

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ISABELA MOREIRA MALULY

O CARÁTER PUNITIVO DOS DANOS MORAIS

São Paulo
2019

ISABELA MOREIRA MALULY

O CARÁTER PUNITIVO DOS DANOS MORAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Professor Doutor Hamid Charaf Bdine Júnior

ISABELA MOREIRA MALULY

O CARÁTER PUNITIVO DOS DANOS MORAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de toda sabedoria e amor, por me ensinar e me guiar por todos os caminhos da vida, dos mais tortuosos aos mais belos, sem nunca abandonar.

Ao meu pai Marcelo, à minha mãe Patricia e à minha irmã Carolina, por serem minha base, minha inspiração, minha força e felicidade. Eu amo vocês.

Aos meus tios Cláudio e Katiuscia, por sempre acreditarem em mim e por todo o carinho e apoio de sempre. Às minhas amigas Carolina, Joyce, Letícia, Ingrid e Hanna, por me acompanharem nessa caminhada e me presentear com sua valiosa amizade.

À equipe que me acolheu no meu primeiro estágio e segurou minha mão enquanto eu dava meus primeiros passos na carreira prática jurídica: Mariana, Alex, Isabela, Gustavo e Sandra. Obrigada por tantos ensinamentos. Levo vocês no coração.

Ao Dr. Renato, por me dar a oportunidade de integrar sua equipe, por me ensinar sempre com bondade e paciência e por ser para mim muito mais do que um chefe: um professor e um exemplo. À Rubia, por todas as vezes que escutou minhas dúvidas, me ensinou com muito carinho e me encorajou a seguir meus sonhos, e à Sandra, pelas lições diárias e por seu empenho em me ajudar, em especial com este trabalho, no qual sua contribuição foi essencial. Devo muito a vocês três, de forma que agradecimentos nunca serão suficientes.

Ao meu professor orientador, Dr. Hamid, por ter me aceitado como sua orientanda e por sua rica contribuição. É uma honra ter como orientador o professor que me ensinou sobre a responsabilidade civil, com a maestria que lhe é peculiar, em aulas nas quais eu sequer piscava.

A todos os meus professores, por todas as lições.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, pela elevada qualidade do ensino oferecido, excelência e tradição. Sou, para sempre, mackenzista.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para a minha formação.

São meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

Os danos morais, enquanto ofensas aos direitos da personalidade, tais como a honra, a imagem e a privacidade, têm natureza extrapatrimonial e, portanto, não possuem equivalente econômico. Surgiu, então, a dificuldade em valorar as indenizações por danos morais, o que levou à fixação, pela jurisprudência, de alguns critérios como a extensão do dano, o grau de culpa do agente, a capacidade econômica do ofensor, entre outros. Um dos elementos utilizados para a majoração das indenizações é o caráter punitivo que compõe os danos morais, critério de aplicação ainda controversa, mas largamente utilizado pelos Tribunais pátrios. Este consiste em um acréscimo ao valor da indenização com o fito de punir o agente causador do dano e servir de exemplo para que a conduta danosa não se repita, com inspiração nos *punitive damages* norte americanos. Daí as outras denominações para o mesmo critério: caráter pedagógico, inibitório, ou desestimulador. Enquanto grande parte dos juristas enxerga no instituto, de forma clara, o seu duplo caráter (compensatório-punitivo), parte possui ressalvas contra a sua utilização com a finalidade de punir sob os argumentos de, entre outros, enriquecimento ilícito da parte lesada e violação ao princípio da legalidade. Todavia, diante da vaga previsão legal acerca do assunto, restou inevitável a substituição da disciplina legal por precedentes jurisprudenciais já consolidados, revelando uma necessidade urgente de positivação do instituto em observância às características do *civil law*.

Palavras-chave: Danos morais. Critérios de fixação. Caráter punitivo. *Civil Law*. *Punitive damages*.

ABSTRACT

Libel and slander or pain and suffering damages, as offenses against personality rights such as honor, image and privacy, have off-balance sheet nature and therefore have no economic equivalent. Then emerged the difficulty in valuing the compensation for moral damages, which led to the establishment, by case law, of certain criteria such as the extent of damage, the degree of guilt of the agent, the economic capacity of the offender, among others. One of the elements used for increasing indemnities is the punitive feature that composes the moral damages, a still controversial application criterion, but widely used by the national courts. This would be an addition to the value of the indemnity for the purpose of punishing the causative agent of harm and serving as an example so that the misconduct is not repeated, inspired by the punitive damages in North America. Hence the other denominations for the same criterion: pedagogical, inhibitory, or discouraging feature. While most jurists clearly see in the institute its dual character (compensatory-punitive), some have reservations against its use in order to punish on the grounds of, among others, illicit enrichment of the injured party and violation to the principle of legality. However, in view of the vague legal provision on the subject, the replacement of legal discipline with precedent already established remained unavoidable, revealing an urgent need for the institute to be positive in compliance with the characteristics of civil law.

Keywords: Damages. Fixation criteria. Punitive feature. Civil Law. Punitive damages.

SUMÁRIO

| | | |
|-----|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 | O DANO MORAL | 9 |
| 2.1 | Evolução histórica do instituto no Brasil | 9 |
| 2.2 | O caráter compensatório | 11 |
| 2.3 | Aplicação atual e seus critérios | 12 |
| 3 | O CARÁTER PUNITIVO | 14 |
| 3.1 | Na Jurisprudência | 16 |
| 4 | OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> E SUA ADEQUAÇÃO AO ORDENAMENTO BRASILEIRO..... | 20 |
| 5 | TESES CONTRÁRIAS | 24 |
| 5.1 | Violação ao princípio da legalidade..... | 24 |
| 5.2 | Indenização como forma de enriquecimento ilícito | 25 |
| 6 | A MITIGAÇÃO DO <i>CIVIL LAW</i> : NECESSIDADE DE POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO | 27 |
| 7 | CONCLUSÃO | 29 |
| | REFERÊNCIAS | 30 |

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos os indivíduos, em seu artigo 5º, incisos V e X, “o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Na mesma esteira, o Código Civil de 2002, em leitura conjunta dos artigos 186 e 927, que tratam do conceito de ato ilícito e da consequência de sua prática, caracterizando a responsabilidade civil, também contemplam a obrigação de indenizar o dano moral. Dessa forma, está bem lastreada a possibilidade de se indenizar o dano à moral na legislação brasileira, instituto, inclusive, muito utilizado na prática forense. A questão que ainda resta controvertida é acerca dos critérios que devem ser adotados para a fixação do valor indenizatório, o que decerto ainda causa grande discussão na doutrina e na jurisprudência.

