

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

MARIA BEATRIZ COLAFATTI DA SILVA

**A APLICAÇÃO DO DANO MORAL NO SISTEMA *COMMON LAW* EM ANÁLISE
COMPARADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CURITIBA
2018**

MARIA BEATRIZ COLAFATTI DA SILVA

**A APLICAÇÃO DO DANO MORAL NO SISTEMA *COMMON LAW* EM ANÁLISE
COMPARADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito avaliativo à disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica do Curso de Pós Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná.

Professor (a): Clayton Reis

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA BEATRIZ COLAFATTI DA SILVA

A APLICAÇÃO DO DANO MORAL NO SISTEMA *COMMON LAW* EM ANÁLISE
COMPARADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

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

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

À minha família, com todo amor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Ao meu orientador, querido Professor Clayton Reis, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Agradeço a minha mãe, heroína que me deu apoio, incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço. Aos meus avós, Maria e Geraldo, pelo amor sem medida em todos os momentos da minha vida. A minha tia Marcilene por tudo, sempre comigo em todas as situações.

Agradeço também ao João Victor, alguém que me surpreende a cada dia e que durante esse período não foi diferente, compreendeu minhas limitações sempre muito paciente, me incentivando a construir não só os meus, mas os nossos sonhos.

Aos meus amigos e em especial ao gabinete do Juiz de Direito Marcos Antonio Frason, onde posso aplicar meus conhecimentos e aprender cada dia mais com esta equipe, que me incentivaram e apoiaram para a elaboração deste trabalho.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 OS GRANDES SISTEMAS TEÓRICOS DO DIREITO	10
2.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO <i>CIVIL LAW</i>	11
2.2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA <i>COMMON LAW</i>	16
2.3 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE OS SISTEMAS.....	20
3 RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL	24
3.1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	25
3.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA.....	29
3.3 APLICAÇÃO DO DANO MORAL NO BRASIL COMO INTEGRANTE DO SISTEMA <i>CIVIL LAW</i>	35
3.4 DANO MORAL E O SISTEMA <i>COMMON LAW</i>	40
4 A TEORIA DO VALOR DO DESESTÍMULO (<i>PUNITIVES DEMANGES</i>) NA DOUTRINA BRASILEIRA	45
4.1 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO.....	46
4.2 O CARÁTER PUNITIVO DO DANO MORAL E A VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.....	52
4.3 AS RELAÇÕES PRÁTICAS DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO BRASIL EM OBSERVÂNCIA A TEORIA DO DESESTÍMULO.....	55
5 A POSTURA DOS TRIBUNAIS	58
5.1 OS PRINCÍPIOS RELATIVOS À VALORAÇÃO DO DANO MORAL.....	58
5.2 A POSIÇÃO DO STJ – CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....	64
5.3 FUNÇÃO DAS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS NO SISTEMA <i>COMMON LAW</i> EM ANÁLISE COMPARADA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....	69
5.4 CASOS EMBLEMÁTICOS DE INDENIZAÇÕES PUNITIVAS NO SISTEMA <i>COMMON LAW</i>	72
6 CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	79

RESUMO

As tradições *Civil Law* e *Common Law* constituem os dois principais modelos jurídicos existentes, formando dois sistemas de justiça que se desenvolveram de forma distinta, em razão de sua origem histórica. O presente estudo é sobre dano moral analisando e apontando as formas de reparar esses danos e suas consequências na *Common Law* e no Brasil como representante da *Civil Law*. Com a crescente aceitação da função punitiva do dano moral no Brasil aumenta a necessidade de uma definição mais precisa do perfil funcional do dano moral e dos requisitos para a aplicação da indenização punitiva, posto que a forma como está sendo aplicada no Brasil diverge da teoria importada e é incongruente com sistemas jurídicos derivados da doutrina romana. A pesquisa teve como objetivo geral analisar a função do dano moral, especialmente sob a possível compatibilidade do seu caráter punitivo com o ordenamento jurídico brasileiro. Visa ainda verificar se com a incorporação da função punitiva, o instituto do dano moral resguarda os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: *Civil Law*; *Common Law*, danos morais, indenização punitiva.

ABSTRACT

The *Civil Law* and *Common Law* traditions are the two main legal models, forming two justice systems that have developed differently, because of its historical origin. The present study is about moral damages analyzing and pointing out ways to repair these damages and their consequences in *Common Law* and in Brazil as a representative of *Civil Law*. The growing acceptance of the punitive function of moral damages in Brazil increases the need for a correct definition of the functional profile of moral damages and requirements for the application of punitive damages, because the way it is being applied in Brazil differs from imported theory and is inconsistent with legal systems derived from Roman doctrine. The research investigation aims to analyze the role of moral damage, especially in the possible compatibility of its punitive character with the Brazilian legal system. Aims to investigate whether the incorporation of punitive function, the institute for moral damages protects the constitutional principles of human dignity and legal certainty

KEYWORDS: *Civil Law*; *Common Law*; moral damages, punitive damages.

1 INTRODUÇÃO

Na seara jurídica contemporânea, são classificados os grandes sistemas de Direito, nos seguintes termos: 1º) o sistema romano-germânico, denominado *Civil Law*; 2º) o sistema do *Common Law*; 3º) o sistema dos Direitos socialistas; 4º) outras concepções da ordem social e do Direito, como por exemplo os Direitos mulçumanos, indiano, baseados na religião.¹

Destacam-se, no que tange a efetiva atuação, bem como número de países adeptos, os sistemas *Common Law* e *Civil Law*.

O Direito foi, durante um vasto lapso temporal, fundamentado em costumes e usos comuns às sociedades na qual se instaurava; advindo daí o sistema jurídico denominado *Common Law*. O reconhecimento destes direitos baseados nos costumes, por parte dos tribunais, gerou um entendimento jurisprudencial que tem, neste sistema jurídico, o caráter de lei; uma vez que os tribunais se pautam por tais entendimentos, sobretudo de julgados anteriores, para exarar e fundamentar sentenças.

Dentre os países nos quais subsiste o sistema da *Common Law*, serão objeto de estudo no presente trabalho a Inglaterra e os Estados Unidos da América. Acerca deste último, é oportuno que sejam feitas algumas considerações, na medida em que se reveste de uma grande relevância no estudo do dano moral na *Common Law*, devido à importância sócio jurídica dada, neste país, a este tipo de dano.

Tem-se que em decorrência da colonização inglesa do território norte americano, a forma de governo e, igualmente, a forma de prestação da jurisdição tenham sido herdadas daquela cultura, e muito embora os Estados Unidos da América, portanto, pertençam à família de direito do *Common Law*, o direito deste país guarda uma particularidade com relação ao direito inglês.

Vicente Ráo, explica que o objetivo primeiro da instalação do sistema *Common Law* na Inglaterra, qual seja a uniformização do direito, é característica bastante relativizada nos Estados Unidos da América, eis que neste país permitiu-se que cada Estado erigisse seu próprio direito, baseado nas decisões locais:

¹ DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado. Tradução de Hermínio A. de Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1978. P.25

[...] atendendo a que a *Common Law* (penal e civil, incluindo-se nesta o direito comercial) constitui um direito de origem costumeira e, pois, de caráter local, atribuíram aos Estados competência para declará-lo por via judicial, ou promulgá-lo, por via legislativa. Daí resulta a multiplicidade de aspectos da *Common Law* norte americana, em contraste com a inglesa, multiplicidade que consagra as soluções correspondentes às necessidades e caracteres próprios de cada Estado e, conseqüentemente, suas particulares concepções do modo de solução dos conflitos. Assim é, de fato, que em alguns desses direitos estaduais se descobre por exemplo, mais tradicional apego ao direito inglês, ao passo que em outros se revela mais sensível a influência das novas correntes imigratórias e em outros, ainda, como no direito da Luisiânia, ação persistente do direito romano.²

Já o sistema *Civil Law*, o qual é formalmente adotado no sistema jurídico brasileiro, infere-se das bases teóricas e legais, que consolidam conceitos e princípios a serem aplicados, tendo como fonte predominante do Direito a Lei.

Nos sistemas de direito romano-germânico, a lei é a fonte primária do direito. A codificação aumenta consideravelmente a força da lei, hierarquizando as suas disposições e as reagrupando em um conjunto exaustivo e coerente: em suma, racional. A codificação é certamente a técnica mais característica dos direitos da família romanista. Longe de ser uma simples coletânea de regras, o código é um edifício legislativo que pretende ser o espelho de uma polis harmoniosa. Ele deve fornecer ao cidadão um material legível, ao qual seja sempre possível referir-se, e ser, para o juiz, um guia precioso para perceber, através da disposição dos princípios e da classificação das regras, a intenção legisladora.³

A contraposição entre *Common Law* e *Civil Law* cedeu lugar à ideia de que esses sistemas constituem dois aspectos de uma mesma e grande jurídica ocidental, e que os dois sistemas de direito, tendo surgido em circunstancias políticas e culturais diferentes, fizeram surgir tradições jurídicas particulares, caracterizadas por institutos e conceitos próprios.⁴

Mesmo diante da lacuna existente entre os dois sistemas jurídicos, notam-se algumas semelhanças entre os mesmos, no que tange a utilização de sistemas de precedentes.⁵

² RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 137-138.

³ GARAPON, Antoine ; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e *Common Law* e uma perspectiva comparada**. Tradução Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 33.

⁴ MARINONI. Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 17.

