoção de seu caráter punitivo em alguns julgados brasileiros, utilizando dessa forma o instituto dos *Punitive Damages*, ou mais comumente conhecidos como indenização punitiva.

Determinado tema levanta como problema a possibilidade da aplicação da indenização punitiva na responsabilidade civil por dano moral à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Nesse sentido, a pesquisa utilizará como instrumentos de investigação a legislação brasileira, a jurisprudência e o manuseio de doutrinas, adotando como marco teórico as ideias de Adriano Stanley Rocha Souza, o qual sustenta:

(...) constitui erro grave a tendência de nossos tribunais da adoção de instrumento clássico do direito anglo-saxônico dos *punitive damages*. Nosso sistema foi todo construído sobre pilares da escola romano-germânica. Pilares estes que não comportam a utilização dos *punitive damages*.

(...) misturar a função de busca da satisfação individual do litigante no processo civil, com a função de pacificação social, onde o Estado é o interessado, constitui o maior equívoco na aplicação deste instrumento alienígena. Afora o fato de que, desta aplicação forçada de um instrumento que não guarda qualquer afinidade com o nosso sistema, as decisões mais dispares e sem qualquer relação, têm contribuído para denegrir ainda mais o Poder Judiciário.¹

Referido posicionamento permite confirmar a hipótese que a indenização punitiva pode ser fonte de enriquecimento ilícito, ficando a cargo do magistrado não exagerar na fixação de seu valor. Logo, por falta de norma regulamentadora sobre o assunto no ordenamento jurídico pátrio, não há que se falar na aplicabilidade da teoria dos *punitive damages* na responsabilidade civil por danos morais, tendo em vista que a função do Processo Civil é somente reparar o dano, mas não punir.

O exposto trabalho é dividido em três capítulos, sendo que o primeiro, intitulado “Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil” será destinado a tecer breves considerações quanto aos princípios aplicáveis à responsabilidade civil, abordando em seguida sobre a

¹ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. BORGES, Andréa Moraes. CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano Moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 99.

responsabilidade objetiva e subjetiva, dando ênfase ao estudo da responsabilidade extracontratual e um estudo de seus elementos.

O segundo capítulo, denominado “A Responsabilidade Civil por Dano Moral” abordará acerca da responsabilidade civil por dano moral, a problemática de sua quantificação e uma breve análise acerca de sua função punitiva no direito brasileiro.

O terceiro e último capítulo abordará sobre “Indenização Punitiva: O Instituto dos *Punitive Damages*”, encerrando as discussões pretendidas ao dispor sobre sua origem, seu caráter punitivo além do compensatório e a possibilidade ou não de sua aplicação na responsabilidade civil por dano moral à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O presente trabalho monográfico tem por finalidade estudar a possibilidade da aplicação da teoria dos *punitive damages* na responsabilidade civil por dano moral à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de se aprofundar nesse assunto, entretanto, far-se-á algumas considerações conceituais buscando uma melhor compreensão do tema a ser posteriormente abordado.

Maria Celina Bodin de Moraes conceitua os *punitive damages* como:

O instituto dos *punitive damages*, meio de reparação de danos próprio do *Common Law*, constitui-se em sistemas jurídicos como o nosso, numa figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal, pois tem o objetivo precípuo de punir o agente causador de um dano, embora o faça através de uma pena pecuniária que deve ser paga à vítima².

André Gustavo Corrêa de Andrade, acerca do referido instituto, dispõe que:

Os *punitive damages* constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia, ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria.³

Esta pesquisa busca analisar a aplicabilidade do referido instituto na responsabilidade civil por dano moral à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Quanto à responsabilidade civil, Sérgio Cavalieri Filho assim a conceitua:

Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário⁴.

² MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 258.

³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, p.136. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. <Acesso em: 04 de outubro de 2017>.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 24.

Nessa mesma linha de pensamento, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho também doutrinam:

(...) a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências de seu ato (obrigação de reparar).

(...) a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas⁵.

A Responsabilidade Civil possui quatro elementos: a conduta, o dano, a culpa e o nexo de causalidade. O dano moral, entretanto, dentre todas as outras classes de dano, será o foco de estudo do presente trabalho.

No que tange ao dano moral, enfatiza Sérgio Cavalieri Filho:

Dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que a violação do direito a dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral⁶.

Já Sílvio de Salvo Venosa, em excelente explanação, define os danos morais como “prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”⁷. Nesse sentido, é o que dispõe o autor:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima.
(...) Não é também qualquer dissabor comestível da vida que poderá acarretar a indenização.
(...) não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino⁸.

Assim, não há que se falar em aplicação do dano moral como utilizado para indenizar a vítima por qualquer lesão em que esta se achar violada, mas em situações onde se constata as lesões inseridas no artigo 1º, III e artigo 5º, V e X, da Constituição Federal de 1988, as quais acarretam dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Quanto à indenização, Carlos Roberto Gonçalves, no que tange a diferença de sentido entre as expressões “ressarcimento”, “reparação” e “indenização”, define:

⁵ GAGLIANO; Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. Volume 03. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 94.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 39.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 39.

Alguns autores estabelecem distinções entre as expressões “ressarcimento”, “reparação” e “indenização”. Ressarcimento é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviram com o tempo e com o emprego da coisa. Reparação é a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. E a indenização é reservada para a compensação pelo dano decorrente de ato ilícito do Estado, lesivo do particular, como ocorre nas desapropriações. A Constituição Federal, contudo, usou-a como gênero, do qual o ressarcimento e a reparação são espécies, ao assegurar, no art. 5º, V e X, indenização por dano material e moral⁹.

Já Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, quanto à indenização, apresentam que:

(...) indenização tanto se refere ao reembolso de quantias que alguém desprende por conta de outrem, ao pagamento feito para recompensa do que se fez, ou para reparação de prejuízo ou dano que se tenha causado a outrem. É, portanto, em sentido amplo, toda reparação ou contribuição pecuniária que se efetiva para satisfazer um pagamento a que se está obrigado ou que se apresenta como dever jurídico¹⁰.

A função indenizatória ou mesmo reparatória, dessa forma, objetiva reembolsar em valor pecuniário o prejuízo causado a alguém, seja patrimonial ou extrapatrimonial.

Ainda sobre a indenização, vale ressaltar o que dispõe o artigo 944 do Código Civil de 2002:

A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.¹¹

Em razão de o dano moral apresentar caráter não patrimonial, sua quantificação fica a cargo do juiz que, ao fixar a indenização, converte em valor pecuniário ofensa à bem que integra tão somente os direitos da personalidade, objetivando da melhor forma compensar a lesão sofrida.

Nesse sentido afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

O ordenamento pátrio, como é notório, concede ao juiz a mais ampla liberdade para arbitrar o valor da reparação dos danos extrapatrimoniais. Este sistema, o do livre arbitramento como regra geral, tem sido considerado o que menos problemas traz e o que mais justiça e segurança oferece, atento que está para todas as peculiaridades do caso concreto. A fixação do *quantum* indenizatório atribuída ao juiz, o único a ter os meios necessários para analisar e sopesar a matéria de fato, permite que ele se utilize da equidade e aja com prudência e equilíbrio¹².

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. Volume 04, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 358-359.

¹⁰ GAGLIANO; Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. Volume 03. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 346.

¹¹ BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. <Acesso em: 21 de outubro de 2017>.

¹² MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 269-270.

A função da responsabilidade civil tem como objetivo tradicional a função reparatória. Ponto de discussão é, se a adoção da teoria dos *punitive damages*, cuja natureza está na busca da punição e prevenção de danos por meio de excesso arbitrado pelo magistrado a decisão do *quantum* a ser pago, pode vir a caracterizar uma forma de enriquecimento sem causa.

A esse respeito, discorre Fábio Ulhoa Coelho:

Não deve impressionar o julgador se a indenização por danos morais, assim, vai enriquecer muito ou pouco o sujeito ativo. Enriquecimento, como visto, sempre haverá.

Deve o valor da indenização moral destinar-se unicamente à compensação da dor experimentada. A liquidação dos danos morais não presta a sanção dos devedores da obrigação de indenizar. Se a conduta do demandado for particularmente reprovável, pode o juiz até mesmo fixar indenização punitiva, mas convém deixar claro, na decisão, que o valor correspondente à sanção não integra os danos morais.¹³

O trabalho possui o intento de verificar, à luz do ordenamento jurídico pátrio, a aplicabilidade de indenização punitiva no arbitramento dos valores de reparação dos danos morais e, se aplicado referido instituto, há de se falar no caráter de enriquecimento ilícito quanto a valoração estipulada para o ofendido ou se exerce efetiva função de coibir danos futuros.

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 444-445.

CAPÍTULO I – ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tendo em vista o crescente número de ações de danos morais no cotidiano brasileiro, a problemática do enriquecimento sem causa e o anseio pela celeridade processual, o vigente trabalho tem por propósito discutir a aplicação dos *punitive damages* na responsabilidade civil brasileira, como forma de sanar esse problema, haja vista seu caráter dissuasivo e inibitório à danos futuros.