Tal controvérsia se dá em razão da dificuldade de se apurar o valor equivalente ao dano psicológico experimentado pela vítima, afinal, ao contrário dos danos materiais, os danos morais não possuem valor econômico. Além disso, não existe na legislação qualquer espécie de rol exemplificativo dos danos morais, não há tabela de valores e muito menos parâmetros fixos que determinem a atuação do magistrado nesse momento, deixando livre a sua estipulação.

Dessa forma, não é raro que ocorram discrepâncias injustificáveis nos valores fixados a casos análogos, o que motivou a consolidação de alguns critérios de observância norteadora na jurisprudência, quando da valoração da indenização. Dentre os critérios eleitos, alguns deles ainda causam grande discussão, em especial aqueles voltados à ideia de punir o agente causador do dano. Critérios como a capacidade econômica do ofensor, seu grau de culpabilidade, o desestímulo à reiteração da conduta lesiva e a punição propriamente dita, em que pese estejam sendo cada vez mais utilizados, ainda não são bem aceitos por parte dos juristas brasileiros, sob as alegações de que feririam o princípio da legalidade e ensejariam enriquecimento ilícito à vítima do dano, entre outras.

Nesse cenário de escassa previsão legal e dominante posição jurisprudencial, faz-se importante o estudo acerca da possibilidade de majoração dos valores indenizatórios com viés punitivo e seu impacto no ordenamento, sob a luz do *civil law* e de institutos como os *punitive damages* estadunidenses, motivando uma reflexão acerca da indissociabilidade dos conceitos de indenização pecuniária e punição, ainda que como efeito secundário proveniente da compensação do dano.

2. O DANO MORAL

O dano moral, contemplado pelo Código Civil Brasileiro em seu artigo 186, essencialmente inspirado no artigo 483 do Código Civil Português¹, pode ser definido como uma violação a direito, ou ainda, um ato ilícito resultante de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que proporcione perturbação ou sofrimento à vítima.

Predomina na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a violação de que trata o artigo 186, capaz de gerar dano moral, é aquela que atinge os direitos da personalidade, como por exemplo, a vida, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, entre outros.

O diploma legal também dispõe que a consequência aplicável ao causador do dano, ou seja, àquele que comete um ato ilícito, é o dever de indenizar. É a regra geral do artigo 927 do Código Civil, que trata da responsabilidade civil do agente sobre o evento danoso.

2.1. Evolução histórica do instituto no Brasil

Com o passar dos anos, a legislação brasileira passou a paulatinamente reconhecer a figura dos danos imateriais e a necessidade de sua reparação. Os avanços da sociedade trouxeram ao Poder Judiciário conflitos que ultrapassavam a barreira patrimonial, tratando-se, na verdade, de ofensas a direitos da pessoa, como sua dignidade, sua honra, intimidade e personalidade como um todo.

Diante desse impasse, o legislador pátrio entendeu que as vítimas de danos imateriais também deveriam ser amparadas pelo Direito, de forma que as novas disposições legais começaram a introduzir uma reparação não mais restrita ao dano patrimonial, mas englobando também o dano extrapatrimonial.

Na época em que o Brasil era colônia de Portugal, eram as Ordenações do Reino que determinavam quais seriam as normas reguladoras das relações sociais. Em outras palavras, tais ordenações eram um conjunto de normas que regulavam o direito comercial, civil, processual e demais esferas, que deveria ser aplicado na coroa portuguesa e em suas colônias.

¹ Art. 483. “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

Desde então, já existia a possibilidade da reparação ao dano extrapatrimonial, como observado por Claudia Regina Bento de Freitas em seu artigo para a Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (2009):

Talvez uma das mais antigas referências à indenização por dano moral, encontrada historicamente no direito brasileiro, está no Título XXIII do Livro V das Ordenações do Reino (1603), que previa a condenação do homem que dormisse com uma mulher virgem e com ela não se casasse, devendo pagar um determinado valor, a título de indenização, como um “dote” para o casamento daquela mulher, a ser arbitrado pelo julgador em função das posses do homem ou de seu pai.²

As Ordenações do Reino, sendo umas das mais antigas leis da história legislativa brasileira, tiveram grande influência nas legislações posteriores. Neste sentido temos o Código Penal brasileiro de 1890, que trouxe consigo a possibilidade do ressarcimento ao prejuízo moral.

O Código Penal de 1890, decretado por Manoel Deodoro da Fonseca, trouxe em seu Título XI previsão para os crimes que atentassem contra a honra e a boa fama dos indivíduos, apresentando a seguinte redação:

*Art. 316. Si a calumnia for commettida por meio de publicação de pamphleto, impresso ou lithographado, distribuido por mais de 15 pessoas, ou affixado em logar frequentado, contra corporação que exerça autoridade publica, ou contra agente ou depositario desta e em razão de seu officio: Penas – de prisão cellular por seis mezes a dousannos e multa de 500\$ a 100000\$.*³

Resta evidente que o dispositivo supra visava punir aquele indivíduo que depreciasse a honra de outrem, de forma que ficou clara a preocupação do Código Penal de 1890 com o conjunto de bens imateriais do indivíduo, nesse caso, a honra, aplicando ao autor do dano pena de prisão e multa.