⁵ WALKER, James M. **The theory of the *Common Law***. Littleton: Rothman, 1995. p. 127.

Contudo, para a aplicação do dano moral, necessário que se verifique a responsabilidade civil, bem como o nexo existente nos casos concretos.

A ideia de responsabilidade civil está relacionada à noção de não prejudicar outro. A responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão, conforme elucida Rui Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana⁶

O termo responsabilidade civil, conforme a definição de De Plácido e Silva é:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção⁷

Deste modo, a evolução da responsabilidade civil nos sistemas da *Civil Law* e da *Commun Law* foi traçando vertentes divergentes ante a aplicação do *quantum* indenizatório de cada um dos sistemas, eis que suas normatizações percorrem caminhos diferentes.

Todavia, é possível se observar atualmente, ante a análise de recentes decisões das Cortes Superiores Brasileiras, que há uma miscigenação dos sistemas quanto a aplicação efetiva do dano moral, contudo, no que tange ao quantum fixado de tais indenizações, tem-se, ainda severa discrepância entre os sistemas de Direito, sendo este o objeto do presente estudo através da análise de casos concretos.

2 OS GRANDES SISTEMAS TEÓRICOS DO DIREITO

⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 114.

⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008. p. 642.

O estudo das ciências jurídicas, ante a diversidade de ramificações existentes dentro do mesmo assunto, bem como os inúmeros questionamentos feitos no meio acadêmico, revela a extrema necessidade de divisões temáticas, a fim de facilitar e até mesmo, melhor organizar os questionamentos realizados em prol da melhor qualificação científica.

Nesta toada, demonstra-se necessária a classificação dos grandes sistemas de Direito, possibilitando a melhor compreensão dos fenômenos ocorridos em cada um deles, através do consagrado sistema de organização elaborado por René David, o qual revelou os quatro sistemas, conhecidos como *Civil Law*, *Common Law*, sistema dos Direitos socialistas e outras formas de concepção da ordem social e de Direito, abarcando sistemas ligados ao Direito muçulmano, indiano.⁸

Nota-se que a separação de tais sistemas, em muito se relaciona com a divisão dos Estados, através da sua forma de governo, colonização e até mesmo a religião praticada no país.

Com relação aos grandes sistemas teóricos do Direito, dois ganham destaque, sendo estes a *Civil Law* e a *Common Law*, não por serem mais importante do que os demais sistemas, mas por serem de fato os mais utilizados entre os países, havendo inclusive, a utilização dos dois sistemas por um mesmo país.

2.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO *CIVIL LAW*

O surgimento do *Civil Law*, está diretamente ligado ao Direito Romano, ante as conquistas romanas no início da Era Cristã, visando a integração e a submissão dos povos conquistados, através das batalhas travadas.⁹

Impulsionado em razão da necessidade de manter unidos seus territórios e conquistas, o domínio romano abarcou um sistema jurídico a fim de atender a união de toda a totalidade da extensão de seu poder, bem como o Império Romano, constituindo um ideal sem precedentes.

⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**: Direito Comparado. Tradução de Hermínio A. de Carvalho. 4^o ed. São Paulo: Martins Fontes, 1978. p. 21, 22.

⁹ DAVID, René. Op. Cit., p. 25.

Com a invasão dos povos germanos, o Império Romano Ocidental, o qual já se encontrava em extremo abalo, não só de poder, mas como de domínio, deixou de existir por volta do século V.

Com a queda total do Império Romano, o feudalismo, tornou-se o principal responsável pela manutenção do Direito Romano, ante a instalação de diversos feudos.¹⁰

O sistema feudal, baseava-se na independência de seus feudos, os quais se instalaram nas terras romanas, no entanto, existia a miscigenação dos habitantes, em razão da presença dos povos germanos. Assim, não houve a elaboração de novo sistema jurídico, eis que não houve a formação de um novo império, mantendo as características jurídicas de imposição romana.

Ante a divergência sobre a origem inicial do sistema de Direito Romano – Germânico, foi no Século XIII que se verificou de fato sua origem científica¹¹, observando-se que nos séculos XII e XIII, houve a reorganização da sociedade no Ocidente Europeu, com a superação dos limites feudais, em razão da prática, cada vez mais costumeira, do escambo e do próprio crescimento de tais feudos.¹²

Assim, pode-se dizer que o sistema romano-germânico foi fundando através de uma comunidade de cultura, a qual não estava atrelada a qualquer poder político centralizador, eis que mantinham os ideais de independência, principalmente na era feudal, não sendo sucumbida com uma organização política aglutinadora, caso fosse a sociedade dissolvida.¹³

Constata-se ainda no ápice da sociedade romano-germânico, traduzindo-se como um marco, a presença da compilação e codificação do Direito Romano, formatados em normas escritas, textos harmônicos, normas costumeiras, juntamente com grandes obras acadêmicas, principalmente nas universidades medievais, as quais eram baseadas no Direito Canônico, apresentando soluções racionais aos casos presentes da época.¹⁴

Contudo, o trabalho de produção intelectual nas universidades, em especial a escola dos glosadores, buscou o sentido originário das leis romanas. O trabalho

¹⁰ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Fabris, 2007. p. 270.

¹¹ DAVID, René. Op. Cit., p. 29.

¹² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2002. p.58.

¹³ DAVID, René. Op. Cit., p. 32.

¹⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law** – Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000. p. 27.

desenvolvido visava tão-somente a análise do texto, buscando alçar a condição de instrumento de verdade, não observando a implicação prática dos mesmos.¹⁵

No entanto, após a superação de tal escola, no século XV, o ensino do Direito Romano foi profundamente distorcido sob a mais severa influência do Direito Canônico e das manifestações de alguns pós-glosadores, traduzidos pelo fim do sistema feudal, com a afirmação da Igreja Católica.¹⁶

Entretanto, os acontecimentos na França no século XIX, relacionados aos abusos excessivos de privilégios dos nobres, do clero e também dos magistrados, resultaram na Revolução Francesa, que foi o grande marco histórico responsável pela consolidação de um novo modelo jurídico.¹⁷

Após a Revolução, com a queda da monarquia absolutista e ascensão da burguesia e do parlamentarismo ao poder, houve o surgimento de um novo direito, alheio às antigas concepções da monarquia e que contrariava os magistrados ainda aliados ao antigo regime.

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário.¹⁸

Com a ruptura do antigo regime e a instauração de um novo ideal para o direito, se determinou, dentro do sistema europeu, o desligamento ante a antiga tradição de visar tão-somente a satisfação a alta sociedade.

¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. São Paulo. Max Limonad, 2000. p.133.

¹⁶ DAVID, René. Op. Cit., p. 35.

¹⁷ FERREIRA, Pedro Rocha; PEIXOTO, Leonardo Polastri Lima; POSSAS FILHO, Wagner de Carvalho. **Tradições jurídicas contemporâneas**: comparativo entre a tradição europeia continental e o *Common Law*. Revista Mineira de Direito Internacional e Negócios Internacionais. Disponível em <<https://www.amidi.com.br/revista/index.php/rmdni/article/view/27/0>>. Acesso em :08 ago. 2018.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009. p. 46.

Assim, a lei passou a ser fundamental a fim da representação do povo, impossibilitando, inclusive ao magistrado, de apresentar em suas decisões, motivos aquém do determinado no texto legal.¹⁹

A sucessão de diversas escolas intelectuais, propiciou ao Direito Romano a atualização de suas normas e a busca por regras justas, no intuito de regradar a sociedade através de uma sistematização lógica, no entanto apresentavam deficiência na propagação de tais normas, sendo utilizada para suprir tal carência a codificação, sistematizando assim o Direito, o qual deveria ser aplicado pelas cortes de jurisdição.²⁰

Assim, a escola de Direito Natural, fez estender o direito às relações públicas e privadas, codificando a produção intelectual elaborada pelas universidades através dos séculos.²¹

Com a codificação das normas jurídicas, tem o nascimento do sistema jurídico denominado de *Civil Law*, traduzindo a positivação da norma jurídica escrita como fonte principal de regulamentação social.²²

No sistema jurídico *Civil Law*, o direito vem edificado primordialmente sobre as leis escritas. Garapon e Papapoulos caracterizam o sistema da seguinte forma:

Nos sistemas de direito romano-germânico, a lei é a fonte primária do direito. A codificação aumenta consideravelmente a força da lei, hierarquizando as suas disposições e as reagrupando em um conjunto exaustivo e coerente: em suma, racional. A codificação é certamente a técnica mais característica dos direitos da família romanista. Longe de ser uma simples coletânea de regras, o código é um edifício legislativo que pretende ser o espelho de uma polis harmoniosa. Ele deve fornecer ao cidadão um material legível, ao qual seja sempre possível referir-se, e ser, para o juiz, um guia precioso para perceber, através da disposição dos princípios e da classificação das regras, a intenção legisladora.²³

Notável, então, que a fonte principal do sistema *Civil Law* é a norma escrita, ou seja, a Lei propriamente dita, no entanto, em razão dos seus caracteres de generalidade e de abstração, foi atribuído ao Judiciário, através da atividade

¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes: Civil Law e Common Law**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010. p. 36.

²⁰ DAVID, René. Op. Cit., p. 35.

²¹ DAVID, René. Op. Cit., p. 37.