Antes de explorar o assunto, entretanto, serão tecidas breves considerações acerca da Responsabilidade Civil brasileira e os princípios aplicáveis a esta.

1.1. Princípios aplicáveis à responsabilidade civil

A responsabilidade civil está contida dentro do ramo do Direito Civil e deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais. Isto porque a Constituição da República de 1988 é que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1998, o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento principal do Estado Democrático Direito. É o pilar na construção de proteção central do homem em todos os aspectos.

Nesse sentido, é o que disserta Maria Celina Bodin de Moraes:

O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes.¹⁴

Sérgio Cavalieri Filho entende que esse princípio pode ser um direito subjetivo constitucional à dignidade. Nesse sentido, é o que dispõe o autor:

Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo moral à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito a honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade – todos

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 82.

estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.¹⁵

Ao contextualizar o princípio da dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil por dano moral e a aplicabilidade da teoria da indenização punitiva, os *punitive damages*, Andre Gustavo Correia de Andrade discursa:

A ideia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral é justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade em situações especiais, nas quais não há outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, atende a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico.¹⁶

Ainda quanto ao tema, Adriano Stanley Rocha Souza disserta a importância da utilização dos princípios por parte do julgador na ausência de lei regulamentadora sobre o assunto, além de defender a ideia de que o dano moral, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, evita desse modo a sua banalização. Nesse sentido, leciona:

Os aplicadores do direito ao se depararem com a omissão da lei, conforme o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, poderão utilizar os costumes, a analogia e os princípios para realizarem o julgamento. O dano moral ao representar ofensa ao princípio da dignidade humana, que é eixo central do nosso ordenamento jurídico, passa a ter um papel fundamental nas relações de dano moral, evitando, portanto, a banalização do dano moral.¹⁷

Outro princípio aplicável à responsabilidade civil é a Solidariedade Social, previsto no artigo 3º, I da Constituição Federal de 1988, cujo objetivo é velar por uma sociedade justa, humana e solidária.¹⁸

Um terceiro princípio ainda seria a igualdade ou isonomia. Quanto a este, esclarece Christiano Cassettari:

(...) trata-se do princípio, conforme escreveu Rui Barbosa, em que devemos tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, à medida que se

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 95.

¹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, p.43. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. <Acesso em: 04 de outubro de 2017>.

¹⁷ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. BORGES, Andréa Moraes. CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano Moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 15.

¹⁸ CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261.

desigualam, pois, lembrando Chaim Perelman, a igualdade absoluta é fonte das injustiças, pois se deve respeitar as desigualdades.¹⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana, dessa forma, é o pilar central do ordenamento jurídico na proteção do ser humano, estando ainda ligado a outros princípios, os quais devem ser levados em consideração pelos julgadores. Na fixação por danos morais, referido princípio tem respaldo fundamental na busca por justiça.

1.2. Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Falar em responsabilidade é falar em dever. No direito existem duas classificações para a definição de dever, que são o dever jurídico originário e o dever jurídico sucessivo. Se violado o dever jurídico originário, também aceito por muitos doutrinadores como dever primário, conseqüentemente gerará o dever jurídico sucessivo, ou secundário.

Para Sérgio Cavalieri Filho é a partir desse entendimento que surge a Responsabilidade Civil. É o que discorre o autor:

Em seu sentido etiológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. (...) responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.²⁰

A partir desse conceito, pode-se afirmar que a responsabilidade civil tem como fonte geradora a violação de um dever jurídico originário praticado por alguém, causando um prejuízo a outra pessoa.

Importante definir aqui a distinção entre o conceito de responsabilidade de obrigação. Obrigação é um dever jurídico originário enquanto que responsabilidade é um dever jurídico sucessivo. Sérgio Cavalieri Filho a esse respeito explana:

Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violarão dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de recompor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda a obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo.²¹

¹⁹ CASSETTARI, Chistiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 269.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 24.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores,

Logo, não se pode falar em responsabilidade civil sem haver violação de um dever jurídico preexistente. Essa violação gera a obrigação de reparar e o dever de indenizar. Para aplicação da indenização, entretanto, é necessário se identificar o responsável que causou a lesão bem como o dever jurídico violado.

Para se explicar o real papel da responsabilidade civil no direito, far-se-á algumas considerações sobre o fato jurídico. Fatos jurídicos é o acontecimento capaz de produzir consequências jurídicas, e se classificam em duas espécies: os fatos jurídicos naturais, os quais decorrem de acontecimentos da própria natureza, como o nascimento, a morte, a tempestade etc.; e os fatos voluntários, os quais surgem de condutas humanas capazes de produzir efeitos jurídicos.

Os atos lícitos são divididos em atos jurídicos e negócios jurídicos. Os primeiros possuem sua vontade predeterminada na lei, logo, dependem do homem querer praticá-lo ou não. Já os negócios jurídicos possuem autonomia privada, ou seja, “dependem do querer humano, mas os efeitos a serem por ele produzidos será aqueles eleitos por quem os pratica”²².

Os fatos jurídicos voluntários, por sua vez, se dividem em lícitos e ilícitos. Para Sérgio Cavalieri Filho, “lícito é o fato praticado em harmonia com a lei; ilícito, *a contrario sensu*, é o fato que afronta o direito, o fato violador de dever imposto pela norma jurídica.”²³

Adriano Stanley Rocha Souza, também acerca dos atos ilícitos, assim os conceitua:

O ato ilícito é espécie de fato jurídico, é um ato proibido em lei, praticado com infração a um dever e gera o direito à indenização por dano moral ou material, ou seja, gera a responsabilidade civil. A importância dos atos ilícitos é que são geradores da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, quando o ato ilícito for praticado com infração a um dever legal e também geradoras da responsabilidade civil contratual, quando o ato ilícito for praticado com infração a um contrato.²⁴

2004, p. 24.

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 28.

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 28.

²⁴ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. BORGES, Andréa Moraes. CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano Moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p.17.

A partir dessa explanação, fica clara a ideia de que é a contar da infração à lei, ou seja, do cometimento do ato ilícito, que será aplicada a indenização, seja por dano moral ou material, gerando conseqüentemente o dever de indenizar.

Vale ressaltar que após inúmeras discussões a respeito do ato ilícito, chegou-se a conclusão que a culpa não é parte de seus elementos, entretanto, este possui duplo aspecto, sendo classificado em aspecto objetivo e aspecto subjetivo.

No aspecto objetivo, segundo Sérgio Cavalieri Filho, “leva-se em conta para configurar a ilicitude apenas a conduta ou o fato em si mesmo, na sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria”²⁵.

Apresenta três elementos objetivos, que são o ato ou omissão, o dano material ou moral e o nexo de causalidade entre o ato ou omissão e o dano.

Já no aspecto subjetivo, para o mesmo autor, “a qualificação de uma conduta ilícita implica-se fazer um juízo de valor a seu respeito, o que só é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre”²⁶.

Nesse ínterim, também é necessário conceituar a diferença entre ato ilícito em sentido estrito e ato ilícito em sentido amplo.

Ato ilícito em sentido estrito é o conjunto de pressupostos da obrigação de indenizar. Já em sentido amplo, este indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico. A esse respeito, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

Em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico. Tal como o ato ilícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta humana voluntária, só que contrária à ordem jurídica.²⁷

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 30.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 31.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores,

Feita uma breve análise acerca do ato ilícito, trar-se-á à baila algumas considerações acerca da função de responsabilidade civil, que para Fábio Ulhoa Coelho:

A principal função da responsabilidade civil é compensar os danos sofridos pelo sujeito ativo. Se forem eles exclusivamente patrimoniais, a indenização terá equivalência ao valor dos danos, e o credor não se enriquece com o pagamento. Se forem extrapatrimoniais, não há esta equivalência e o credor enriquece com o cumprimento da obrigação de indenizar.²⁸

O objetivo da responsabilidade civil, dessa forma, é restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre as partes.

A responsabilidade civil pode ser dividida em diferentes espécies, contudo, como o alvo desta pesquisa visa o estudo da aplicação da indenização punitiva por danos morais, será dado enfoque ao estudo da responsabilidade contratual e extracontratual.

Como já explanado anteriormente, se descumprido um dever jurídico *lato sensu*, resultando em um dano, haverá para o responsável a obrigação de indenizar. Há que se levar em consideração, entretanto, se esse dano originou-se de uma relação obrigacional preexistente, como por exemplo, um contrato, ou se de um descumprimento de uma obrigação imposta por preceito legal ou mesmo a lei.