² FREITAS, Claudia Regina Bento de. **O Quantum Indenizatório em Dano Moral: Aspectos Relevantes para a sua Fixação e suas Repercussões no Mundo Jurídico**. Rio de Janeiro. Escola de Magistratura do Estado do Rio Janeiro, 2009.

³ **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

Sobreveio o Código Civil de 1916, o códex de Clóvis Beviláqua, que de forma inovadora trouxe a positivação do termo “interesse moral”, conforme segue:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família.⁴

A forma como foi redigido o dispositivo legal sugere, nesse momento já de forma clara, a existência de uma esfera individual que não se conecta ao patrimônio, uma vez que traz expressamente a diferença entre os termos “interesse econômico ou moral”.

Possível destacar também o artigo 1.547 do mesmo diploma:

Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.⁵

Ora, é certo que a injúria e a calúnia são condutas que atingem exclusivamente o psicológico dos indivíduos, de forma que a reparação a que se refere esse dispositivo é, em sua gênese, a própria indenização por dano moral na forma como conhecemos hoje.

Assim, a lei brasileira passou a interpretar o dano moral como um instituto autônomo, separando-o da ofensa material, em especial com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, garantindo, desta forma, maior amparo às vítimas de ofensas aos direitos da personalidade.

2.2. O caráter compensatório

O artigo 944 do Código Civil determina que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Sabe-se que a dita extensão do dano inclui uma análise sobre o bem jurídico lesado, a gravidade do dano, a duração do dano, entre outros fatores, todos voltados sobre a vítima e seu prejuízo. Segundo a Ministra Nancy Andrighi:

Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz decide se o dano deve ser reparado com 10, 20 ou 200

⁴ **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

⁵ **Ibid.**

salários mínimos. A inscrição do nome do pretense devedor no SERASA vale, e.g., menos do que a morte de um ente querido, que vale mais do que um atraso em vôo internacional. Por essa trilha já visivelmente insegura, cria a jurisprudência alguns parâmetros, maleáveis mas objetivos, como decorrência da fluidez do critério: presume-se, com alguma margem de tolerância, o tamanho do abalo – e da compensação – com base na gravidade do atentado⁶.

Assim, diante da ausência de específica previsão legal, coube ao Poder Judiciário, lastreado a casos análogos, fixar parâmetros para valoração da indenização que, de alguma forma, fossem aceitos pela sociedade como suficientemente eficientes a compensar o dano suportado pelas vítimas de cada caso concreto.

De olho, inicialmente, no caráter compensatório do instituto, consolidaram-se alguns critérios que hoje são largamente utilizados pelos magistrados quando do arbitramento da indenização. Entretanto, tem-se que alguns destes critérios, vistos como compensatórios, são, a bem da verdade, a interpretação da crescente necessidade de se incorporar o caráter de punição aos danos morais, conforme se verá a seguir.

2.3. Aplicação atual e seus critérios

É certo, por outro lado, que tais conceitos legais permitem uma interpretação extensiva e deixam a cargo do julgador a sua aplicação conforme cada caso concreto, o que motivou a criação de certos critérios ou parâmetros pela doutrina e pela jurisprudência a fim de promover o arbitramento proporcional e, acima de tudo, pautado na razoabilidade e coerência, evitando-se discrepâncias injustificáveis nos valores fixados em casos análogos.

Sobre isso, confira-se a tese consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça na edição nº 125 da “Jurisprudência em Teses”:

A fixação do valor devido à título de indenização por danos morais deve considerar o método bifásico, que conjuga os critérios da valorização das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, e minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano.

⁶ STJ, 3ª T., REsp 931.556, Rel. Min. Nancy Andrighi.

Alguns dos critérios que podem ser considerados consolidados e que quase sempre baseiam a fixação de indenizações morais são as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o bem jurídico lesado, o grau de reprovabilidade da conduta, a gravidade do ato ilícito etc.

Diante do exposto, não restam dúvidas de que a indenização por danos morais tem natureza essencialmente compensatória, ou seja, é a obrigação que o causador do dano possui de reparar, na medida do possível, o prejuízo que provocou a alguém.

Na medida do possível, pois o dano à moral, ao espírito, ao psicológico não possui caráter econômico, ou seja, é um sentimento insuscetível de valoração pecuniária, servindo a indenização, portanto, apenas para mitigar, tornar menos aborrecível o sofrimento.

Assim, conclui-se em um primeiro momento que a pretensão compensatória inerente ao instituto do dano moral em nada sugere o arbitramento de indenização com a finalidade de punir o agente causador do dano.

Entretanto, é possível notar uma crescente tendência na jurisprudência de que os julgadores se utilizem, quando do arbitramento do valor da indenização, de um critério ainda controverso, valendo-se justamente da finalidade punitiva da indenização, que decerto ainda não é pacífica no ordenamento.

3. O CARÁTER PUNITIVO

Também chamado de pedagógico, inibitório, ou ainda, desestimulador, o caráter punitivo dos danos morais tem sido utilizado como fundamento para majorar os valores indenizatórios, ultrapassando a finalidade compensatória e atingindo a esfera da penalização do agente ofensor, como forma de coibir demais condutas danosas e para que não haja sensação de impunidade.

Conforme bem explicado por Wendell Lopes Barbosa de Sousa⁷:

Não há como se esperar, por exemplo, que as sanções administrativas incutam na postura das empresas o devido respeito ao consumidor, bastando uma leitura cotidiana dos jornais para se constatar que as agências reguladoras dos serviços de telefonia, transporte aéreo e terrestre, água, energia elétrica e tantos outros, não alcançam qualquer solução aos problemas enfrentados pelos consumidores com relação à péssima qualidade do serviço prestado. O Poder Público, de outro lado, nos serviços que centraliza, sequer oferece um hospital descente para a população, numa desídia vergonhosa com o serviço mais essencial para a pessoa humana, o de saúde. Some-se a isso a tendência, também de duvidosa eficácia, de descriminalização de condutas, galgando o Direito Penal à condição de última ratio, e se tem o cidadão colocado numa situação de absoluta vulnerabilidade em sua proteção administrativa e criminal, restando-lhe, portando, buscar a observância de seus direitos por meio da fixação de indenização por danos morais, neles incluídos a pena privada ou mesmo os punitive damages, visando a não reincidência da prestação defeituosa de serviços essenciais à sociedade ou mesmo a não reiteração de condutas dolosas ou movidas por culpa grave em situações as mais variadas. Pense-se, dessa sorte, que a pena privada pode ser útil para a fixação do valor do ressarcimento por danos morais, devendo observar alguns critérios sempre focados na finalidade retributiva e preventiva dessa sanção.