²² FAIS, Juliana Marteli; SILVA, Leda Maria Messias da. **Common Law em relação ao Direito Brasileiro**. Disponível em:

<<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/icesumar/article/viewFile/120/58>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

²³ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgado nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada**. Trad. VASCONCELOS, Regina. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 33

interpretativa, a função de explicitar o significado final dos comandos abstratos veiculados nas normas.

A codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda obra empreendida desde há séculos nas universidades. No entanto, ressalta-se que como todo acontecimento social trouxe profundas alterações no estudo do direito, apresentando consequências tanto positivas quanto negativas. O processo de codificação embalou a expansão do direito romano-germânico na Europa e fora dela, contribuindo também para a unidade do sistema.

Reconhecer a primazia da lei, não exclui a necessidade desta ser interpretada, atribuindo esta árdua tarefa aos operadores do direito, a fim de que seja descoberto o real significado da lei através de sua concretização dentro dos casos reais, sendo a legislação escrita uma aliada e não um obstáculo à atividade jurisprudencial.²⁴

Em contrapartida, também apresentou consequências desastrosas, ante a necessidade dos aplicadores do direito a se concentrar somente em seus códigos, abandonando a visão que outrora tinham do direito, baseado em normas de condutas sociais, e se conformando com o positivismo legislativo. Todo direito, a começar pelo mais indomado, o direito civil, foi aprisionado em milhares de artigos organicamente sistematizados e contidos em alguns livros chamados “códigos”. Foi obra grandiosa e por tantos lados admirável; porém, também um supremo ato de presunção e, ao mesmo tempo, a colocação em funcionamento de um controle aperfeiçoadíssimo.²⁵

Denota-se, ainda que a codificação exerce função de controle e vinculação ao poder político, inclusive para o direito privado caracterizado pela liberalidade das partes, pois traz de maneira declarada a estatalidade do direito.²⁶

Deste modo, o Estado firmou-se como único ente capaz de transformar em jurídica uma norma estatal, situando o direito unicamente como voz do Estado, sendo este o legislador máximo, traduzindo suas vontades em normas positivadas.²⁷

²⁴ BRAZ, Antônio Cícero de Oliveira. **Súmula Vinculante**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21112/S%C3%BAmula_Vinculante_Ant%C3%B4nio%20C%C3%ADcero.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 ago. 2018. p. 12.

²⁵ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006 p. 51

²⁶ Ibid.. p.52.

²⁷ Ibid.. p.52.

Nota-se, assim, que com o passar do tempo, as normas elaboradas deixaram de atender a realidade social, ante ao crescimento e evolução dos povos, passando então a contar com a direta participação dos tribunais, a fim de que esclarecer e aprimorar o conteúdo das leis.²⁸

Os tribunais passaram a ter importante papel na elaboração de soluções para os casos não previstos em lei, adaptando os antigos diplomas legais às novas realidades sociais.

Denota-se, que a evolução da sociedade, bem como a impossibilidade de criação de normas legais capazes de regulamentar todas as atividades humanas, passaram a ser atribuídas as cortes de justiça como soluções plausíveis para a situações vividas, evidenciando um enfraquecimento do sistema, eis que este passou a ser mitigado, buscando soluções em outras formas, que não a lei escrita propriamente dita.

2.2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO *COMMON LAW*

A origem e expansão do *Common Law* notadamente está atrelada ao processo de colonização pelo qual a Inglaterra dominou, haja vista que a origem deste sistema iniciou-se em terras britânicas, chegando posteriormente aos Estados Unidos.

Tem-se então, que o sistema *Common Law*, em virtude da expansão colonialista da Inglaterra, na qual preponderava um ordenamento de regras não escritas, mas sim a prática negocial aplicada pelos tribunais, superou os limites geográficos, levando seu padrão de resolução de conflitos aos seus colonizados.²⁹ Ao realizar o estudo da origem histórica do Direito Inglês, René David destaca que:

Podem reconhecer-se quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período anterior a conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 até a dinastia dos Tudores (1485), é o da formação da *Common Law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *Common Law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas “regras da equidade”. O quarto período, que começa em

²⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar: 2008. p. 49.

²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p. 149

1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *Common Law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.³⁰

José Rogério Cruz e Tucci assim apresentou a origem de tal sistema:

O direito que começava a germinar na antiga Britania era essencialmente autóctone, fundado em regra conhecida e na prática quotidiana, e muito pouco influenciado pelos *ius romanorum*. Quando, no crepúsculo do século XII, o estudo científico do direito romano-canônico passa a ganhar autoridade na prática dos tribunais canônicos, e, no curso do século XIII, a influir nos tribunais laicos, já era muito tarde para que o direito inglês fosse, de alguma forma, seduzido pelas reflexões jurídicas de cunho científico.³¹

Denota-se do estudo apresentado que a origem de fato do *Common Law*, ocorreu em meados dos anos 1066 a 1485, período no qual observou a conquista normanda, quando Guilherme I, Duque de Normandia, considerava-se herdeiro dos reis saxões, e por isso recepcionada os seus costumes e decisões, tendo após o início o sistema feudal na Inglaterra.³²

Cumprido ressaltar que o sistema do *Common Law* surgiu para fazer oposição aos costumes trazidos pelo feudalismo, principalmente o que tange a ausência de centralização dos poderes.

Desde a origem do sistema do *Common Law*, foi possível notar a preocupação com a contradição aplicada aos casos concretos, e por isso, destaca René David que “a *Common Law* foi criada pelos Tribunais Reais de *Westminster*”³³, sendo, portanto, um direito jurisprudencial.

Assim, verifica-se que, desde sua formação, a *Common Law* mostrou natural vocação para ser um sistema de *case law*, pois, embora ainda não houvesse um efeito vinculante ao precedente, os operadores do direito inglês já ressaltavam a relevância dos julgados e a importância de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito.³⁴

No entanto, é importante destacar que o sistema da *Common Law* não se confunde com o sistema de precedentes, vez que um se refere propriamente a um modelo de direito, e outro se refere ao modo de como este sistema é colocado em prática. Assim, a teoria do *stare decisis et non quieta movere*, que significa

³⁰ DAVID, René. Op. Cit., p. 283-284.

³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. Cit. p. 151.

³² DAVID, René. Op. Cit., p. 315.

³³ DAVID, René. Op. Cit., p. 428.

³⁴ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte americano**. São Paulo: Landy Editora, 2001. p. 89.

literalmente mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto, está relacionada à ideia de que os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes.³⁵

A doutrina do *stare decisis* evoluiu a partir de um hábito das Cortes do reino inglês, as quais se reuniam para debater os casos mais complexos, sendo referência para julgamentos posteriores.³⁶

Aos poucos as decisões assumiram papel vinculante, sendo que somente no século XIX foi estabelecida a obrigatoriedade de observância aos precedentes, quando a Câmara dos Lordes admitiu o caráter vinculativo das suas próprias decisões nos casos *Beamish v. Beamish* em 1861.³⁷

Assim, foram lançadas as bases para o desenvolvimento da ideia do precedente vinculante (*rectius: stare decisis*) que representa, em linhas gerais, a possibilidade jurídica de que o juízo futuro declare-se vinculado a decisão anterior, em face da identidade de casos. De sorte que, ‘Standing by a decision (firmar numa decisão)’, representa a tarefa de decidir uma questão de direito de modo uniforme em casos materialmente idênticos. Na proposta clássica, encerra a ideia: *stare decisis et non quieta movere*, ou, deixe-se a decisão firmada e não altere-se as coisas que foram assim dispostas, ou, ainda, ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso.³⁸

Entretanto, Marinoni explica que não se deve confundir a doutrina de *stare decisis* com o próprio sistema *Common Law*, uma vez que o *Common Law* foi formado pelos costumes gerais e existiu por vários séculos antes de surgir o *stare decisis* ou precedente vinculante. Assim, o *stare decisis* é apenas um elemento presente dentro do modelo jurídico baseado na *Common Law*.³⁹

Assim, é importante ainda destacar que, além da força obrigatória do precedente (*binding precedent*), o sistema da *Common Law* também possuiu uma

³⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.170.

³⁶ CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. **Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law.** In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual Civil da UFPR.** Salvador: Juspodium, 2010. p.44.

³⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial.** In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.762.

³⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. Op. Cit. p. 776.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 33.

hierarquia funcional muito bem articulada. Dessa forma, o efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere. Nesse sentido, as decisões vinculam a própria Corte que a profere (eficácia interna), assim como todos os órgãos inferiores (eficácia externa).⁴⁰

Deste modo, pela prática do precedente obrigatório, gera-se o dever da corte em fundamentar as decisões de um caso concreto com base no que já foi decidido nas cortes superiores, ou em decisões já realizadas.

A doutrina mundial atuante neste tema, em sua unanimidade assevera que apenas a *ratio decidendi* vincula, pois, as questões de fato não se constituem em precedentes.⁴¹

Para realização de análise sobre a utilização do sistema de precedentes no direito inglês, é importante destacar quais são as principais regras sobre a aplicação de tais precedentes no sistema da *Common Law*, ficando estes conhecidos por *overruling* e *distinguishing*.⁴²

Entende-se por *distinguishing*, a necessidade de aproximação do juiz aos elementos objetivos dos casos que serviram como precedentes potencialmente e o caso em que pretende utilizá-los. Tal técnica permite ao juiz averiguar se o dado precedente pode ser utilizado no caso concreto a ser analisado.⁴³ Assim, de acordo com essa técnica, há uma valorização da *ratio decidendi* do precedente, que servirá para permitir sua aplicação ao caso concreto, caso existam semelhanças que justifiquem sua aplicação.