É nesse contexto que surge a distinção da responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual. A primeira, como o próprio nome já diz, origina-se da quebra de uma relação jurídica obrigacional preexistente. Já a segunda, surge quando há violação de um dever jurídico que tem por origem a lei. Percebe-se, dessa forma, que a responsabilidade extracontratual é aplicável a qualquer indivíduo que causou um dano a outrem ou a terceiros, seja de forma intencional ou não. O fato é que, intencional ou não, deverá o dano ser indenizado.

Sobre o assunto, explana Sérgio Cavalieri Filho:

2004, p. 32.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284.

Se preexistente um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.²⁹

Para chegar ao ponto de partida para análise do dano moral, meta desta monografia, é necessário ainda explicar que a responsabilidade civil extracontratual está dividida entre responsabilidade subjetiva e objetiva. Fábio Ulhoa Coelho, para distinguir as duas, assim leciona:

(...) na responsabilidade civil subjetiva, o sujeito passivo da obrigação pratica ato *ilícito* e esta é a razão de sua responsabilização; já na responsabilidade objetiva, ele só pratica ato ou atos *ilícitos*, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva.³⁰

A responsabilidade civil subjetiva é marcada pela vontade humana. Dessa forma, previsto no artigo 186 do Código Civil de 2002, a culpa é o fundamento central da responsabilidade subjetiva, devendo ser interpretada, segundo Sérgio Cavalieri Filho, “tanto em seu sentido amplo, *latu sensu*, para indicar não só a culpa *strictu sensu*, como também dolo”.³¹

Já a responsabilidade objetiva, teoria adotada posteriormente, surgiu a partir de novos entendimentos jurisprudências, na busca de solucionar conflitos, tendo em vista que nem sempre era possível à vítima provar a culpa do agente lesante. A responsabilidade objetiva foi adotada pelo Direito brasileiro no parágrafo único do artigo 927 e 931 do Código Civil de 2002.

Dando-se enfoque à responsabilidade subjetiva, por ser o propósito deste estudo um de seus elementos, trar-se-á agora a conceituação de seus elementos.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 37.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 269.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 38.

1.3. Elementos da responsabilidade civil

Os elementos da Responsabilidade Civil subjetiva podem ter seu norte a partir da análise do artigo 927 do Código Civil de 2002, o qual prevê: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”³².

Por sua vez, o artigo 186 do Código Civil de 2002 prevê que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”³³, o que leva a constatação de que os elementos da Responsabilidade Civil são o ato ilícito ou conduta, nexos de causalidade, culpa e dano.

1.3.1. Conduta

Também conhecido como ato humano, para alguns autores a conduta e a culpa podem ser fundidas em um só elemento subjetivo da responsabilidade civil, denominando-a de conduta culposa.

Sérgio Cavalieri Filho afirma que “é a conduta humana culposa, com características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo.”³⁴

Nesse sentido, conceitua o autor:

Entende-se, pois, por conduta humana o comportamento humano voluntário que exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.³⁵

Dessa forma, a conduta na responsabilidade civil, se exterioriza através de dois atos: a ação, também chamada de conduta comissiva, e a omissão, chamada de conduta omissiva.

Ambas se diferem no sentido de a primeira se exterioriza através de um movimento físico do ser humano, desencadeando eventos que causem danos a um ou mais sujeitos de

³²BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. <Acesso em: 21 de outubro de 2017>.

³³BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. <Acesso em: 21 de outubro de 2017>.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 42.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 42-43.

direito direta ou indiretamente. Já para a caracterização da segunda, é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada pelo agente, daí o nome omissão.

A respeito dessa distinção, ensina Sérgio Cavalieri Filho:

Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida.³⁶

Ainda, numa melhor definição de conduta omissiva, o referido autor discorre:

(...) tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.³⁷

Entretanto, embora se compreenda o agente lesante como responsável pela reparação integral de alegada conduta, seja omissiva ou comissiva, também há que se falar em responsabilidade do fato de outrem ou de terceiros, estando esse responsável, de algum modo, envolvido pelo dever de cuidado, vigilância e guarda.

Como exemplo do exposto, é válido citar o artigo 932 do Código Civil de 2002, o qual prevê a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores; ou ainda, o fato de alguém ser responsabilizado pelo dano causado pelo animal ou coisa que estava sob sua guarda, como previsto no artigo 936 a 938 do Código Civil de 2002.³⁸

1.3.2. Culpa

Também conhecida como “Responsabilidade Aquiliana”, fazendo alusão à Lei Aquília, é reconhecida por afastar a solução ditada pela Lei de Talião quando o dano acometia

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 43.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 43.

³⁸ BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. <Acesso em: 21 de outubro de 2017>.

bens de produção. No Brasil manifesta expressão é reconhecida como a obrigação de indenizar derivada da culpa.

Fábio Ulhoa Coelho conceitua o ato culposo como sendo “o ato negligente, imprudente, imperito ou intencionalmente destinado a prejudicar alguém. É, por definição, antijurídico, violador de direitos subjetivos alheios”³⁹. É o que ensina o autor:

A culpa que dá ensejo à responsabilidade civil corresponde a ato voluntário, que deveria ter sido diferente. Sem a exigibilidade da conduta diversa, não há ação ou omissão culposa. Embora sempre voluntária, a culpa pode corresponder a ato intencional ou não. No primeiro caso, chama-se dolo, que pode ser direto (o dano causado era a intenção do seu autor) ou indireto (o autor assumiu o risco de causar o dano). A culpa não intencional, a seu turno, é a negligência, imprudência ou imperícia.⁴⁰

A culpa pode ser dividida em três graus, sendo grave, leve e levíssima. É o que ensina Sílvio de Salvo Venosa:

A doutrina tradicional triparte a culpa em três graus: *grave, leve e levíssima*. A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira, como tal, se aproxima do dolo. Nesta se inclui também a chamada culpa *consciente*, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever da conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter.⁴¹

A culpa também é dividida em atos intencionais e não intencionais. Intencional é quando há dolo, sendo este ainda dividido em dolo direto e dolo indireto. No dolo direto, o prejuízo é a finalidade desejada por quem cometeu o ato, enquanto que no indireto, o dano provocado pelo agente lesante não era seu objetivo, assumindo este de forma consciente o risco de provocá-lo.

Já a culpa por atos não intencionais abrange a negligência, imprudência e imperícia. A negligência se dá quando o agente responsável não faz o que deveria fazer enquanto que a imprudência o agente faz o que não deveria fazer. A imperícia, por sua vez, é classificada

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 322.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 323.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 30.

como sendo “a culpa não intencional no desempenho de profissão ou ofício. Difere-se da negligência ou imperícia por pressupor uma habilidade especial, formação superior ou mesmo conhecimento técnico ou específico do agente culpado”⁴².

É possível concluir dessa forma, ser irrelevante a gravidade da culpa para a aplicação da responsabilidade civil subjetiva, considerando que independente de o dano ter sido causado por dolo, negligência, imprudência ou imperícia, haverá relação obrigacional entre o autor do dano com a vítima.

1.3.3. Dano

O dano é o principal elemento para a caracterização da responsabilidade civil. Logo, não há que se falar em indenização ou ressarcimento sem haver dano.

Para Carlos Roberto Gonçalves, é possível distinguir o conceito de danos em patrimoniais (ou materiais) e extrapatrimoniais (ou morais). Material seriam os danos que afetam somente o patrimônio do ofendido enquanto que os morais só ofenderiam o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio⁴³.

Sílvio de Salvo Venosa entende que o dano é dividido em quatro espécies, sendo elas material, moral, estético e a perda de uma chance. Nesse sentido, é o que debate o autor:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Por ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico.
(...)
Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano.⁴⁴

E continua o autor em sua linha de raciocínio:

O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.⁴⁵

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 323.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Volume 04, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 357.

⁴⁴ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 33-34.

⁴⁵ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 34.

Como o objeto deste estudo reside no enfoque do dano moral, far-se-á uma análise mais precisa acerca deste posteriormente.

1.3.4. Nexo de causalidade

O nexu causal é o segundo elemento da responsabilidade civil e é considerado um elo de ligação causa/efeito entre a conduta humana e o dano efetivamente produzido. A seu respeito, discorre Sílvio de Salvo Venosa:

O conceito de nexu causal, nexu etiológico ou de relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexu causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexu causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.⁴⁶

Logo, a obrigação de indenizar só acontece se existir o nexu causal entre o ato ilícito e o dano produzido, ou seja, o dano só pode gerar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexu causal entre ele e o seu autor.

Acerca do nexu de causalidade, existem três teorias que o definem: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu⁴⁷.

Não se pode dizer especificamente a doutrina predominante no Brasil, em virtude das jurisprudências dos Tribunais brasileiros divergirem entre a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto ou imediato ou teoria da interrupção do nexu causal, apesar de, para a maioria dos doutrinadores, ser a primeira a mais convincente.

Nesse sentido, é o que desfia Sérgio Cavalieri Filho:

Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito.

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. Volume 04, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 357.

Entre duas ou mais circunstâncias que contratadamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva⁴⁸.