A própria vítima nem sempre pretende a compensação patrimonial quando pleiteia a indenização - André Gustavo Corrêa de Andrade⁸ esclarece esse entendimento:

⁷ SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. “Danos Morais no Brasil e Punitive Damages nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa”, 2013. P. 112.

⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. “Dano Moral e Indenização Punitiva”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 172. Apud. Ibid.

[...] qualquer consolo se mostra virtualmente impossível quando a vítima for pessoa economicamente abastada. Em muitos casos, o único consolo que, talvez, a indenização proporcione seja o de constituir uma forma de retribuir ao ofensor o mal por ele causado, o que pode trazer para a vítima alguma paz de espírito – mas aí a finalidade dessa quantia já não será propriamente compensatória ou satisfatória, mas punitiva.

Dessa forma, a ideia do arbitramento de indenização guiado por seu caráter punitivo tem sido cada vez mais utilizada e aceita pelos magistrados. Em alguns casos, o caráter punitivo pode, inclusive, superar o compensatório, funcionando como a principal motivação da condenação. Confira-se trecho da decisão do magistrado da 2ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo, Dr. Renato Acacio de Azevedo Borsanelli:

Em relação aos danos morais, este Juízo entende que a atitude da Ré de negar a cobertura do exame, por si só, não ensejaria indenização. Entretanto, conforme demonstrado pelas Autoras, não é a primeira vez que sofrem com a negativa indevida da Ré, já havendo ajuizado outras ações para obterem seus direitos. Assim, em razão da reiteração do comportamento recalcitrante e abusivo da Ré, de rigor a indenização por danos morais, pelo caráter punitivo que a compõe.

(Processo nº 1100519-30.2018.8.26.0100, Data de Julgamento: 27/11/2018).

Observe-se que, nesse caso, a condenação teve como fundamento principal a finalidade de punir o agente pela conduta lesiva e reiterada. Note que tal motivação não exclui o caráter compensatório, ao contrário: o objetivo da condenação ainda é o de compensar a Autora pelo fato de que necessitou movimentar o Poder Judiciário por mais de uma vez para ver seu direito contemplado. Entretanto, não se pode afastar o fato de que a motivação do magistrado, nesse caso concreto, a acolher o pedido de danos morais, foi expressamente o de punir e também de prevenir futuras condutas danosas.

Sobre os critérios de fixação dos danos morais, em especial sua característica desestimulante, bem pondera o Dr. Hamid Charaf Bdine Júnior em relatoria da Apelação nº 1075331-69.2017.8.26.0100 da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Embora seja relevante avaliar as condições econômicas do ofensor, é certo que os parâmetros da reprovabilidade da conduta, seu grau de culpa, além de

outros elementos como o alcance de sua violação e a sua duração merecem valoração enérgica a fim de se desestimular novas condutas dessa natureza.

(Apl: 1075331-69.2017.8.26.0100, Data de Julgamento: 02/05/2018)

Além do caráter desestimulante, o fato de que foram levadas em consideração as “condições econômicas do ofensor” e “seu grau de culpa” quando do arbitramento do valor da indenização com a finalidade de aumentá-lo, é, em sua essência, a própria aplicação do caráter punitivo dos danos morais, embora tais parâmetros sejam muitas vezes tratados como se fossem conceitos independentes – não são.

Considerar as condições econômicas do ofensor significa que, se o agente causador do dano for pessoa mais abastada, pode se justificar uma indenização mais vultosa, para que ele sinta as consequências de seus atos e para evitar a sensação de impunidade. Ora, se o critério fosse exclusivamente o caráter compensatório da indenização, não haveria motivo para se analisar as condições econômicas daquele que paga, mas apenas o dano suportado pela vítima.

Da mesma forma, considerar o grau de culpabilidade do agente também importa em uma espécie de punição, de forma que quanto maior o dolo do indivíduo ao praticar a conduta danosa, maior pode ser o valor arbitrado, mesmo que o resultado, ou seja, o prejuízo causado à vítima, não se altere de acordo com o dolo de quem o causou. Por exemplo: é cediço na jurisprudência que a negatização indevida do nome gera danos morais. Nesse caso, se o responsável pela negatização o fez de propósito, com a intenção de prejudicar quem teve seu nome negativado, ou se o fez por engano, isso em nada altera o resultado, o dano suportado pela vítima. Ele será o mesmo nas duas situações, fazendo com que a indenização compensatória também seja a mesma para os dois cenários. Por outro lado, ao considerar o grau de culpa do agente, teríamos, decerto, o arbitramento de uma quantia maior para o caso de negatização intencional. Dessa forma, quem age com dolo seria obrigado a arcar com uma indenização maior do que aquele que age culposamente, sem a intenção de prejudicar, o que parece mais adequado.

3.1. Na Jurisprudência

Confira-se a seguir como os Tribunais pátrios vêm enfrentando a questão:

DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRETENZA REDUÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. NECESSÁRIA SEPARAÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE

REPARAÇÃO DE DANO E PUNITIVE DAMAGES. DOLO VERIFICADO. ASPECTO PUNITIVO INCIDENTE. MONTANTE QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A reparação de danos morais, quando o evento danoso foi causado por dolo ou malícia, pode ser acrescida de um quantum com objetivo sancionador e dissuasório (punitive damages), o que se verifica no presente caso.