Já a técnica do *overruling* permite a atualização do precedente, pois o precedente que se mostrar ultrapassado com os fatos da sociedade ou equivocado pode ser substituído (*overruling*) por um novo precedente. Assim, fazer o *overruling* significa que o tribunal claramente sinaliza o fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente⁴⁴ e a substitui.

Na Inglaterra o sistema *Common Law* é mais rigoroso, sendo o princípio de aplicação de precedentes tão rígido, que até 1966 a *House of Lords*, que constitui o

⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. Cit. p. 223.

⁴¹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. Op. cit., p. 168.

⁴² OLIVEIRA, Ana Carolina. **Diferenças e semelhanças entre os Sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*.**

Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2737>>. Acesso em 10 ago 2018.

⁴³ SABINO, Marco Antonio da Costa. **O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil.** Revista Dialética de Direito Processual Civil, n. 85, abr. 2010. p.65.

⁴⁴ NOGUEIRA, Gustavo Santana. Op. cit., p. 179.

órgão máximo no Poder Judiciário do Reino Unido, não podia modificar suas próprias decisões. Atualmente foi afastada extrema rigidez deste modelo, ressalvadas as diferenças entre os diferentes países desta cultura, entretanto há previsão de possibilidade de afastamento do precedente para a criação de um novo.⁴⁵

Deste modo, o *Common Law* é largamente caracterizado pela habilidade com que os juizes desempenham sua capacidade de decidir, haja vista serem vinculados a precedentes por eles mesmos formados, de acordo com a análise dos casos concretos.⁴⁶

2.3 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE OS SISTEMAS

Como mencionado alhures, o *Civil Law* e o *Common Law* são os dois sistemas notadamente de maior seguimento desde os primórdios da humanidade.

De origem no Direito Romano-Germânico, o *Civil Law* atribui a norma escrita, ou seja, a lei positivada, sua fonte de regulamentação da sociedade, em contrapartida, o *Common Law* denota-se de regulamentação através das decisões dos casos concretos.

Uma das principais diferenciações dos dois sistemas, relaciona-se a estrutura primordial de seus nascedouros, visto que os países atrelados ao Direito Romano-Germânico, localizados na Europa continental, não conheciam qualquer unidade político-territorial, buscando a dominação pela força e métodos rústicos de economia, levando séculos para sua efetivação, ante a sua severa ligação com o clero, fundando assim uma comunidade de cultura, e em contrapartida, em razão da sua fácil estrutura geográfica, a Inglaterra, cercada por águas, tinha facilitado seu comércio e exportação de produtos, buscando a evolução do poder real inglês e sua intensa centralização, através de uma estrutura deverás ligada ao capitalismo.

No entanto, as transformações sofridas pela sociedade resultaram em relações complexas que acarretaram modificações nos valores sociais e por

⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - *Civil Law* e *Common Law***. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009. p. 57.

⁴⁶ HUTCHINSON, Allan C. **Evolution and the *Common Law***. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 4.

consequência, aumentou-se o acesso à justiça elevando o grau de complexidade dos casos concretos, aumentando assim a atuação jurisdicional.⁴⁷

Em razão deste aumento ao efetivo acesso à justiça, é notável a aproximação dos dois sistemas de direito, onde é possível verificar a presença de características marcantes, tanto do *Civil Law*, como do *Common Law* em um mesmo território de jurisdição única. Essa miscigenação dos sistemas, pode ser denominada de “*CommonLawCivilização*”, o que consiste na importância das decisões judiciais e jurisprudências, prestigiando também a aplicação legal.⁴⁸

O direito não foge à regra da globalização, que está presente em inúmeras áreas no dia a dia da sociedade e passa a ser compartilhado entre os países. A agilidade na comunicação e troca de informações faz com que o diálogo e a troca de experiências também entre os costumes jurídicos sejam inevitáveis. Assim, da mesma forma que algumas moedas se tornam comuns em todo mundo, o direito faz parte desta integração.⁴⁹

Neste contexto de formação de uma sociedade global, que compartilha interesses, comportamentos e necessidades, enfraquece a ideia de dicotomia entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law*, afinal considerando a aproximação gradativa, o direito legislado cresce no *Common Law*, à medida que a jurisprudência se destaca nos países que adotaram o *Civil Law*.⁵⁰

A tendência moderna do direito judiciário aponta para uma aproximação entre eles, justamente para que no âmbito do *Common Law* o direito escrito seja mais celebrado, enquanto que, no campo do *Civil Law*, os precedentes judiciais ocupem lugar de maior destaque.⁵¹

Esta aproximação cada vez maior das tradições jurídicas tende à formação de sistemas jurídicos híbridos, dotados de conceitos, valores e fundamentos adequados à nova realidade social resultante do processo de globalização. A principal característica deste fenômeno está relacionada à forma de interpretar e aplicar o direito, uma vez que nos países criados sob a estrutura de *Civil Law* é possível observar mudanças quanto à visão que se tem sobre o direito. Este não

⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit. p. 34.

⁴⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. Op. 763.

⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 174.

⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit. 170.

⁵¹ SABINO, Marco Antonio da Costa. **O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010. p. 52.

mais é visto somente baseado em seus códigos, abrindo espaço para discussões baseadas em casos concretos. Também na tradicional *Common Law* verifica-se o crescente aumento na produção legislativa, que aliado à novas formas de decisões judiciais, passa a operar com conceitos e fundamentos antes próprios do sistema romano-germânico.

Os legisladores modernos contribuem para a intensificação desta miscelânea jurídica, uma vez que são responsáveis pelas reformas da justiça Civil e, de acordo com Michele Taruffo, tendem a “emprestar” os institutos que consideram favoráveis, sem qualquer vínculo à tradição nacional, contribuindo para a desconstituição dos modelos tradicionais gerais.⁵²

Ante sua colonização inglesa, nos Estados Unidos, o precedente sempre se forma nos tribunais, seja dos estados, seja da federação, e cada precedente é sempre formado por uma decisão majoritária do referido tribunal. Se não houver decisão da maioria, tem-se apenas um precedente persuasivo e não vinculante, vez que as fontes do direito não são apenas as regras herdadas da *Common Law*, mas também a Constituição, as leis federais e estaduais, podendo, desta forma, notar a presença dos dois sistemas jurídicos.⁵³

No caso da legislação brasileira, historicamente, a jurisprudência não era reconhecida como forma de veiculação autoritária de decisões, vez que as constituições de 1824 e de 1891 já determinavam que ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, e o Poder Judiciário nunca teve, no Brasil, função legislativa.⁵⁴

Nos ordenamentos de *Civil Law*, em especial no caso brasileiro, a compreensão do fenômeno relativo à decisão judicial vinculante voltou à “ordem do dia”, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 3, que instituiu a ação declaratória de inconstitucionalidade e o efeito vinculante de suas decisões.⁵⁵

Nesse sentido, entende Bruno Periolo Odahara que, observando o caso do Direito brasileiro, verifica-se que “uma série de medidas vem sendo tomadas nos

⁵² TARUFFO, Michele. **Observações sobre os modelos processuais de *Civil Law* e de *Common Law***. Revista de Processo: RePro, São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003. p. 141-158. p. 153-154.

⁵³ ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.80.

⁵⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105

últimos anos nas reformas processuais e constitucionais com vistas a uma uniformização do entendimento jurisprudencial⁵⁶ como se verifica no disposto no art. 475, § 3º, do Código de Processo Civil, e também no art. 103-A da Constituição de 1988. É possível ainda citar outros dispositivos que podem se aproximar do sistema de precedentes: tem-se o art. 105 da Constituição Federal, que estipulou a missão do STJ de uniformizar a jurisprudência sobre aplicação da lei federal; o art. 557 do CPC/72, o art. 518, § 1º, do CPC/72 e outros.

Todos esses exemplos permitem a existência do sistema de vinculação a decisões já proferidas por outros órgãos ou no passado, tal como se verificou no direito inglês, por meio do sistema dos precedentes. Entretanto, observa-se que a adoção de tais mecanismos não possibilita a conclusão de que o Direito brasileiro utiliza o sistema dos precedentes.⁵⁷

Veja, que no Brasil a formação de jurisprudência ou das súmulas depende de decisões reiteradas sobre mesmo assunto, enquanto que a formação de um precedente no direito inglês depende somente de uma única decisão judicial. E, segundo, porque a vinculação das decisões no direito brasileiro é exercida quase que de forma exclusivamente vertical, enquanto que no sistema da *Common Law* essa vinculação ocorre também no campo horizontal.⁵⁸

Dessa análise já se verifica outra diferença substancial entre o sistema de precedentes inglês e o direito sumular brasileiro. No direito inglês, tipicamente consuetudinário, as normas positivas que determinam a vinculação a um precedente decorrem do próprio sistema da *Common Law*, pois são os próprios precedentes que determinam sua vinculação.

Assim, no direito brasileiro, país originário do sistema romano-germânico, só se admitiu a existência de súmulas vinculantes após a positivação desse instituto em normas escritas, como na Constituição e em leis federais. A adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro não decorre da cultura existente no país, mas apenas de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro.⁵⁹

⁵⁶ ODAHARA, Bruno Periolo. **Um rápido olhar sobre o stare decisis**. Processos coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 03, 01 jul 2011. p. 72.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.32.

⁵⁸ ODAHARA, Bruno Periolo. Op. cit. p. 54

⁵⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. Op. cit., p. 219.