Vale ressaltar também as causas que excluem o nexo causal. Existem pelo fato de nem sempre haver uma relação direta de causalidade entre o agente responsável e o dano efetivamente causado, tendo em vista que o fato pode decorrer de outra causa. É o que pode ser observado nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro. É o que explica Sérgio Cavalieri Filho:

Causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.⁴⁹

A existência da responsabilidade civil, dessa forma, dependerá da relação de causalidade entre a conduta e o dano por ela provocado. Havendo esse vínculo, haverá então a responsabilidade.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 68-69.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 82.

CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL

O dano é o elemento central da Responsabilidade Civil. Não há que se falar em ato ilícito se não houver dano nem prospera a ideia de indenização por dano hipotético.

É dividido em quatro espécies, sendo material, moral, estético e a perda de uma chance. Todavia, será dado enfoque ao estudo do dano moral, por ser a finalidade desta obra.

2.1. Responsabilidade civil por dano moral

O dano moral passou a ser legalmente legislado após a Constituição Federal de 1988, previsto em seu artigo 5º, incisos V e X. Embora antes da promulgação desta não fossem reconhecidos pela jurisprudência em massa, os danos morais já eram admitidos pela doutrina majoritária no Brasil.

Baseado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, elevou a proteção ao homem não somente na reparação por danos patrimoniais como na proteção aos direitos da personalidade. A esse respeito, pronuncia-se Sérgio Cavalieri Filho:

Dano moral à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu artigo 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.⁵⁰

Sílvio de Salvo Venosa conceitua o dano moral como sendo o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, não podendo o confundir somente com a dor pelo autor experimentada pela vítima.⁵¹

Nessa mesma linha de pensamento, também afirma Carlos Roberto Gonçalves:

Dano moral não é propriamente a dor, a angústia, os desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou o complexo de

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 94.

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 39.

quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo⁵².

Sérgio Cavalieri Filho afirma que o dano moral pode também ser tratado como danos imateriais ou não patrimoniais, tendo em vista que sua natureza é imaterial. Nesse sentido, assim instrui:

Como se vê, hoje, o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estando a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética - razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.⁵³

Dessa forma, nota-se que não há que se levar em consideração qualquer dissabor ocorrido no cotidiano como circunstância para se aplicar o dano moral. Ou seja, não pode o julgador, no ato de aplicar a indenização, levar em consideração somente à dor ou sofrimento experimentado pela vítima, mas ponderar as circunstâncias, de forma que o agente lesante saia punido e constringido a não reiterar a conduta, bem como o dano sofrido pela vítima seja reparado.

Explica Sérgio Cavalieri Filho, dessa forma, que “o ressarcimento do dano moral não tende à *restituti in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento.”⁵⁴

Ainda adverte o ilustre autor:

Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração, e, assim, estimular novas

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. Volume 04, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 377.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 95.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 95.

agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.⁵⁵

Assim, pode se dizer que a função do dano moral, além de reparatória, é também punitiva, com o objetivo de sancionar a conduta dolosa do ofensor.

A respeito da função dos danos morais, existem três correntes no Brasil. A primeira delas, menos adotada, diz que a função do dano moral é tão somente punir o ofensor responsável pelo dano causado. Referida teoria não é aceita, considerando-se que se tal função assim procedesse, a vítima lesada não teria nenhuma reparação quanto ao dano sofrido⁵⁶.

A segunda teoria, defendida por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, como também Maria Celina Bodin de Moraes, entende que o dano moral não tem por objetivo punir, mas tão somente reparar e ressarcir o dano sofrido pela vítima. A referida corrente também enfrenta críticas à medida que se preocupa somente com a vítima lesada, mas não com o causador do dano, que deveria ser punido de modo a ser constrangido a não cometer o mesmo dano posteriormente⁵⁷.

Uma terceira corrente ainda, defendida por Yussef Said Cahali, resguarda que “a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir e prevenir”⁵⁸. O causador do dano, nesse caso, sofreria uma diminuição patrimonial de seus bens, o que o desestimularia na reiteração de atos lesivos, e ainda, a vítima seria reparada quanto aos atos sofridos⁵⁹.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 95.

⁵⁶ TEIXEIRA, Erik Cardoso P. A aplicabilidade da Indenização Punitiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40436/a-aplicabilidade-da-indenizacao-punitiva-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>> . Acesso em: <13 de outubro de 2017>.

⁵⁷ TEIXEIRA, Erik Cardoso P. A aplicabilidade da Indenização Punitiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40436/a-aplicabilidade-da-indenizacao-punitiva-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>> . Acesso em: <13 de outubro de 2017>.

⁵⁸ CAHALI, Yussef Said, *apud*, TEIXEIRA, Erik Cardoso P. A aplicabilidade da Indenização Punitiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40436/a-aplicabilidade-da-indenizacao-punitiva-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>> . Acesso em: <13 de outubro de 2017>.

⁵⁹ TEIXEIRA, Erik Cardoso P. A aplicabilidade da Indenização Punitiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40436/a-aplicabilidade-da-indenizacao-punitiva-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>> . Acesso em: <13 de outubro de 2017>.

A corrente majoritária, entretanto, defende os dois lados. Que a função do dano moral é reparatória, ou seja, indenizar a vítima pela dor ou lesão sofrida, e ainda punitiva, de modo a constranger o responsável pelo dano cometido a não reiterar a conduta cometida⁶⁰.

Nessa linha de raciocínio, é o que ministra Carlos Roberto Gonçalves:

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.⁶¹

Também Sílvio de Salvo Venosa, nesse mesmo entendimento:

Do ponto de vista estrito, o dano imaterial, isto é, não patrimonial, é irreparável, insusceptível de avaliação pecuniária porque é incomensurável. A condenação em dinheiro é mero lenitivo para a dor, sendo mais uma satisfação do que uma reparação. Existe também cunho punitivo marcante nessa modalidade de indenização, mas que não constitui ainda, entre nós, o aspecto mais importante da indenização, embora seja altamente relevante.⁶²

Logo, a função dos danos morais é compensatória, de modo a reparar a lesão sofrida pela vítima, e também punitiva, com o objetivo de reprimir o acusado, a fim de evitar danos futuros.

Vale ressaltar que em virtude da dificuldade de se quantificar em valor pecuniário a lesão sofrida pelo ofendido, terá o magistrado de se utilizar de critérios para sua fixação, os quais serão a seguir abordados.

2.2. O problema da quantificação do dano moral

A problemática da quantificação do dano moral é ainda tema de relevância jurídica, considerando que é insusceptível de avaliação pecuniária porque é ilimitado. Antes de se falar em quantificação, entretanto, é necessário conceituar indenização. Nesse sentido, ensinam os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona:

⁶⁰ TEIXEIRA, Erik Cardoso P. A aplicabilidade da Indenização Punitiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40436/a-aplicabilidade-da-indenizacao-punitiva-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: <13 de outubro de 2017>.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. Volume 04, São Paulo: Saraiva, 2012, p.395.

⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 41.

(...) indenização tanto se refere ao reembolso de quantias que alguém despendeu por conta de outrem, ao pagamento feito para recompensa do que se fez, ou para reparação de prejuízo ou dano que se tenha causado a outrem.

É, portanto, em sentido amplo, toda reparação ou contribuição pecuniária que se efetiva para satisfazer um pagamento a que se está obrigado ou que se apresenta como dever jurídico.⁶³

O artigo 944 do Código Civil de 2002 prevê que a regra básica para a fixação da indenização é que esta mede-se pela extensão do dano. Por isso, não há que se falar em parâmetros tarifados para reparação de danos morais. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, a esse respeito, dissertam:

(...) parâmetros tarifados para a reparação de danos não são tão bem vistos na doutrina especializada, uma vez que cada situação fática tem as suas peculiaridades, sendo muito improvável que um mesmo ato produza exatamente as mesmas consequências em dois indivíduos distintos.⁶⁴

Face ao exposto, tem sido alvo de muita crítica a criação da Lei nº 13.467/17 que cita a respeito da Reforma Trabalhista, tendo em vista que fixa padrões de indenização ao julgador em seu artigo 223-G, §1º, incisos I ao IV, e §§2º e 3º. Ao assim dispor, o legislador quantifica o valor de cada lesão, motivo pelo qual tem sido questionado a sua inconstitucionalidade, haja vista no ordenamento jurídico brasileiro não haver tabelamento de dano moral.

Fato é que no Brasil, por reparar lesões que ferem os direitos da personalidade, os danos morais não podem ter uma quantificação padrão adotada pelo legislador. Isso porque a satisfação desses danos varia de pessoa a pessoa. A dor que uma mãe experimenta pela morte de um filho não é a mesma que outra mãe experimenta.