(TJ-SC – AC: 0501222-51.2013.8.24.0064, Relator: Helio David Vieira Figueira dos Santos, Data de Julgamento: 12/09/2019, Quarta Câmara de Direito Civil).

INDENIZATÓRIA. VÍCIO DO SERVIÇO. TEORIA DA QUALIDADE BALISA O FORNECIMENTO DE PRODUTOS E SERVIÇOS NO MERCADO CONSUMIDOR. DANO MORAL EM SUA DUPLA FUNÇÃO – COMPENSATÓRIA-REPARATÓRIA. PRECEDENTES. TEORIA DAS “PUNITIVE DAMAGES”. FIXAÇÃO CONSENTÂNEA COM OS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – DOIS MIL REAIS.

A teoria já agasalhada pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, do caráter “punitive damage” ao dano moral, limitando-o a lesão ao enriquecimento sem causa – art. 884 do CC, auferindo carga punitiva a indenização, com apoio na necessidade de proteção à dignidade humana. Tem-se por atendida a dupla-função da reparação pelo dano moral e não ultrapassado o balizamento jurisprudencial da razoabilidade e proporcionalidade em sua fixação. Pelo que adequada a condenação de reparação a título de danos morais no quantum de R\$ 2.000,00. NEGÓ SEGUIMENTO DOS RECURSOS.

(TJ-RJ – APL: 0002815-70.2011.8.19.0004, Relator: Roberto de Abreu e Silva, Data de Julgamento: 24/10/2012, Nona Câmara Cível).

INDENIZAÇÃO MORAL. REQUERIMENTOS DE MINORAÇÃO E MAJORAÇÃO. REDUÇÃO NECESSÁRIA. SEPARAÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE REPARAÇÃO DE DANO E PUNITIVE DAMAGES.

DOLO NÃO VERIFICADO NA CONDUTA DAS RÉS. ASPECTO PUNITIVO NÃO INCIDENTE NA HIPÓTESE. DECISÃO REFORMADA NO PARTICULAR.

Segundo a doutrina do caráter pedagógico punitivo da reparação por dano moral, importada do direito anglo-saxão, a indenização punitiva cabe somente em hipóteses muito específicas e exige sempre a presença de dolo, malícia, fraude ou outra conduta especialmente grave. Não há falar em caráter pedagógico punitivo em condutas decorrentes de mera culpa – nessas hipóteses, a fixação da reparação deve sopesar apenas a natureza compensatória do instituto. INDENIZAÇÃO MATERIAL. DESPESAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS E CORRELACIONADAS COM O EVENTO DANOSO. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

(TJ-SC – AC: 0300728-32.2014.8.24.0034, Relator: Helio David Vieira Figueira dos Santos, Data de Julgamento: 13/12/2018, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos).

AÇÃO INDENIZATÓRIA – QUEDA NA ESTAÇÃO DE METRÔ – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO DE NATUREZA PUNITIVA (“Punitive Damages”)

Acervo probatório que demonstra a queda da autora na Estação de Metrô São Joaquim, em razão de tumulto ocorrido quando do seu desembarque – Autora que sofreu contusão no joelho e esmagamento da superfície cutânea, tendo sido afastada por mais de 30 dias de seu trabalho, recebendo auxílio doença – Responsabilidade objetiva do transportador, que não é elidida por culpa de terceiro – Arts. 734 e 735, CC – Teoria do risco profissional – Súmula 187-STF – Dano moral configurado, na medida em que a autora experimentou efetivo abalo emocional e sofrimento – A condenação, além de servir de lenitivo à dor da vítima, deve se prestar ao desestímulo à prática do ato ilícito, como mecanismo de inibição e prevenção, denominado “punitive damages” (indenização punitiva) – O valor de R\$ 30.000,00 fixado na r. sentença se mostra adequado ao caso em tela – RECURSO DESPROVIDO.

(TJ-SP – APL: 0209417-04.2011.8.26.0100, Relator: Sérgio Shimura, Data de Julgamento: 22/02/2017, 22ª Câmara Extraordinária de Direito Privado).

AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.
INSCRIÇÃO INDEVIDA.

Manutenção indevida em cadastro de restrição ao crédito. Dano moral presumido (“in re ipsa”). Natureza compensatória e sancionatória (“punitive damages”) da indenização. Arbitramento do valor indenizatório no valor de R\$ 5.000,00, de acordo com as especificidades da lide e com a observação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação do enriquecimento ilícito. Reforma parcial da r. sentença. RECURSO DA AUTORA PROVIDO.

(TJ-SP – APL: 1001198-12.2015.8.26.0590, Relator: Berenice Marcondes Cesar, Data de Julgamento: 06/12/2016, 28ª Câmara de Direito Privado).

São incontáveis julgados no mesmo sentido, de forma que resta clara a afeição dos Tribunais pátrios pela tese da aplicação punitiva da indenização por danos morais, com inspiração nos *punitive damages* norte americanos, o que se verá mais a fundo a seguir.

Conforme demonstrado, a indenização pecuniária, embora não “pague” o sofrimento experimentado pela vítima, é a forma que mais se aproxima de uma efetiva compensação. Em razão disso, é possível dizer que o caráter punitivo, além de compor o instituto dos danos morais, é inerente a ele, tratando-se de conceitos dificilmente dissociáveis.

4. OS *PUNITIVE DAMAGES* E SUA ADEQUAÇÃO AO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Não é exagero afirmar que todo o ordenamento jurídico se vale do patrimônio dos indivíduos como forma de coerção, como, por exemplo, através da imposição de multas. Isso ratifica a ideia de que a condenação pecuniária e a punição são coisas indissociáveis, ainda que a finalidade principal dos danos morais ainda seja a de compensar.

Nos Estados Unidos existe o conceito de *punitive damages*, ou danos punitivos, em tradução literal. Estes consistem em um acréscimo à indenização compensatória para casos em que o ofensor agiu dolosamente, concedida com a única intenção de punir, servindo também como exemplo para os outros. Tal forma de aplicação é comum quando se trata de direito do consumidor, por exemplo, com indenizações milionárias que muitas vezes conferem uma imagem de loteria ao Poder Judiciário.