Contudo há outro ponto que dificulta a busca pela segurança jurídica no Direito brasileiro, ante a existência de mudanças na composição dos membros dos tribunais superiores, especificamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Como visto, no direito inglês e no direito norte-americano, sequer os doutrinadores tocam nesse assunto, já que as possibilidades existentes nesses sistemas jurídicos para alteração, atualização e superação de um precedente são exceções e raramente ocorrem.

Assim, tem-se que no Direito brasileiro são observados aspectos dos dois sistemas, no entanto, ainda como prevalência da norma escrita (a própria Lei), porém apresentando cada vez mais no cotidiano jurídico a presença de jurisprudências e sua vinculação nas decisões apresentadas pelos magistrados em todos em todas as instancias, inclusive nas cortes superiores.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL

Ao ser descumprida uma obrigação, seja esta positiva ou negativa, nasce a responsabilidade de quem a transgrediu de responder pelos danos decorrentes de sua ação ou omissão.

Denota-se que as infrações ao ordenamento jurídico, das quais possam acarretar responsabilidade ao infrator, são divididas em civis e penais, e por força do art. 935 do Código Civil⁶⁰, estas são independentes.

A responsabilidade no âmbito civil, apresenta como elemento básico a ocorrência do dano efetivo, sendo possibilitado a vítima pleitear pela reparação do prejuízo da qual sofreu, não intervindo o estado em sua faculdade de acionar o judiciário, diferenciando-se da obrigação de intervenção estatal presente no Direito Penal.

O instituto da responsabilidade civil é dinâmico e flexível, influenciável de acordo com a evolução da sociedade, a fim de se adequar aos casos concretos.

⁶⁰ **Art. 935. Do Código Civil:** A responsabilidade Civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal

3.1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No que tange a evolução histórica da responsabilidade civil, tem-se que esta foi morosa e perdurou por longos anos. De forma geral, o dano causado pelo ilícito sempre foi combatido pelo direito, tendo sido modificado ao longo da trajetória humana a forma de ação contra os danos sofridos em decorrência de um ato praticado em descumprimento a um dever de conduta.

O marco inicial da responsabilidade civil em Roma relaciona-se com referido período, fazendo com que a retaliação, antes pertencente ao grupo dominante, passasse a ser reconhecida e legitimada pelo Poder Público. É a chamada vingança privada ou *vendetta*. Vigorava a Lei de Talião, sintetizada pela ideia de “olho por olho, dente por dente”. Bastava o dano efetivamente sofrido pela vítima para provocar a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido.⁶¹

Tem-se assim, que neste primeiro estágio, não se verificava a culpa do ofensor, bastando somente a ação ou omissão deste e o detrimento sofrido pela vítima. Os costumes regiam as regras de convivência social nesta época, levando os ultrajados a reagir de forma direta e violenta contra o responsável pelo dano. Essa ação lesiva do ofendido era exercida mediante a vingança coletiva, caracterizada pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.⁶²

Assim, o instituto da responsabilidade civil no Direito Romano, está calcada na concepção de vingança pessoal, sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido.⁶³

Nota-se que neste período o Poder Público por vezes permanecia inerte, intervindo apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, para produzir no ofensor um dano idêntico ao que experimentou. Portanto, prevalecia no Direito Romano a responsabilidade objetiva, fundada no princípio da equidade.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 Vol. IV. p. 04.

⁶² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7. p. 11.

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3. p. 11.

O período que sucedeu ao da vingança privada é o da composição, onde a vítima passou a perceber as vantagens e conveniências da substituição da violência pela compensação econômica do dano. Surgiu, então, o princípio segundo a qual o patrimônio do ofensor deveria responder por suas dívidas e não sua pessoa. Aparecem então as tarifações para determinadas formas de dano, como aquelas instituídas pelo Código de Ur-Nammu, Código de Manu e Lei das XII Tábuas.

Veja-se então que no Código de Hamurabi já estavam previstos o dano e a pena pecuniária a ser aplicada ante a existência de ofensa, sendo constituindo tal penal de caráter mais punitivo do que reparatório. Já no código de Manu, a reparação do dano apresentou uma certa evolução, uma vez que não se encontrava prevista a vingança privada, como na Lei de Talião, mas sim uma pena pecuniária imposta aquele que causou a lesão.⁶⁴

Posteriormente, é vedado pelo legislador a possibilidade da vítima fazer justiça pelas próprias mãos, em razão da existência de soberano, passando a composição econômica, a qual era voluntária, ser aplicada de forma obrigatória.⁶⁵

No entanto, somente com o surgimento da Lei de Aquilia é que se inicia um princípio norteador para a reparação do dano. Essa norma foi aprovada em plebiscito, provavelmente em fins do século III ou no início do século II a.C., onde foi possibilitada a atribuição ao titular de bens a obter compensação em espécie de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.⁶⁶

Deste modo, a Lei de Aquilia foi vista como marco fundamental para a aplicação da culpa na obrigação de indenizar, originando-se, então, a responsabilidade extracontratual, a qual também é conhecida por responsabilidade aquiliana, onde passou a ser medida a conduta do causador do dano em relação ao grau de culpa com que atuou.

Após este período, o Estado, passou a assumir de forma definitiva a função de punir os ofensores da ordem jurídica

Tem-se então, na Idade Média, o aperfeiçoamento da responsabilidade civil, em razão dos princípios e normas romanas, em especial no direito francês, sendo que “aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op cit. p. 7.

⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. IV. p. 17.

culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.”⁶⁷

Contudo, somente nos séculos que se sucederam à Idade Média, em especial o século XVIII, durante o período do Iluminismo, é que houve a total distinção entre a responsabilidade civil e penal, a qual fazia frente tão-somente em relação ao Estado, através das aplicações de penas em razão de infrações penais, sendo a responsabilidade civil atribuída no âmbito privado, tendo como função essencial a reparação de danos.⁶⁸

Já a Idade Moderna foi assinalada pela mudança de paradigma no fundamento da responsabilidade civil, que passou a se situar em razão da quebra do equilíbrio patrimonial causado pelo dano, transferindo-se, assim, o enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para o dano.⁶⁹

Com o advento dos fundamentos norteadores da Revolução Francesa em 1789 e o surgimento do Código Civil Francês, conhecido como Código de Napoleão, em 1804, tem-se expressamente a diferenciação da responsabilidade civil da responsabilidade penal, vem que tal Código representou uma reforma normativa, unindo detalhadamente as leis civis do país, protegendo o liberalismo e o conservadorismo e, especialmente, a propriedade, sendo este, base para diversos códigos em outros países, orientando e influenciando a legislação privada ao longo de dois séculos.

No Brasil, a responsabilidade civil passou por vários estágios de desenvolvimento, especialmente pela modificação da legislação existente. Inicialmente “a reparação civil era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal.”⁷⁰

Desde o descobrimento do Brasil, foi adotada as Ordenações do Reino de Portugal, como parâmetro normativo para as relações privadas, que perduraram até 1916, quando, então, surgiu o primeiro Código Civil, com projeto elaborado por

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op cit. p. 08.

⁶⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I, p. 528-529.

⁶⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Op Cit. p. 17.

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op cit. p. 09.

Clóvis Beviláqua. O Código Civil de 1916 filiou-se a teoria subjetiva da responsabilidade Civil, exigindo prova robusta da culpa do agente causador do dano, e, em determinados casos, presumindo-a.

O Código Civil de 2002, por sua vez, manteve a teoria subjetiva da responsabilidade civil, exigindo a demonstração da culpa do agente, definindo que todo aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito (art. 186), tendo como uma das principais inovações a exposição do art. 187, que ampliou a noção de ato ilícito, estabelecendo a ilicitude do exercício de um direito quando violar seu fim econômico, social ou os limites da boa-fé e bons costumes, havendo, portanto, o condicionamento do exercício de um direito a certos limites que vedam seu uso de forma abusiva.

Assim, o Código Civil atual impõe a necessidade de reparação do dano causado por ato ilícito (art. 927 cumulado aos arts. 186 e 187), inclusive com a obrigação de reparação do prejuízo, independentemente de culpa, nos casos especificados pela lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Trata-se da chamada teoria do risco, fruto de trabalhos do final do Século XX, principalmente de juristas da França, que buscavam um fundamento para a responsabilidade objetiva, vez que nesta modalidade denota-se que todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.⁷¹

Deste modo, em decorrência dos riscos trazidos pela revolução industrial, uma crescente no número de demandas de reparação de danos decorrentes das máquinas, sendo que a exigência de uma conduta culposa norteadas pelo Século XIX não era compatível com a necessidade social de se assegurar a reparação dos danos, mesmo que seu causador não houvesse agido com culpa, vez que o direito não deveria se preocupar somente com o comportamento do agente, mas também com a vítima.⁷²

Portanto, o atual Código Civil acolheu a teoria do risco, em determinados casos, onde o simples exercício de uma atividade perigosa impõe a obrigação de

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 136.

⁷² NORONHA, Fernando. Op. Cit. p. 537-538.

indenizar os danos eventualmente causados, sem a necessidade de comprovação da culpa do agente que causou o dano (art. 927, parágrafo único). Contudo, de maneira geral, a culpa continua a ser o fundamento da responsabilidade civil, juntamente com o risco, na teoria objetiva.