Para fixação dano moral é necessário à prova de sua existência, assunto também polêmico, pois, na maioria das vezes, por se tratar que danos ligados diretamente aos direitos da personalidade, torna difícil sua comprovação. Sílvio de Salvo Venosa, a esse respeito, doutrina:

A prova do dano moral, por se tratar de aspecto imaterial, deve lastrear-se em diversos pressupostos diversos do dano material. Não há, como regra geral, avaliar por testemunhas ou mensurar em perícia a dor pela morte, pela agressão moral, pelo desconforto anormal ou pelo desprestígio social. Valer-se-á o juiz, sem dúvida, de máximas de experiência. Por vezes, todavia, situações particulares exigirão exame probatório das circunstâncias em torno da conduta do ofensor e da personalidade da vítima.⁶⁵

⁶³ GAGLIANO; Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. Volume 03. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 392.

⁶⁴ GAGLIANO; Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. Volume 03. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 392-393.

⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 41.

Acerca da quantificação do dano moral e sua aplicação, leciona Maria Celina Bodin de Moraes:

(...) o dano moral vem experimentando, nos últimos anos, uma expressão tal monta, e de modo tão veloz, que hoje muitas são as vozes discordantes, no que tange à sua conceituação, à sua valoração e, principalmente, à sua quantificação, problema este último que se remete à função (ou funções, conforme a existência ou não, ao lado da função compensatória, de uma função punitiva) desempenhada pela sua reparação. Concorda-se, no mais das vezes, apenas sobre dois aspectos, quais sejam, a intrínseca extrapatrimonialidade do dano moral e a importância de se garantir uma compensação ao lesado.⁶⁶

Também Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, acerca do problema, debatem:

O juiz, investindo-se na condição de árbitro, deverá fixar a quantia que considera razoável para compensar o dano sofrido. Para isso, pode o magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes, ou mesmo adotados de acordo com sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de “justiça no caso concreto”.⁶⁷

É por isso que também mencionada pesquisa possui a intenção de explanar acerca do enriquecimento sem causa, situação que vem ocorrendo no judiciário brasileiro e que precisa ser analisado com bastante cautela, a fim de que a vítima não se sinta desmoralizada pelo dano vivenciado e sem nenhuma reparação pelo ocorrido, como também o responsável pela lesão não saia impune do ilícito cometido. Nesse sentido, adverte Fábio Ulhoa Coelho:

Também deve ficar atento o magistrado para não cair ingenuamente nas artimanhas da indústria de vitimização. Há os que, diante da chance de se envolverem em situações embaraçosas, propositadamente não reagem a tempo de desfazer o mal-entendido, com o objetivo de enriquecer com os danos morais. A hipótese de simulação da dor nunca pode ser descartada, principalmente quando o evento não importou danos à vida ou integridade física do prejudicado. Em todos os casos, porém, o juiz não pode contentar-se com a simples alegação do demandante. Se os fatos e circunstâncias constantes dos autos não sugerirem o experimento de profunda dor, não deve impor ao demandado a indenização moral.⁶⁸

Assim, para se chegar a uma quantificação do dano moral e evitar o enriquecimento ilícito, é necessário ao julgador se pautar em julgamento fundamentado e extrema cautela no exame das circunstâncias que cercam o caso concreto.

A esse respeito, esclarece Pablo Stolze Gagliano sobre o assunto:

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 269.

⁶⁷ GAGLIANO; Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. Volume 03. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 400.

⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.445.

A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro é um dos pontos centrais da discussão entre os que aceitam e os que rejeitam a reparação dos danos morais, pois os primeiros consideram satisfatório um processo de compensação, ao passo que seus opositores exigem um dano matematicamente redutível em pecúnia, sob pena de ser indevida qualquer prestação monetária.

É preciso esclarecer sempre que não há qualquer imoralidade na compensação da dor moral com dinheiro, tendo em vista que não se está “vendendo” um bem moral, mas sim buscando a atenuação do sofrimento, não se podendo descartar, por certo, o efeito psicológico dessa reparação, que visa a prestigiar genericamente o respeito ao bem violado.⁶⁹

A culpa é um dos fatores que serve de base para o convencimento do julgador ao quantificar o valor devido em relação ao dano causado. Se desproporcional ao dano, o grau de culpa pode até reduzir o montante levantado para reparação. É o que aborda o artigo 944 do Código Civil Brasileiro em seu parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.⁷⁰

A esse respeito, ministra Fábio Ulhoa Coelho:

Sempre que tiver sido pouca a culpa do devedor, em confronto com a dimensão dos danos, abre-se ao juiz a possibilidade de fixar indenização menor. Claro que a redução equitativa da indenização em razão do grau de culpa do devedor impõe à vítima responsabilidade por parte dos danos sofridos. Ela arca diretamente com a parcela correspondente à redução proporcionada. Opera-se, então, distribuição equitativa do valor dos danos entre responsável e prejudicado. Quanto menor o grau de culpa do devedor, mais a hipótese aproxima-se do fortuito, em termos jurídicos, justificando assim a solução por equidade. O juiz não deve, nos casos de culpa leve ou levíssima, tratar o devedor da mesma forma que os culpados em maior grau; não deve, por outro lado, deixar a vítima desprotegida. Na ponderação que fizer, deve buscar o equilíbrio entre os dois polos de interesses.⁷¹

Logo, para a fixação da quantificação do dano moral deverá o magistrado valer-se de experiências e situações em particular. Fatores como a situação econômica do lesado, a intensidade do sofrimento, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a situação econômica do ofensor, por exemplo, são determinantes para fixação da indenização pelo magistrado.

⁶⁹ GAGLIANO; Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. Volume 03. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p 13-132.

⁷⁰ BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. <Acesso em: 21 de outubro de 2017>.

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.414-415.

Indenização punitiva no dano moral

Já explanado acerca da função do dano moral, sua quantificação e o enriquecimento ilícito, é necessário ressaltar acerca de seu caráter punitivo no direito pátrio. Sérgio Cavalieri Filho disserta a esse respeito:

(...) não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração, e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.⁷²

Vale ressaltar, todavia, que não são todas as condutas causadoras do dano moral que geram a função de punir, mas somente as dignas de reprovação. Assim, se da culpa simples ocorreu a lesão, não há que se falar em punição, devendo o magistrado aplicar um valor ao responsável que somente repare o dano causado.

⁷² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 95.

CAPÍTULO III – INDENIZAÇÃO PUNITIVA: O INSTITUTO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Adotado em países que admitem o sistema *Common Law*, os *punitive damages*, ou também denominados indenização punitiva, referem-se a um montante variável estipulado separadamente dos *compensatory damages*. Pode ser definido como um acréscimo à indenização compensatória quando o agente lesante tenha agido com negligência, malícia ou dolo, podendo ser denominado também como *exemplary damages*.

Este capítulo objetiva analisar acerca da possibilidade de sua aplicação na responsabilidade civil por dano moral no direito brasileiro. Contudo, far-se-á uma breve análise quanto a sua origem e sua aplicação nos países que a adotam.

3.1. Origem da teoria dos *Punitive Damages*

Apesar de ganhar contornos na Inglaterra, não se pode precisar exatamente uma data que se tenha estabelecido a origem dos *Punitive Damages*. Para muitos pesquisadores que aprofundaram sobre o assunto, há a crença de que o instituto surgiu há mais de quatro mil anos, podendo ser encontrado Código de Hammurabi, no Código Hitita, na Lei das XII Tábuas, no Código de Manu e na Bíblia. Nesse sentido, é o que menciona Andre Gustavo Correia de Andrade:

“Os autores que se dedicam ao estudo dos *punitive damages* usualmente localizam sua origem remota em textos da antigüidade como o Código de Hammurabi (mais de 2000 anos A.C.), o Código Hitita (Séc. XV A.C.), a Lei das XII Tábuas (450 A.C.) o Código de Manu (200 A.C.), assim como a Bíblia. Foi na Inglaterra, porém, que o instituto começou a moldar a sua forma atual. O mais antigo exemplo de indenização punitiva no Direito Inglês seria encontrado no século XIII, mais especificamente no Estatuto de Gloucester, de 1278, que estabelecia *treble damages* (indenização triplicada) em casos envolvendo a antiga *action of waste*. Somente no século XVIII, porém, a doutrina dos *punitive damages* começou a se formar.”⁷³

Apesar de ser constantemente relacionado com a doutrina americana, o *Punitive Damages* teve sua origem no direito inglês a partir do século XVIII, baseado no sistema *Common Law*. Menciona André Gustavo Correia de Andrade sobre o início de sua concessão:

⁷³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, p.127. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. <Acesso em: 04 de outubro de 2017>.