Outra crítica aos *punitive damages* estadunidenses é no sentido de que a majoração da indenização para além do limite compensatório configuraria enriquecimento ilícito da parte lesada, pois significaria um ganho vultoso e inesperado para a vítima, quase como se o dano sofrido se transformasse em uma benesse que atingiu sua vida.

Contra tal argumento, Diogo Leonardo Machado de Melo⁹ propôs efetiva solução:

Mas o que propomos é que seja dado um novo contorno às conseqüências punitivas dos danos morais: diante dos valores constitucionais em jogo, das funções exercidas pela responsabilidade civil e o alcance do princípios da solidariedade social e de justiça distributiva esculpidos na Magna Carta (LGL\1988\3) (art. 3.º, I e III, da CF/1988 (LGL\1988\3)), entendemos que função punitiva deve continuar sendo considerada mas, para que não haja enriquecimento sem causa, deverá o juiz reverter a parte punitiva do montante indenizatório em benefício da própria sociedade.

Além disso, há quem sustente também que os *punitive damages* configurariam uma espécie de *bis in idem* em razão da cumulação de penalidades do âmbito criminal e civil. Contra tal alegação argumenta-se que a indenização punitiva tem por objeto a mitigação de um dano privado, enquanto a pena criminal refere-se a uma lesão pública, motivo pelo qual os

9 MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais: e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - art. 883, parágrafo único, do Código Civil.** Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 26, n. 7, p.105-145, abr. 2006.

institutos podem operar independente e simultaneamente em suas respectivas atribuições, existindo de forma a se complementarem.

No Brasil não se vislumbra a criação de um instituto como os *punitive damages* norte americanos, mas apenas sua utilização como inspiração, como forma de expandir o escope de aplicação dos danos morais brasileiros, de modo a incentivar um arbitramento mais severo com a finalidade de evitar o descaso dos agentes lesivos perante suas vítimas, em especial nas relações de consumo, onde são mais frequentes as condenações em danos morais.

Sobre a doutrina brasileira acerca do assunto, Wendell Lopes Barbosa de Sousa¹⁰ reuniu farta coletânea favorável à aplicação punitiva dos danos morais:

Para Maria Helena Diniz, “a reparação pecuniária do dano moral deverá proporcionar ao lesado uma satisfação compensatória e desestimular a prática de atos ofensivos, inibindo conduta antissocial”¹¹. Segundo Wilson Melo da Silva, o quantum indenizatório “apresentaria um aspecto iniludível de pena”¹². Cláudio Luiz Bueno de Godoy se pronuncia da maneira a seguir:

*“Com efeito, o dano que se prefere denominar extrapatrimonial consubstancia vulneração a direitos de personalidade e reclama fixação indenizatória que represente uma compensação à vítima, da mesma maneira que, simultaneamente, deve representar um desestímulo ao ofensor, ainda que, no caso concreto, se pondere o grau de culpabilidade do agente, se afinal não se arbitra o quantum indenizatório pela extensão de um prejuízo que não é materialmente mensurável”*¹³.

Para Sérgio Cavalieri Filho, “a indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da

¹⁰ SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013. P. 184.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 859, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

¹² SILVA, Wilson Melo da. Da responsabilidade civil automobilística. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 371, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

¹³ GODOY, Cláudio Luiz. PELUSO, Cezar. (Org.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2007. p. 910, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

dissuasão) e a punição (no sentido de retribuição)”¹⁴. Carlos Roberto Gonçalves chama a atenção para que:

*“A reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo em que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fato de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem”*¹⁵.

Silvio de Salvo Venosa aponta que “a indenização por dano exclusivamente moral denota um cunho eminentemente punitivo e não indenizatório”¹⁶. Segundo Luiz Antonio Rizzato Nunes:

*“Como se viu, no dano moral não há prejuízo material. Então, a indenização nesse campo possui outro significado. Seu objetivo é duplo: satisfativo-punitivo. Por um lado, a paga em pecúnia deverá proporcionar ao ofendido uma satisfação, uma sensação de compensação capaz de amenizar a dor sentida. Em contrapartida, deverá também a indenização servir como punição ao ofensor, causador do dano, inculcando-lhe um impacto suficiente para dissuadi-lo de um novo atentado”*¹⁷.

Para Arnaldo Rizzardo, “domina a teoria do duplo caráter da reparação, que se estabelece na finalidade da digna compensação pelo mal sofrido e de uma correta punição do causador do ato”¹⁸. E, segundo Carlos Alberto Bittar, “o caráter reparatório impõe, ademais, como vimos realçando, a atribuição de valor que iniba o agente de novas investidas”¹⁹.

Nas palavras de Luís Antonio Rizzato Nunes, no dano moral não há prejuízo econômico, possuindo a indenização outro significado. Seu

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2010. P. 98, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 628, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

¹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2010. p. 204, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

¹⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 70-71, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 261, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 116, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

objetivo é duplo: satisfativo-punitivo. Por um lado, a paga em pecúnia deverá amenizar a dor sentida. Em contrapartida, deverá também a indenização servir como castigo ao ofensor, causador do dano, inculcando-lhe um impacto tal, suficiente para dissuadi-lo de um novo atentado²⁰.

Por fim, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler se posicionam favoráveis à indenização punitiva afirmando que os instrumentos colocados à disposição pelo sistema jurídico nacional, sobretudo a cláusula de indenizabilidade irrestrita da Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e X), são suficientes à fixação de quantia em favor da vítima desde que respeitadas algumas condições, como a prática de um ilícito pelo agente imbuído de dolo ou até mesmo culpa grosseira²¹.

Em arremate da questão, conforme noticiam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a função pedagógica da responsabilidade civil foi consolidada na Jornada nº. IV de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, resultando no enunciado nº 379: “O CC 944 caput não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”²².