3.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA

A responsabilidade civil tem se desenvolvido e fixado na vontade do autor do fato para compreender a obrigação de reparação. Notadamente a prova da culpa dificulta o ressarcimento do dano, conquanto precedida do desequilíbrio socioeconômico existente em grande parte das relações jurídicas modernas possui o poder de transformar o direito à reparação do dano em uma utopia sem precedentes.⁷³

Assim, como tem-se que a ofensa aos bens jurídicos pode provocar o dever de reparar, e neste sentido, Maria Helena Diniz aduz que a responsabilidade civil pode ser definida como:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.⁷⁴

Deste modo, ao conceituar a responsabilidade civil destaca-se que esta consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação a sua incidência na pessoa do causador do dano.⁷⁵

Tem-se, então que a responsabilidade civil é o grande núcleo do comportamento humano, que confere a cada ato humano sua devida parcela de encargo, brigando como consequência destes atos a sua reparabilidade.⁷⁶

⁷³ SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de direito civil**, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade Civil - 4. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, V.7: responsabilidade Civil. 23ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 50.

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 11.

⁷⁶ DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**: Como chegar até ele. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, Leme: J H Mizuno, 2011. p. 26.

A doutrina majoritária, aduz que para objetivar a reparação, apresentam-se como pressupostos da responsabilidade civil, sem os quais o instituto deixa de subsistir: a) a existência de uma ação, fato comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito (art. 186, 927 e 931 do Código Civil e 7º o , XXVIII, da Constituição Federal, b) a ocorrência de um dano e, como elemento de conexão, o c) nexo de causalidade entre a ação praticada e o dano causado.⁷⁷

A fim de que seja verificada a responsabilidade e conseqüentemente o dever de reparar, inicialmente, se faz necessário avaliar no caso específico se existiu um ato que causou danos, ou seja, para que haja responsabilidade, esta deve ter sua gênese num comportamento humano que tenha causado o resultado danoso.⁷⁸

No que condiz acerca do elemento constitutivo da responsabilidade, tem-se, primordialmente a ação, a qual vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou da coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.⁷⁹

De maneira prudente, quanto ao ato humano, tem-se que é todo aquele que, agindo de maneira comissiva, portanto, de forma ativa, fazendo algo, ou omissivamente, de forma negativa, deixando de fazer algo, e vier a causar um dano, deve ser obrigado a repará-lo⁸⁰.

Deste modo, ao tratar objetivamente da conduta, tem-se que a comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.⁸¹

Ressalta-se que a conduta exteriorizada deverá ser não apenas voluntária como também consciente e livre, eis que a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer um juízo de valor a seu respeito, sendo tal ato possível desde que a conduta resultar de ato humano consciente e livre.⁸²

Ainda neste escopo elucidativo, cabe mencionar que a responsabilidade de indenizar poderá decorrer de conduta do próprio agente, ou também do ato praticado por terceiro, quando este estiver agindo em nome do agente ou esteja sob

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 52.

⁷⁸ DELGADO, Rodrigo Mendes. Op Cit. p. 52.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 16. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p. 37.

⁸⁰ DELGADO, Rodrigo Mendes. Op Cit. p. 38.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 38.

⁸² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 31.

sua guarda, bem como poderá decorrer de danos causados por coisas animadas ou inanimadas que se lhes pertençam ou estejam sob sua guarda.⁸³

O Código Civil tipifica o ato ilícito caracterizando-o em seu art. 186:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Deste modo, o ato ilícito se traduz em um comportamento voluntário que transgredir um dever, podendo constituir elemento essencial da responsabilidade.⁸⁴

No ordenamento jurídico brasileiro o ato ilícito é caracterizado por toda conduta, exteriorizada por meio de uma ação ou omissão, a qual viola norma jurídica ou de direito subjetivo individual, tendo o infrator conhecimento da antijuridicidade de sua prática, agindo com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou culpa, se consciente dos prejuízos que advêm de seu ato, assume o risco de provocar o evento danoso.⁸⁵

Ainda, vale ressaltar que o dever de indenização ante a existência de ato ilícito, está positivado no art. 927 do Código Civil, vejamos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Neste escopo, cumpre descarar que se o evento danoso não resultar de uma ação humana, como quando estamos diante de força maior, a qual se relaciona com fatos oriundos da natureza, evidentemente que não haverá responsabilidade, pois não haverá a quem se responsabilizar. Deste modo, tem-se no ordenamento jurídico pátrio que somente o homem pode ser sujeito de direitos e obrigações, e somente este poderá ser responsabilizado por eventuais danos que outrem venha a sofrer em decorrência de seus comportamentos lesivos.⁸⁶

Destaca-se, ainda, que o Código Civil assumiu em relação ao ato ilícito uma postura dicotômica, tanto é assim que, além da responsabilidade subjetiva embasada no ato ilícito *strictu sensu*, prevista no art. 927, lembra o parágrafo único

⁸³ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral** - problemática: do cabimento a fixação do quantum. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011. p. 63-64.

⁸⁴ VENOSA, Silvio Salvo. **Responsabilidade civil**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003. p. 23.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p.47.

⁸⁶ DELGADO, Rodrigo Mendes. Op. Cit. p. 46-47.

deste mesmo artigo que há outras situações igualmente geradoras da obrigação de indenizar independente da culpa.⁸⁷

Assim, cumpre ressaltar que o após a formação do conceito de ato ilícito em sentido estrito, conforme elucida o art. 186 do Código Civil, foi apresentado no mesmo documento legal, um sentido mais amplo desde conceito, presente no art. 187 do Código Civil, no qual a culpa não figura como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico ou social do Direito.

Deste modo, notável que a prática de um ato ilícito provoque o dever de reparar. Entrementes e para tanto, verifica-se que é imprescindível examinar a culpa ou o dolo e, estimar o encargo da reparação. Nestes termos, a responsabilidade subjetiva baseia-se na culpa, quando decorre de ato ilícito praticado pelo sujeito ou, na ausência de culpa, a responsabilidade objetiva, em determinação legal específica.⁸⁸

Deste modo, assim aduz Rodrigo Mendes Delgado:

A regra intrínseca ao próprio convívio social é que o comportamento de seus membros seja contido, isto é, que se comportem, que ajam de tal forma que sua conduta não venha a prejudicar, a infringir a esfera de liberdade e, portanto, os direitos, as garantias fundamentais (notadamente as previstas no art. 5º da Constituição Federal de 1988), de seus semelhantes. Uma imperiosa e impostergável exigência social. Se essa regra lapidar for desrespeitada, adentra-se ao campo da prejudicialidade. Prejudicial é o comportamento que, uma vez posto em movimento desrespeita a esfera de liberdade alheia, infringe os direitos e garantias de outrem, causando um dano.⁸⁹

Sobre o dano, José de Aguiar Dias, afirma que este “é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade Civil, o que suscita menos controvérsia”⁹⁰.

Assim, sabendo-se que nem todos os eventos danosos que integram de fato as nuances da responsabilidade civil, observa-se, então, que para esta ocorrer, tem-se uma dependência na medida que há efetiva lesão a bem jurídico tutelado, de um padrão de distinção onde deverá ocorrer não tão somente uma lesão a bem jurídico

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit. p. 32-33.

⁸⁸ SILVA, Ângela Maria Moreira (coord); SOUTO, Clivea de Farias et. al. **Manual de normas para apresentação dos trabalhos técnico-científicos** da UFRR. Boa Vista: Ed. UFRR, 2012. p. 25.

⁸⁹ DELGADO, Rodrigo Mendes. Op. Cit. p. 38.

⁹⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1987. p. 832.

tutelado mas, especialmente, este evento deverá gerar como consequência um dano e prejuízo à vítima, para só então o dever de reparar poder ser reclamado.⁹¹

Contudo, destaca-se que a delimitação das situações que provoca o dever de reparar suscitou a distinção entre o dano-evento e o dano-consequência, onde deve-se reconhecer que quando se fala em dano, o que se quer significar é o resultado da lesão ou injúria sobre o patrimônio moral ou material.⁹²

Contudo, elucida Rodrigo Mendes Delgado, *verbis*:

O núcleo da responsabilidade Civil é o dano. Somente onde há dano, o instituto da responsabilidade Civil se faz presente. Pois, se não há dano, não há dever de reparar, se não há dever de reparar, há um nada jurídico a ser analisado, uma situação sem importância, sem conotação jurídica alguma.⁹³

Deste modo, é possível classificar o dano em três tipos, sendo estes de cunho patrimonial, extrapatrimonial e o moral.

No que tange ao dano patrimonial nota-se que este é de fácil constatação e mensuração monetária, vez que se trata de dinheiro ou de coisas passíveis de serem convertidas e obtidas através de pecúnia. Em relação ao dano extrapatrimonial ou hiperpatrimonial tem-se que estes danos se verificam mormente, no meio ambiente, pela natureza devastada, degradação de centros históricos ou patrimônios naturais e artísticos da humanidade, não raras vezes, decorrentes de práticas ilícitas e abusivas de empresas movidas pelo capitalismo degradante.⁹⁴

Por outro lado, o dano moral, à luz da Constituição vigente, compreende violação à dignidade da pessoa humana.⁹⁵

Neste sentido, assevera-se que no sistema atuante, o qual parte de que da interpretação de normas constitucionais até chegar às relações consumeristas, o valor máximo a ser protegido é a dignidade humana, e esta quando lesada, não pode ser reconstituída.⁹⁶

Tem-se, então, que o dano moral compreende os danos que afetam o íntimo das pessoas, seu âmago, sua estrutura psicológica, espiritual, sendo tal protegido

⁹¹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

⁹² DIAS, José de Aguiar. Op. Cit. p. 833.