No *common law*, a primeira articulação explícita da doutrina dos *punitive damages* remonta a 1763 e é encontrada no julgamento do célebre caso *Wilkes v. Wood*. O nº 45 do então existente jornal semanal *The North Briton* publicara artigo anônimo de conteúdo alegadamente ofensivo à reputação do Rei (George III) e de seus ministros. A partir deste fato, *Lord Halifax*, secretário de Estado, expediu um mandado genérico permitindo a prisão de todos os suspeitos no envolvimento da divulgação de tal artigo, sem haver qualquer identificação nominal. Em consequência disto, foram presas quarenta e nove pessoas, entre eles o autor do artigo, Wilkes, que teve sua casa invadida e revirada, onde foram apreendidos diversos livros e papéis privados. Diante deste fato, *Wilkes* ajuizou ação contra *Wood*, subsecretário de Estado, que havia controlado pessoalmente a execução do mandado. Em sua ação, *Wilkes* demandou *exemplary damages*, sob o argumento de que caso houvesse apenas uma indenização de pequeno valor, isto não seria suficiente para impedir novas práticas semelhantes, foi desta forma que entendeu o júri, estabelecendo uma considerável soma para a época, no valor de mil libras, como forma de *punitive damages*.⁷⁴

Já acerca do surgimento da teoria em solo americano, relata o mesmo autor:

Nos Estados Unidos da América, os primeiros julgados a estabelecer os *punitive damages* foram registrados não muito tempo depois dos primeiros precedentes ingleses. No ano de 1784, em *Genay v. Norris*, autor e réu haviam concordado em resolver uma disputa em duelo com pistolas. Antes do duelo, porém, o réu convidou o autor para beber e fazer um drinque de reconciliação. Secretamente colocou algo na bebida do autor que lhe causou grande dor. Em consequência, a Corte considerou que o autor fazia jus a *exemplary damages*. Posteriormente, no ano de 1791, em *Coryell v. Colbough*, foram estabelecidos *punitive damages* com função exemplar em ação fundada em quebra de promessa de casamento. Mas até o ano de 1830 os julgados não tinham fixado em bases sólidas a função dissuasória dos *punitive damages*, que eram ainda frequentemente empregados com motivação compensatória.⁷⁵

Quanto a atual situação da aplicação dos *punitive damages*, ministra Adriano Stanley Rocha Souza:

Atualmente, nos Estados Unidos (país de onde o Brasil importou tal instrumento para a indenização do dano moral) a fixação dos *punitive damages* é feita pelo júri e, caso o valor seja excessivo caberá a uma Corte Superior revisar o *quantum* arbitrado com a finalidade de evitar as indenizações de milhões ou bilhões de dólares. Nos últimos anos a Suprema Corte dos Estados Unidos criou parâmetros para a fixação dos *punitive damages*, considerando o princípio do devido processo legal, consagrado pela XIV Emenda da Constituição norte-americana. Portanto, para a

⁷⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, p.128. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. <Acesso em: 04 de outubro de 2017>.

⁷⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, p.130-131. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. <Acesso em: 04 de outubro de 2017>.

aplicação dos *punitive damages* existem critérios fixados pela Constituição e pela jurisprudência precedente.⁷⁶

Várias são as hipóteses utilizadas para se explicar o desenvolvimento dos *punitive damages* no sistema do *common law*. Vários fatores foram responsáveis para aplicação do instituto no caso concreto, não havendo que se falar em uma única corrente majoritária como adotada para aplicação destes.

André Gustavo Corrêa de Andrade, entretanto, aborda algumas teorias a serem utilizadas para guarnição destes, mencionando a teoria da compensação por sofrimento ou dores morais não vinculados a nenhuma perda pecuniária. Tal previsibilidade visava indenizar o sofrimento moral causado às vítimas, ou algum tipo de sofrimento, tendo em vista que a jurisprudência inglesa aplicava a indenização apenas aos lesados por danos pecuniários.⁷⁷

A Segunda teoria prega a compensação por danos imateriais quando presentes as circunstâncias agravantes do fato, aplicando os *punitive damages* se ocorressem danos não estimáveis pecuniariamente, mas que fossem especialmente graves. Dessa forma, a teoria sustenta que os *punitive damages* surgiram como forma de evitar que a vítima fosse pessoalmente retribuir o dano sofrido, agindo o caráter punitivo da indenização como freio para o ímpeto de vingança da vítima.⁷⁸

A teoria atual e mais adotada, entretanto, é a de que a indenização punitiva preserve, além do caráter compensatório à vítima pelas lesões sofridas, objetiva também punir o ofensor, como forma de advertência para não praticar novos atos, além de dissuadir terceiros de praticar condutas similares.

Vale ressaltar, entretanto, que não havendo uma conduta que se demonstre reprovável por parte do ofensor, não há de se falar na aplicação do referido instituto.

⁷⁶ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. BORGES, Andréa Moraes. CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano Moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 60.

⁷⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, p.131-132. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. Acesso em: <04 de outubro de 2017>.

⁷⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, p.132. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. Acesso em: <04 de outubro de 2017>.

A função dos *punitive damages*, dessa forma, é a punição, de modo a constranger o agente lesante a não reiterar a conduta dolosa, ao perceber que o valor pecuniário lhe imputado diminuiu seu patrimônio, e ainda, preventiva, de modo que este repense em sua conduta antes de cometê-las mais uma vez, haja vista que a pena lhe aplicada poderá reduzir consideravelmente seus bens.

Nos Estados Unidos, o instituto reverte o valor da indenização punitiva aplicada a um fundo do Estado, para ser redistribuído em ações sociais do governo.

3.2. Caráter punitivo além do compensatório

Muito se discute quanto a adoção da teoria dos *punitive damages* no direito brasileiro, se cabível sua aplicação ou não nas ações por danos morais, haja vista ser a função do dano moral no direito brasileiro reparatória e punitiva.

Quanto ao caráter punitivo dos *punitive damages*, Fábio Ulhoa Coelho dispõe:

O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização, com o sentido de sancionar condutas especialmente reprováveis. Como o próprio nome indica, é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos. (...) é devida quando o demandado agiu no evento danoso com dolo, malícia ou imprudência, revelando indiferença quanto aos direitos dos outros.⁷⁹

Também André Gustavo Corrêa de Andrade, acerca dessa função, sustenta:

O propósito geral dos *punitive* ou *exemplary damages* é o de punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros. (...). Entende-se que, na realização desses propósitos, os *punitive damages* atuam em prol do interesse público e social.⁸⁰

Logo, a função da indenização punitiva é aplicar uma pena de forma que desestimule o agente lesante na reiteração da conduta considerada reprovável.

⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.446.

⁸⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, p.137. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. <Acesso em: 04 de outubro de 2017>.

Importante ressaltar a distinção do instituto dos *punitive damages* de *compensatory damages*. Enquanto o primeiro é aplicado como forma de punir o causador do dano pelo ilícito cometido, o segundo, através do montante levantado pelo julgador, visa equilibrar o dano sofrido de forma meramente compensatória.

Pedro Ricardo e Serpa, sobre o conceito de *compensatory damages*, disserta:

Os *compensatory damages*, como se depreende de sua própria nomenclatura, destinam-se a compensar o ofendido pelos prejuízos suportados, devendo-se consubstanciar numa quantia em pecúnia suficiente para restituí-lo ao status *quo ante*. Trata-se, portanto, de conceito muito próximo ao que temos de indenização compensatória, nos moldes em que prevista no art. 944, CC/2002.⁸¹

Nesse sentido, ao diferenciar *compensatory damages* e *punitive damages*, Fábio Ulhoa Coelho:

A indenização punitiva é criação do direito anglo-saxão. O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização, com sentido de sancionar condutas especialmente reprováveis. Como o próprio nome indica, é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos. Não se confundem a indenização punitiva (*punitive damages*) e a compensação pelos danos morais (*pain and suffering damages*): a primeira é devida quando o demandado agiu no evento danoso com dolo, malícia ou imprudência, revelando indiferença quanto aos direitos dos outros; a última, se houver danos pessoais graves.⁸²

Logo, aplicar danos punitivos vai muito além de compensar o dano. Segundo Adriano Stanley Rocha, os *punitive damages* “apresentam dupla finalidade: a primeira é a punição do autor do dano e a segunda é a prevenção pela exemplaridade, ou seja, dissuadir a prática de certo comportamento social”.⁸³

Acerca do caráter punitivo, Maria Celina Bodin de Moraes, quanto a uma visão punitiva e preventiva do referido instituto, doutrina:

Há, de fato, quem distinga a função punitiva da função preventiva, conectando essa última a um objetivo utilitarista, no sentido de avaliação de sua utilidade para prevenir danos futuros, e não para retribuir danos passados – característica própria

⁸¹ SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade São Paulo, 2011, p.446. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 25 de outubro de 2017>. <Acesso em 04 de outubro de 2017>.

⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.446.

⁸³ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. BORGES, Andréa Moraes. CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano Moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 60.

do juízo punitivo. Ocorre que, mediante tal perspectiva, será possível deduzir que uma conduta gravemente dolosa passa não constituir pré-requisito necessário e suficiente à imposição de penalidade, justamente por ser de difícil repetição; de outro lado, uma conduta menos grave, mas que possa ser facilmente imitada, mereceria, na finalidade preventiva, uma condenação maior. Este parece ser o problema principal da justiça/injustiça das sentenças exemplares e dos chamados “bodes expiatórios”.⁸⁴

Muito se questiona quanto a aplicabilidade do instituto no sistema jurídico brasileiro, haja vista não possuir respaldo mediante lei. Todavia, os tribunais brasileiros têm aplicando a referida teoria em seus julgados.