Diante do exposto, conclui-se que grande parte dos doutrinadores enxerga na indenização por danos morais uma finalidade de punir o causador do dano, ainda que de forma secundária, por tratar-se de uma condição teleológica inseparável do caráter compensatório, que continua sendo sua principal função perante a vítima, inspirados, principalmente, pela figura dos *punitive damages* dos Estados Unidos da América.

²⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O dano moral e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 2, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana de Souza. Usos e abusos da função punitiva (Punitive damages e o Direito brasileiro). Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

²² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 723, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

5. TESES CONTRÁRIAS

Em se tratando de uma teoria ainda em grande discussão na doutrina e na jurisprudência, naturalmente parte dos juristas se manifesta de forma contrária à aplicação do caráter punitivo dos danos morais.

Pode-se dizer que as principais alegações contrárias baseiam-se, em suma, na violação ao princípio da legalidade e na possibilidade de enriquecimento ilícito, conforme se confere a seguir.

5.1. Violação ao princípio da legalidade

A tese contrária mais difundida centra-se principalmente no argumento de que a aplicação dos danos morais com a intenção de punir violaria o princípio da legalidade, sustentando que o Código Civil brasileiro não prevê, sob nenhum aspecto, a possibilidade de majoração da indenização com fulcro do desestímulo de condutas.

A esse respeito, afirma Maria Celina Bodin de Moraes que “apesar do posicionamento doutrinário e jurisprudencial acima referido, não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva, ao lado da função compensatória, à indenização de danos extrapatrimoniais”²³.

Ainda, chama a atenção para o fato de que “o instituto dos chamados (erroneamente) danos punitivos foi, por diversas vezes, rejeitado pelo legislador nacional”²⁴.

Com efeito, o artigo 16 do Projeto do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, que contemplava a indenização punitiva, foi vetado quando da sanção do Código. Assim, afirma Maria Celina Bodin de Moraes que:

“[...] relevante parece ser o fato de que quando se teve a melhor oportunidade para tanto, isto é, no âmbito da proteção ao consumidor, cujo correspondente americano é a *tortius liability*, onde os *punitive damages* alcançaram a fama e o sucesso, a opção brasileira foi no sentido de não adotar qualquer caráter punitivo na reparação do dano”²⁵.

²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, p. 47, abr./jun. 2004.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., p. 47-48.

Em suma, os adeptos da tese crítica à aplicação do dano moral com a função teleológica de punir o causador do dano entendem que, se a intenção é a de se promover uma forma de reparação civil com tal finalidade, esta deveria provir de lei, e não da vontade ou interpretação do julgador, em respeito ao sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, o Civil Law.

5.2. Indenização como forma de enriquecimento ilícito

Alguns doutrinadores entendem que a aplicação das indenizações morais visando a punição do agente causador do dano poderia caracterizar, na verdade, fonte de enriquecimento ilícito para a vítima que, além de ter seu dano compensado, receberia uma indenização mais vultosa, o que, na visão destes juristas, seria injustificável. Sustenta-se, inclusive, que a vítima sequer possuiria legitimidade para pleitear a punição do agente, cabendo-lhe apenas o recebimento da indenização em seu caráter compensatório.

Posiciona-se Carlos Roberto Gonçalves acerca do assunto:

A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das punitive damages do direito norte-americano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode se fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo as indenizações em proveito do próprio lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento.²⁶

No mesmo sentido é o entendimento de Rubens Leonardo Marin:

O procedimento atual, no direito pátrio, prevê a reversão da quantia totalmente ao sujeito passivo do ato danoso. Neste caso, há que se falar em enriquecimento sem causa do sujeito passivo da ação danosa, pois que lhe é determinado um benefício injustificado, permitindo que se enriqueça às expensas do punido, obtendo muito mais do que a reparação do dano efetivamente sofrido.²⁷

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed, p. 678, São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁷ MARIN, Rubens Leonardo. **Dos sentidos da responsabilidade civil no Código Civil de 2002 e sua correlação aos tipos**. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio. (Coord.). **Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial**. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Método, 2006. Cap.19, p.425-437.

Conclui-se, portanto, que tal crítica parte da premissa de que o valor da indenização, ao ser majorado levando-se em consideração a finalidade de punir o agente do dano, estaria ultrapassando os limites indenizatórios e atingindo a esfera do enriquecimento ilícito, sendo, portanto, mais uma interpretação que restringe a análise das situações fáticas necessária e exclusivamente à vítima e ao dano em si, sem considerar a importante figura participante deste cenário, qual seja, o próprio ofensor.

6. A MITIGAÇÃO DO *CIVIL LAW*: NECESSIDADE DE POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO

Em que pese tal argumentação, não se pode negar a tendência do Judiciário brasileiro de aceitar como parte integrante dos danos morais o seu caráter punitivo. O próprio Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, já se referiu favorável e expressamente a essa questão:

Responsabilidade Civil Objetiva do Estado – Dano Causado em Hospital Público. AI 455846/RJ; RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES”) E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

Em suma, tem-se que diante de tão grande recepção positiva da ideia de danos morais punitivos pelos operadores do direito brasileiros, faz-se necessária sua positivação e regulamentação para que seja sanado o vácuo legislativo existente acerca do assunto, que prevê de forma tão ampla um dos institutos mais importantes em matéria de responsabilidade civil no Brasil.

O fato é que existe atualmente uma latente mitigação do *civil law* no Brasil em virtude, justamente, da omissão legal, que é inevitavelmente preenchida pela atuação do Poder Judiciário, pautando-se em casos análogos para resolver os conflitos, forma através da qual se consolidou a tese do caráter punitivo dos danos morais.