⁹³ DELGADO, Rodrigo Mendes. Op. Cit. 58.

⁹⁴ Ibid. p. 41.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit. p. 57.

⁹⁶ COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. **Dano social nas relações de consumo**. 2007. Dissertação de mestrado em direito - Faculdade de Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007. p. 101.

positivamente por diversos diplomas legais, incluído os preceitos insculpidos no art. 5º, V e X, da Constituição Federal.

Ainda, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, e do Código Civil, os quais conferiram avanços doutrinários e jurisprudenciais a fim de distinguir o dano moral como injusta agressão aos bens imateriais, de pessoa física, jurídica ou mesmo da coletividade, que apesar de compreendido como insuscetível de quantificação pecuniária é indenizável com finalidade compensatória a vítima e dissuasória para o ofensor.⁹⁷

Apesar disso, nem sempre se reconheceu o fato de que o dano moral poderia ser indenizado. Os argumentos que a doutrina coleciona são os seguintes: a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldades em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número das pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz. Esta antiga tendência teve como reflexo a prevalência, durante muito tempo, da tese da irreparabilidade, mais precisamente da não indenização do dano moral, o que hoje já se encontra superada.⁹⁸

Nos dias de hoje, o direito à indenização por dano moral é inquestionável, contudo, o mesmo não se pode dizer quanto ao seu conceito e à sua amplitude ou dimensão, porque ainda não houve um assentamento da doutrina quanto ao seu conceito. Em razão disto, a jurisprudência se mostra oscilante no reconhecimento das situações em que se configura essa espécie de dano. Por conta disso, alguns critérios são utilizados, objetivando-se viabilizar a sua aplicação.

Atualmente, outras categorias de danos não-patrimoniais têm sido reconhecidas pelo Direito Civil Brasileiro, como o dano estético e à imagem.

Parte da doutrina apresenta definições que têm, em comum, a referência ao estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa, contudo, vale ressaltar que pode existir dano moral sem que haja dor, vexame, sofrimento, como também pode existir dor, vexame, sofrimento sem que exista dano moral, sendo tais estados anímicos, em geral, consequências, e não causas.⁹⁹

⁹⁷ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral** - problemática: do cabimento à fixação do quantum. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011. p. 87.

⁹⁸ DIAS, José de Aguiar. Op. Cit. p. 737.

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 101-102.

Modernamente, uma das teorias mais aceitas é a de que o dano moral decorre da lesão a direito da personalidade, vez que o dano moral é a lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.¹⁰⁰

Todavia, denota-se da mais recente jurisprudência dos Tribunais Superiores, a mitigação do dano moral nos casos de inadimplemento contratual, ao ser a vítima exposta a situações de aparente mero dissabor cotidiano, sendo que estes não são passível de indenização, sob o argumento de que embora indesejáveis, são fatos comuns e previsíveis da vida humana.¹⁰¹

Contudo, ao tratar a lesão moral como uma não lesão por se tratar de fato denominado corriqueiro, engessa qualquer possibilidade de mudança do quadro social onde tal atitude surgiu, permitindo, deste modo, a perpetuação da conduta lesiva no seio da sociedade sem qualquer perspectiva de correção da atitude da qual originou-se o fato, devendo, sempre, haver uma análise ponderada dos casos concretos, a fim de que não sejam prestigiados os instituídos da não reparação, bem como o do enriquecimento ilícito.

Tem-se por objetivo no presente trabalho, a desmistificação da aplicação da aplicação prática dos danos morais nos casos concretos, bem como sua funcionalidade e visibilidade dentro dos sistemas da *Civil Law* e do *Common Law*.

3.3 APLICAÇÃO DO DANO MORAL NO BRASIL COMO INTEGRANTE DO SISTEMA *CIVIL LAW*

No que tange aos conceitos de dano moral, a doutrina apresenta diversas definições, porém, em que pesem pequenas nuances, é possível afirmar que este consiste na lesão de direitos intrínsecos, ou seja, aqueles que não integram o patrimônio, ou seja, é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa como por exemplo, honra, intimidade e imagem. Assim, tem-se o dano moral, à luz da

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit. p. 74.

¹⁰¹ Superior Tribunal de Justiça - agint no resp: 1645135 PR 2016/0325336-0, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento: 17/08/2017, T4 - quarta turma, Data de Publicação: dje 08/09/2017.

Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade.¹⁰²

Contudo, tem-se nos dias de hoje que o dano moral não mais se restringe à dor, à tristeza e ao sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos, 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 insuscetível 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.¹⁰³

O professor Yussef Said Cahali defende que o dano moral:

[...]é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).¹⁰⁴

Assim, dano moral é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições.¹⁰⁵

No entendimento de Wilson Mello da Silva, os danos morais:

[...]são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico, seriam exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, à liberdade, à vida, à integridade corporal.¹⁰⁶

Assim, configura-se o dano moral pela simples e objetiva violação a direito da personalidade, vez que todo dano moral se dá em decorrência de violação a direitos da personalidade, caracterizado assim prejuízos pelo atentado aos

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 85.

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit. p. 85.

¹⁰⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p.20.

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 67.

¹⁰⁶ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 15.

interesses jurídicos personalíssimos, independente da dor e sofrimento causados ao titular que servirão para fins de fixação do quantum indenizatório.¹⁰⁷

Neste aspecto, cumpre ressaltar os ensinamentos de Clayton Reis sobre o tema em análise:

O ofensor receberá a sanção correspondente, consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros o que querem que seja feito a eles próprios. Estas pessoas possuem exata noção de dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar.¹⁰⁸

Diante disso, tem-se no universo da responsabilidade civil, funções compensatórias do dano gerado à vítima, a função punitiva do ofensor, bem como a desmotivação social da conduta lesiva, a fim de ser atribuído quantum indenizatório justo ao fato ocorrido.

No que tange à função compensatória, tem-se que seu objetivo e finalidade é a reparação civil, ou seja, retornar as coisas ao *status quo ante*, objetivando-se a reposição do bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um quantum indenizatório, sendo este em uma importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente.

Acerca disso, tem-se o entendimento do autor Sérgio Cavalieri Filho, verbis:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo, inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão.¹⁰⁹

Assim, é possível verificar que a responsabilidade civil é o instituto jurídico destinado à proteção daqueles casos em que alguém sofre um dano, em razão da conduta de alguém, estando assim obrigado o causador de tal dano a restabelecer o ofendido de modo que se retorne ao status anterior à ocorrência do sinistro tanto

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 161.

¹⁰⁸ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 78-79.

¹⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 13.

quanto possível, evitando-se, assim, que a pessoa lesada suporte um prejuízo do qual não foi causadora, e também não tenha contribuído para sua ocorrência.

A preocupação, portanto, se dá de forma exclusivamente com a figura da vítima, cujo dano se busca apagar ou ao menos minorar, não importando a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade da sua culpa, a sua fortuna, o proveito por ele obtido com o ilícito ou quaisquer outras circunstâncias que a ele digam respeito. Estabelecida a responsabilidade, o valor da indenização é medido somente pela extensão do dano ou prejuízo.¹¹⁰

Contudo, essa maneira de encarar a responsabilidade civil tem se modificado nos últimos tempos, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado como uma mudança de paradigma, representada pela ideia de que, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, a indenização deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional.

O conceito reparatório, respaldado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória, sendo redimensionada a responsabilidade civil.

Por outro lado, então, além do caráter compensatório da responsabilidade civil, verificou-se a necessidade de ampliar o enfoque, passando a ser visto nos casos concretos não somente a situação da vítima, mas sendo levado em consideração a conduta do ofensor.

Tal entendimento vem caminhando no sentido de que a responsabilidade civil desempenha também uma função preventiva, ou seja, vislumbrando evitar futuros danos, aplicando-se, assim, uma sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, mas com o intuito de prevenir a prática de novos comportamentos ilícitos. Com isso, está sendo ressaltado ao agente ofensor, em caráter particular, mas também à sociedade como um todo, que tal conduta danosa é inaceitável e intolerável e não se deve repetir.

¹¹⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral, indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 224.

Importante frisar que esse caráter desestimulador da prática de novos atos, não implica admitir a imposição de algum tipo de vingança, vem que o objetivo é, primordialmente, educar o agressor, evitando que venha cometer a prática de novas condutas aptas a causar danos morais a outrem.

A partir do momento que se aplica tal sanção pecuniária, esta deve ser vista como uma legítima resposta jurídica a determinados comportamentos do ofensor, mormente em situações nas quais outras medidas ou formas de sanção, como por exemplo, aplicando tão somente a função compensatória da responsabilidade civil, não demonstram satisfatórias ou não exerçam força intimidativa em face do ofensor.

Deste modo, tem-se da aplicação da sanção desestimuladora, por consequência, o caráter preventivo, face ao ofensor, sendo este responsabilizado e obrigado a pagar o valor também do caráter desestimulador, passando este procurar evitar futuros pagamentos dessa natureza, da mesma forma que terceiros terão como exemplo tal fato.