Diante do emblema, há autores que se posicionam contra e a favor da referida teoria no direito brasileiro. Fábio Ulhoa Coelho assim dispõe:

Entendo, portanto, ser cabível no direito brasileiro, mesmo sem lei que a estabeleça em termos gerais ou específicos, a indenização punitiva nos casos em que a conduta do demandado tiver sido particularmente reprovável. Se restar provado que o cirurgião foi totalmente displicente, sem a mínima consideração para com o paciente, indiferente aos efeitos de sua desatenta conduta, a indenização não deve limitar-se à compensação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais da vítima. Cabe acrescentar-lhe uma verba a título de sanção civil, que integrará o crédito da indenização. Este profissional não pode ser tratado de modo igual ao colega que, embora incorrendo em erro médico, havia agido com total apreço pelos direitos do paciente.⁸⁵

Por sua vez, André Gustavo Correia de Andrade defende sua aplicação no ordenamento Jurídico Brasileiro, ao considerar que “a indenização punitiva está esculpida no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, inciso III da CF/88”.⁸⁶

Ainda, segundo o autor, tal instituto é:

(...) resultante da legalização do direito à indenização do dano moral, prevista no art. 5º, inciso V, bem como dos direitos da personalidade, previstos no art. 5º, inciso X que diz que 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, ambos de nossa Carta Magna.⁸⁷

⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.225-226.

⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.447-448.

⁸⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, p.43. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. <Acesso em: 04 de outubro de 2017>.

⁸⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, p.43. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. <Acesso em: 04 de outubro de 2017>.

Outra linha de pensamento, totalmente contra a adoção do instituto no Direito brasileiro são os autores Maria Celina Bodin de Moraes e Adriano Stanley. Segundo estes, não há respaldo quanto à sua aplicação haja vista que a função punitiva do dano moral não foi validada pelo legislador e fundamenta ainda que o objetivo de punir não encontra respaldo no Código Civil vigente. Nesse sentido, ministra a doutrinadora:

Tal caráter aflitivo, aplicação indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos morais, coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei a sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a ideia, extravagante à nossa tradição de que a reparação já não se constitui como o fim último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo prevenção.⁸⁸

E continua seu raciocínio:

Para que vigore a lógica razoável nesta matéria, parece imprescindível que somente se atribua caráter punitivo a hipóteses excepcionais e a hipóteses taxativamente previstas em lei. Já disse que o caráter punitivo somente deve ser aplicado em situações particularmente sérias, porque esta é a única maneira de levá-lo, efetivamente, a sério.⁸⁹

Adriano Stanley, em brilhante explanação, afirma que no direito brasileiro tal afirmação não é possível, tendo em vista que a função da reparação civil não tem caráter punitivo, considerando que a pena cabe somente à esfera penal. Assim, ensina:

(...) não podemos jamais dizer que a reparação civil tenha caráter punitivo. Afinal, a pena, é específica da esfera penal. A julgar deste modo, aquele que tiver sido condenado a danos morais na esfera civil, jamais poderia ser condenado novamente na esfera penal, pois estaria ocorrendo, neste caso, um típico *bis in idem*, ou seja: o indivíduo estaria sendo punido duas vezes por um mesmo fato.⁹⁰

Também em posicionamento contrário à aplicabilidade desta teoria no sistema jurídico brasileiro, retrata Carlos Roberto Gonçalves:

Não se justifica, pois, como pretendem alguns, que o julgador, depois de arbitrar o montante suficiente para compensar o dano moral sofrido pela vítima (e que, indireta e automaticamente atuará como fator de desestímulo ao ofensor), adicione-lhe um *plus* a título de pena civil, inspirando-se nas *punitive damages* do direito norte americano. É preciso considerar as diferenças decorrentes das condições econômicas, raízes históricas e dos costumes, bem como o conteúdo e os limites dos poderes dos Estados Unidos da América do Norte. Diversamente do direito norte-

⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.258.

⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.63.

⁹⁰ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. BORGES, Andréa Moraes. CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano Moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 61.

americano, inspira-se o nosso sistema jurídico na supremacia do direito legislado, expressa no preceito constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.⁹¹

A indenização punitiva não se aplica a todos os casos de danos morais, mas apenas se comprovados o dolo ou culpa grave. Sendo o dano oriundo de uma culpa leve, ou caracterizada a responsabilidade objetiva, não há que se falar na aplicação dos *punitive damages*, mas aplicar-se-á tão somente a reparação.

3.3. A possibilidade da aplicação da indenização punitiva (*Punitive Damages*) na responsabilidade civil por dano moral no direito brasileiro

Existe ainda grande divergência quanto à possibilidade da aplicação dos *punitive damages* na responsabilidade civil por dano moral à luz do sistema jurídico brasileiro.

Para muitos doutrinadores, que questionam sua aplicação, o fato é de o referido instituto não possui respaldo jurídico no ordenamento pátrio, ou seja, não existe lei que regulamente sobre o assunto.

Outro ponto questionável é acerca de sua natureza, tendo em vista que a função da responsabilidade civil no direito pátrio é meramente reparatória e não punitiva. Maria Celina Bodin de Moras explica que o referido instituto, se aplicado no Brasil, feriria os princípios norteadores da legislação pátria, o que torna impossível seu uso. Nesse sentido dispõe autora:

Tal caráter aflitivo, aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos morais, coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei a sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a ideia, extravagante à nossa tradição, de que a reparação já não se constitui como o fim último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção.⁹²

A jurisprudência brasileira, entretanto, vem apresentando decisões conferindo um caráter punitivo na quantificação dos danos morais. É o que pode ser encontrado na ementa do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

CIVIL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. SCPC . SERASA. INSCRIÇÃO INDEVIDA. INDENIZAÇÃO. CARÁTER DÚPLICE PUNITIVO E COMPENSATÓRIO. RAZOABILIDADE. 1. A imputação de responsabilidade, a ensejar reparação de cunho patrimonial, requer a

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. Volume. 4, São Paulo: Saraiva, 2012, p.399-400.

⁹² MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 258.

presença de três pressupostos, vale dizer, a existência de uma conduta comissiva ou omissiva; a presença de um dano, não importando se de natureza patrimonial ou moral; por fim, o nexo causal entre a conduta e o dano, cabendo ao lesado demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da ação ou omissão da pessoa imputada. 2. Inscrição do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, finalidade maior do instituto não há a não ser o de, além de consubstanciar instrumento de pressão sobre devedores inadimplentes, propiciar um sistema de crédito seguro e eficiente, de modo a prevenir a sociedade dos riscos inerentes à celebração de negócios jurídicos, afigurando-se perfeitamente lícito o procedimento. 3. Verificada que a inscrição, no entanto, torna-se indevida, é inegável a geração de dano de ordem material em relação ao inscrito, que se vê impedido de realizar negócios jurídicos e efetuar empréstimos junto às instituições financeiras, estando sujeito, também, a prejuízos de ordem moral, ante o constrangimento ou abalo à honra e à reputação sofrida. 4. Na apuração do quantum indenizatório, devem ser ponderadas as circunstâncias do fato e os prejuízos sofridos pela parte, de modo que o valor arbitrado a título de indenização não seja ínfimo, tão pouco exagerado, para que seja aferido um valor razoável. 5. Caráter dúplici da indenização por dano moral, com finalidade tanto punitiva ao ofensor quanto compensatória à vítima da lesão. 6. Valor da reparação monetária mantido no montante arbitrado na sentença, considerando os prejuízos e o tempo durante o qual o autor sofreu os efeitos da restrição. 7. Preliminar de intempestividade argüida em contrarrazões rejeitada. Recurso de apelação improvido. Encontrado em: do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar 347 MS 0000347-98.2010.4.03.6002 (TRF-3) DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI.⁹³

Outro caso de aplicação de indenização por dano moral aplicando a função punitiva pode ser encontrada na ementa do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região:

TRT-23 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 1707200400323009 MT 01707.2004.003.23.00-9 (TRT-23)

Data de publicação: 30/06/2006

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ASSALTO A ESTABELECIMENTO BANCÁRIO - EMPREGADO - APLICAÇÃO DA TEORIA PUNITIVE DAMAGES OU EXEMPLARY DAMAGES - INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DOS ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL 2002. Uma vez demonstrado nos autos que a instituição financeira olvidou regras de segurança, as quais teria o dever de observar (Lei 7.102 /83, com redação dada pela Lei 9.017 /95, arts. 1º e 2º) e preenchidos os requisitos do art. 159 do CC-1916 aplicável em razão da intertemporalidade da norma, deve a fixação do quantum relativo ao dano moral proveniente de assalto ao posto de atendimento bancário observar, além do dano em si considerado e a capacidade econômica da instituição financeira, a teoria do desestímulo (*punitive damages* ou *exemplary damages*), de forma a servir de exemplo para que o causador do dano não reincida na prática omissiva de forma a prevenir a ocorrência de futuros e semelhantes casos.⁹⁴

Também quanto à aplicabilidade dessa função punitiva por danos morais utilizadas pelos tribunais brasileiros, exprime Sílvio de Salvo Venosa:

⁹³ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124298984/recurso-ordinario-trabalhista-ro-448201105103000-0000448-2520115030051>>. <Acesso em 22 de outubro de 2017>.