Sobre isso assevera Wendell Lopes Barbosa de Sousa²⁸:

Como exemplo do que se está querendo dizer, no Brasil, tem-se como mais simbólica a questão do dano moral, que, não obstante se trate de um dos mais complexos problemas enfrentados pelo operador do Direito na vida forense diária, se fez presente, mesmo em se tratando de diploma jurídico de excelência e vanguarda, em algumas poucas e honrosas menções no vigente Código Civil de 2002, podendo-se citar como a mais importante aquela do seu artigo 186. Ocorre que o mencionado dispositivo legal não vai além de mencionar que o dano indenizável pode ser material ou “moral”. Nada mais. Não há disciplina, a bem da verdade, para nenhuma situação de fato. Apenas como exemplo, não se tem a menor ideia da orientação legislativa a respeito das quantias a serem fixadas a título de indenização; quais as possíveis vítimas de atos ilícitos que poderiam se beneficiar com tais indenizações ou se até mesmo o nascituro poderia usufruir desse tipo de verba indenizatória; a contagem dos juros e da correção monetária quando da fixação da indenização; como se resolvem problemas por difamações proferidas no ambiente virtual da internet, e se provedores como o Google respondem ou não por informações injuriosas postadas por terceiros; questões atinentes ao direito de imagem e outras.

Em verdade, o que se observa atualmente são diversas condenações por danos morais motivadas e disfarçadas pela ideia de compensação do dano, mas que possuem nítida finalidade de funcionarem como sanções civis ao agente causador, assemelhando-se muito aos *punitive damages* americanos.

O cenário, portanto, é de contraste entre os sistemas jurídicos norte e sul americanos, na medida em que nos Estados Unidos há um crescente anseio da sociedade pela positivação das hipóteses e valores indenizatórios, para que haja maior controle sobre as decisões do Judiciário – que são proferidas por júri popular, e não juízes togados – a fim de evitar as chamadas “loterias judiciárias” e decisões discrepantes, indo contra os ditames do *common law*, enquanto no Brasil já se encontra consolidada e pacífica, há anos, a aplicação do instituto do dano moral com base apenas em precedentes, tendo em vista a já mencionada escassez legislativa acerca do assunto, que se limita, basicamente, a uma breve menção no artigo 186 do Código Civil, o que também não é característica do sistema *civil law*.

²⁸ SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013. P. 17.

7. CONCLUSÃO

O vácuo legislativo acerca da matéria de responsabilidade civil no Brasil, enquanto um dos temas mais importantes do Direito privado, tem resultado na inevitável substituição da disciplina legal por precedentes jurisprudenciais já consolidados, revelando uma necessidade urgente de positivação do instituto a fim de fazer jus ao sistema jurídico que rege nosso ordenamento, o *civil law*, e trazer maior segurança aos indivíduos, buscando a padronização das indenizações para casos análogos, conforme se quis demonstrar ao longo deste trabalho.

Em que pese se reconheça a importância das teses contrárias aqui explanadas, tem-se que a aplicação punitiva das indenizações pelo Poder Judiciário legitima-se através do anseio social como parte da completa e efetiva reparação do dano – que nem sempre é plena na esfera criminal, como direito de natureza excepcional que é, por exemplo – e, principalmente no âmbito do Direito do Consumidor, em que as relações são gravadas pela vulnerabilidade e hipossuficiência por parte do consumidor, que muitas vezes sofre com abusos dos fornecedores de produtos e serviços defeituosos e que ainda poderiam experimentar a impunidade em razão de seu poder econômico, não fosse a aplicação punitiva da indenização.

Além disso, inevitável o ativismo judicial diante da grande demanda e vaga previsão legal acerca do assunto, o que resultou em milhares de decisões favoráveis ao entendimento da dupla função dos danos morais, confirmadas em instâncias superiores por diversas vezes, inclusive no Supremo Tribunal Federal, como se demonstrou, revelando-se uma tendência irreversível de interpretação do instituto no Brasil como sendo a que confere maior efetividade à indenização, segurança jurídica ao ordenamento e pacificação social aos indivíduos.

REFERÊNCIAS

SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. **Danos Morais no Brasil e Punitive Damages nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa**. 2013. Tese (Doutorado em Direito na especialidade em Direito das Relações Sociais, área de concentração de Direito Civil Comparado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013.

FREITAS, Claudia Regina Bento de. **O Quantum Indenizatório em Dano Moral: Aspectos Relevantes para a sua Fixação e suas Repercussões no Mundo Jurídico**. Rio de Janeiro. Escola de Magistratura do Estado do Rio Janeiro, 2009.

Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 172.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 859, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

SILVA, Wilson Melo da. **Da responsabilidade civil automobilística**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 371, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

GODOY, Cláudio Luiz. PELUSO, Cezar. (Org.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri: Manole, 2007. p. 910, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010. P. 98, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 628, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 204, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 70-71, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 261, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 116, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O dano moral e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 2, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana de Souza. **Usos e abusos da função punitiva (Punitive damages e o Direito brasileiro)**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32,

jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 723, apud SOUSA, Wendell Lopes Barbosa de. Op. Cit., 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, p. 47, abr./jun. 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed, p. 678, São Paulo: Saraiva, 2011.

MARIN, Rubens Leonardo. **Dos sentidos da responsabilidade civil no Código Civil de 2002 e sua correlação aos tipos**. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio. (Coord.). **Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial**. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Método, 2006. Cap.19, p. 425-437.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais: e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - art. 883, parágrafo único, do Código Civil**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 26, n. 7, p.105-145, abr. 2006.

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

TERMO DE AUTENTICIDADE E AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Isabela Moreira Maluly,

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 3152832-5, Período Matutino, Turma B,

tendo realizado o TCC com o título: O Caráter Punitivo dos Danos Morais

sob a orientação do(a) professor(a): Hamid Charaf Bdine Júnior

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 05 de novembro de 2019.

Assinatura do discente

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

Material Bibliográfico: Artigo Científico Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: O Caráter Punitivo dos Danos Morais

Nome do Autor(a): Isabela Moreira Maluly

E-mail: isamaluly@hotmail.com

Este e-mail pode ser divulgado SIM NÃO

Orientador(a): Hamid Charaf Bdine Júnior

Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, AUTORIZO NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

Outros (justificar): _____

São Paulo, 05 de novembro de 2019.

Assinatura do(a) Autor(a)