⁹⁴ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 23ª Região**. Disponível em: <<https://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19124619/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1707200400323009-mt-0170720040032300-9>>. <Acesso em 22 de outubro de 2017>.

No entanto, forma-se mais recentemente entendimento jurisprudencial, mormente em sede do dano moral, no sentido de que a indenização pecuniária não tem apenas cunho de reparação do prejuízo, mas tem também caráter punitivo ou sancionatório, pedagógico, preventivo e repressor: a indenização não apenas repara o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua como forma educativa ou pedagógica para o ofensor e a sociedade e intimidativa para evitar perdas e danos futuros. Sem dúvida, essa posição, no direito de origem romano-germânica, é fortemente influenciada pelo direito anglo-saxão, no qual essa função é muito clara (*punitve damages*).⁹⁵

Contudo, considera o mesmo autor que à luz da função da responsabilidade civil no direito brasileiro, a saber, reparatória, não pode o julgador fixar indenização punitiva nas ações por danos morais. Nesse sentido, conclui o autor ao citar as ideias de Fernando Noronha:

(...) não se deve exagerar na ideia de punição através da responsabilidade civil: a função dissuasora desta tem sempre um papel acessório; em princípio, a responsabilidade civil visa apenas reparar danos. Um sancionamento do ofensor só terá justificação quando haja dolo ou culpa; unicamente nestes casos a reparação civil do dano pode passar a ser uma pena privada. Mas mesmo nestas situações, parece que o agravamento da indenização só se justifica na medida em que a ideia de punição do responsável (através da imposição de pagar uma quantia) constitua ainda uma forma de satisfação proporcionada aos lesados, para de certo modo lhes ‘aplarar’ a ira. (2003:440).⁹⁶

Fato é que mesmo posicionamentos contra ou a favor da aplicação da teoria, tal possibilidade de aplicação do instituto dos *punitive damages* não encontram previsão legal em nosso sistema pátrio, haja vista que não há lei que regule sobre o assunto, e ainda, não compatibiliza com a função da responsabilidade civil no direito brasileiro.

Vale ressaltar que a função da indenização punitiva fere o princípio constitucional da reserva legal. É o que ensina Fábio Ulhoa Coelho:

Os autores que enfrentam a questão de forma concreta (isto é, tendo clara a distinção entre ela e os danos morais) concluem pela sua inadmissibilidade sem lei que a estabeleça.

(...) De fato, a lei contempla, no Brasil, algumas hipóteses de indenização punitiva. Cabe, por exemplo, na cobrança indevida (CC, arts. 939 e 940; CDC art. 42, parágrafo único - Cap.22, subitem 7.2), na construção que invade solo alheio se houver má-fé (CC, arts. 1.258, parágrafo único, e 1.259) e nas relações internas do condomínio edilício (CC, art. 1.337). Não há, portanto, incompatibilidade entre o direito brasileiro e o instituto. A questão, em essência, reside na definição do alcance

⁹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 28.

⁹⁶ NORONHA, Fernando, *apud*, VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 29.

do princípio da reserva legal. Diz o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”⁹⁷

Na mesma linha de raciocínio, dispõe Pedro Ricardo e Serpa:

De tudo o quanto já se expôs, vê-se que, quer em razão do princípio constitucional da reserva do legal (princípio da legalidade), quer em razão da função indenitória do princípio da reparação integral, quer, ainda, em razão da vedação ao enriquecimento sem causa, é inadmissível a utilização da indenização punitiva sem a prévia cominação legal. Este é, portanto, o pressuposto essencial para a introdução de tal sanção punitiva em nosso ordenamento, sem o qual o recurso à pena privada (quer por meio da imposição de uma quantia adicional à indenização compensatória, com fins punitivos e dissuasórios, quer, ainda, pela quantificação da indenização compensatória com fundamento em critérios alheios à quantificação do prejuízo) será ilegal e, em última instância, inconstitucional.⁹⁸

Assim, não há que se falar na aplicação dos *punitive damages* como acréscimos pecuniários punitivos de forma a dissuadir o agente lesante quanto à reiteração de condutas dolosas, haja vista que o direito pátrio não comporta previsão expressa quanto à sua aplicação.

Sílvio de Salvo Venosa não descarta a hipótese de futuramente ser adotado a indenização punitiva no direito brasileiro, desde que fundamentada em lei. É o que doutrina o autor:

Para que o sentido de punição privada na responsabilidade civil possa ir além desse limite, haverá a necessidade de reformulação legislativa. Não parece haver dúvida, contudo, de que esse será o caminho a ser apontado pelo legislador no futuro para determinadas categorias de danos. Nessa trilha já caminham as indenizações por danos ao meio ambiente, quando tem sido acentuada a necessidade de condenações em valores exemplares, dentro do que falamos acerca do aspecto preventivo e dissuasório da indenização. A lei que instituiu a ação civil pública (Lei nº 7.347/85) veio abrir campo para essa modalidade de indenização quando permite que os valores da condenação sejam revertidos para fundos de defesa de direitos difusos.⁹⁹

Contudo, por não encontrar preceito legal em nosso ordenamento, e pelo fato de ferir o princípio da reserva do legal, previsto no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988¹⁰⁰, não há que se falar, ainda, na aplicação dos *punitive damages* na responsabilidade civil à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 446-447.

⁹⁸ SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade São Paulo, 2011, p. 236. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. <Acesso em: 25 de outubro de 2017>.

⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 29.

¹⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. <Acesso em: 23 de setembro de 2017>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da dignidade da pessoa humana é o principal fundamento na proteção dos direitos da personalidade. O dano moral, na função de punir, protege esses direitos personalíssimos além de prevenir danos futuros.

A violação de um dever jurídico preexistente gera a obrigação de indenizar. A função da responsabilidade é restabelecer o vínculo jurídico existente entre as partes.

Para haver a aplicação do dano moral, é necessária a existência de sua prova. Não podem estes, todavia, serem arbitrados mediante padrão, pois não se pode quantificar em valor pecuniário a lesão aos direitos personalíssimos.

Na quantificação do dano moral deve o julgador levar em consideração à máxima de experiência, o grau de sofrimento, a situação financeira da vítima e do ofensor, as circunstâncias causadoras do dano e o grau de culpa em circunstâncias agravantes, de forma a evitar o enriquecimento ilícito da vítima e a banalização do dano moral.

A função dos danos morais no direito brasileiro é compensatória e punitiva, se do dano adveio conduta dolosa ou culpa grave, de forma a reparar a lesão sofrida pela vítima e sancionar o causador do ilícito, evitando assim a reiteração da conduta lesiva.

A jurisprudência brasileira vem adotando um caráter punitivo e pedagógico na fixação do *quantum* por danos morais aplicados às vítimas que sofreram danos advindos de condutas dolosas, dignas de reprovação, com o objetivo de prevenir danos futuros.

Previsto no artigo no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988, o princípio da reserva do legal reza que a função de punir no Brasil cabe tão somente ao Direito Penal. Ao Processo Civil cabe somente a reparação.

Dessa forma, por falta que norma regulamentadora sobre assunto em nosso sistema jurídico pátrio, ainda não há de se falar na efetiva aplicabilidade da teoria dos *punitive damages* na responsabilidade civil à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. <Acesso em: 04 de outubro de 2017>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. <Acesso em: 23 de setembro de 2017>.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. <Acesso em: 21 de outubro de 2017>.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124298984/recurso-ordinario-trabalhista-ro-448201105103000-0000448-2520115030051>>. <Acesso em 22 de outubro de 2017>.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 23ª Região**. Disponível em: <<https://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19124619/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1707200400323009-mt-0170720040032300-9>>. <Acesso em 22 de outubro de 2017>.

CASSETTARI, Chistiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil.** Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

GAGLIANO; Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil.** Volume 03. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil.** v.4, São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

SERPA. Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. <Acesso em: 25-10-2017>.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. BORGES, Andréa Moraes. CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano Moral & Punitive Damages.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

TEIXEIRA, Erik Cardoso P. **A aplicabilidade da Indenização Punitiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40436/a-aplicabilidade-da-indenizacao-punitiva-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. <Acesso em: 13 de outubro de 2017>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** Volume 04. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.