Sobre tal ponto, leciona Pietro Perlingieri, *verbis*:

O instrumento de ressarcimento dos danos e da responsabilidade Civil, embora adaptado às exigências da vida moderna, demonstra-se, frequentemente, inidôneo. A jurisprudência dos valores tem necessidade de afinar as técnicas de prevenção do dano, da execução específica, da restituição in integro e de ter à disposição uma legislação de seguros obrigatória e de prevenção social. Alargam-se, nesse meio tempo, as hipóteses de responsabilidade Civil, utilizam-se os institutos processuais, inclusive aqueles típicos da execução, com o objetivo de dar atuação, do melhor modo possível, aos valores existenciais.¹¹¹

Com isso, verifica-se que não se trata, de maneira alguma, de desvalorizar o tradicional papel traçado pela responsabilidade civil, mas de reconhecer que a função desestimuladora, tendo como consequência a prevenção do dano, torna mais abrangente a responsabilidade civil, inclusive tendo em vista que a simples reparação do dano se tornou insuficiente para atender, de forma satisfatória, os conflitos sociais modernos, em especial no que tange sua aplicação aos direitos da personalidade, sendo que tais direitos são consagrados pela Constituição Federal, a qual mesma autorizou expressamente a possibilidade de aplicação de danos morais, no casos em que lhes forem pertinentes, cabendo a doutrina, bem como a jurisprudência adequar-se não só principiologicamente, mas de fato na aplicação dos casos concretos.

¹¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 32.

3.4 DANO MORAL E O SISTEMA *COMMON LAW*

Convencionou-se dizer que a *Common Law* se constrói basicamente a partir de fatos concretos, ou seja, de experiências vivenciadas, de forma que a evolução das regras e critérios de aplicação dos *punitive damages*.

A referida regra determina que o precedente, isto é, uma única ou várias decisões de uma *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados e constitui a principal fonte de Direito, embora existam leis e normas que também o integram.¹¹²

O instituto do *punitive damage* apresentam sua origem no direito inglês no século XIII no Estatuto de Gloucester de 1278.¹¹³

Deste modo, a primeira previsão de indenização múltipla no direito anglo-saxônico foi o *Statute of Gloucester*, da Inglaterra, que data de 1278, sendo esta a raiz de uma tradição que veio a ser especialmente desenvolvida no Século XVIII quando se criou a doutrina do *exemplar damages*, como um meio a justificar a atribuição de indenização ante a inexistência de prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais.¹¹⁴

A terminologia adotada doutrinariamente percebeu diversas hipóteses, conforme elucida Leandro Fernandez:

[...] A expressão “punitive damages”, oriunda dos países de *Common Law*, tem sido traduzida para o português de diversas maneiras. Uma delas é “danos punitivos”, fórmula que, como denuncia SALOMÃO RESEDÁ, é flagrantemente equivocada, tendendo a indicar que o “ordenamento estaria imprimindo um peso ainda maior ao sofrimento da vítima, na medida em que sobre ela incidiria uma punição pelo dano experimentado”. Há quem opte, então, por empregar o termo “indenização punitiva”, a exemplo de ANDRÉ GUSTAVO DE ANDRADE. A fragilidade da alternativa, entretanto, reside em sua raiz linguística, “indemnis”, que significa retirar ou afastar o dano, ou, dito de outro modo, reparar, noção que não se coaduna com a ideia de aplicação de uma punição. Partindo do fundamento diverso, prefere RESEDÁ valer-se da expressão “teoria do desestímulo”, sob o argumento de que o que prepondera em condenações dessa espécie é o “caráter desestimulador do instituto”, e não propriamente uma intenção punitiva. Há, ainda, quem utilize a expressão “sanção extraordinária” [...] ¹¹⁵

¹¹² SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law* – introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.40.

¹¹³ SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andrea Moraes; CALDAS, Andrea Gouthier. **Dano moral e punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 58.

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, Jan./Mar. 2005. p. 239.

¹¹⁵ FERNANDEZ, Leandro. **Dumping social**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 138.

Tem-se, ainda, a apresentação da divergência da nomenclatura de tal instituto entre os países *Common Law*, os quais aplicam os *punitive damages* desde 1763, sendo denominados pela doutrina também de *vindictive damages*, *treble damages*, *punitive damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *smart money*.¹¹⁶

Além da fixação de um quantum com o fim de compensar o prejuízo sofrido, ao aplicar o *punitive damages*, os quais expressam de vultosas quantias em dinheiro, o Estado visa também demonstrar que determinadas condutas são mais censuráveis e, portanto, não aceitas no ordenamento jurídico. Com isso, a concessão dos *punitives*, está consubstanciada a no caráter preventivo eis que se pretende evitar condutas a praticada de condutas semelhantes.¹¹⁷

A indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, elucidando a ideia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral, a qual pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, responderia a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico.¹¹⁸

Tem-se, então que os *punitive damages* consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, ao ser aplicado dentro do caso concreto a fim de persuadir o agressor de cometer novos ilícitos.¹¹⁹ "

Deste modo, a teoria dos *punitive damages* enfatiza no ordenamento jurídico a função punitiva da responsabilidade civil e, que a sanção punitiva figura para a sociedade como um símbolo de respeito à dignidade humana, bem como de proteção contra abusos de poder, coibindo condutas consideradas intoleráveis, humilhantes, vexatórias, para os padrões morais vivenciados corriqueiramente.¹²⁰

¹¹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os Punitive Damages na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 3.

¹¹⁷ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 50.

¹¹⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. Cit. p. 2.

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Op. Cit. p. 16.

¹²⁰ VAZ, Caroline. Op. Cit. p. 54.

Acerca da finalidade do instituto do *punitive damage*, Pedro Ricardo e Serpa, aduz que:

[...] ao contrário dos compensatory damages, que se destinam a compensar a vítima pelo prejuízo suportado, as punitive damages visam a, primordialmente, punir o ofensor pelo ilícito cometido e desestimular o ofensor em especial, e a Sociedade em geral, do cometimento de semelhantes ilícitos no futuro.¹²¹

Surgiu na Inglaterra a concepção de que a indenização múltipla, inspirada pelo direito romano, compensaria o prejuízo intangível sofrido pelo lesado e puniria a conduta ilícita do ofensor, presente assim a figura do *action of waste*, cujo objetivo duplo era indenizar o inquilino de terra e, recuperar a propriedade imobiliária, em razão de um dano havido nela, sendo este o principal exemplo da fonte histórica do *punitive damage*, o qual era aplicado no julgamento das *tort actions*.¹²²

Ultrapassada os conceitos teóricos, cumpre salientar a existência de casos célebres e emblemáticos, sendo considerado o caso *Wilkes v. Wood*, ocorrido na Inglaterra em 1763, a primeira aplicação da doutrina dos *punitive damages*.¹²³

Sobre tal caso, André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 179) elucida:

O n. 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. Em consequência, Lord Halifax, Secretário de Estado do Rei, determinou a expedição de mandado genérico (general warrant), autorizando a prisão dos suspeitos de envolvimento na publicação do artigo, sem identificá-los nominalmente. Foram presas 49 pessoas, dentre as quais o autor do artigo, John Wilkes, inflamado membro da oposição no Parlamento. Mensageiros do Rei invadiram e reviraram a casa de Wilkes, forçando gavetas e apreendendo livros e papéis privados, sem inventariá-los. Wilkes, então, ajuizou uma action for trespass contra Mr. Wood, sub-secretário de Estado, que havia pessoalmente supervisionado a execução do mandado. Demandou exemplary damages, ao argumento de que uma indenização de reduzido valor não seria suficiente para impedir a prática de condutas semelhantes. O júri estabeleceu a soma, considerável para a época, de £1000 (mil libras) a título de punitive damages.¹²⁴

Complementando a exposição de tal caso emblemático, Caroline Vaz aponta que:

[...] no processo *Wilkes v. Wood*, (...) os funcionários do Rei George III arrombaram e fizeram buscas ilegais na residência, sem qualquer mandado

¹²¹ SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo De São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 36.

¹²² GRUTES DA SILVA, Rômulo Limeira. **Punitive damages e Dano Moral Punitivo: um Estudo Comparado com o Modelo Norte-americano**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcirspdeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/RomuloLimeiraGrutesdaSilva.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.

¹²³ SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andrea Moraes; CALDAS, Andrea Gouthier. Op. Cit. p. 68.

¹²⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. Cit. p. 179.

judicial. (...) o lesado era um tipógrafo que tornava públicas as suas opiniões desfavoráveis ao Rei George III, através da publicação de seus artigos. A imposição dos *punitive damages* foi justificada como forma de punir os funcionários do Rei e também para impedir que eles voltassem a violar os direitos dos cidadãos.¹²⁵

Posteriormente, e no mesmo seguimento, surgiu o caso *Huckle v. Money*, tendo este ajuizado uma *action for trespass, assault and imprisonment*, por ter ficado recluso por período aproximado de seis horas. O júri considerou não apenas o dano pessoal, mas, a ofensa a liberdade individual e o fato em vista da sociedade e, julgou por estabelecer *exemplar damage* em favor do tipógrafo Huckle o montante de 300 libras, apesar de conhecer o valor muitas vezes superior ao salário da vítima em detrimento do ato dos policiais.¹²⁶

O advento teórico do *punitive damage* ultrapassou sua aplicação inglesa, vez que este, pouco tempo depois de seu advento, passou a tomar guarida no direito norte-americano, o qual, em razão de sua colonização, seguiu o modelo inglês. Os primeiros e mais citados precedentes foram o caso Genay x Norris, em 1784, e o caso Coryell x Coubaugh, em 1791.¹²⁷

A título de elucidação, acerca dos primeiros casos emblemáticos americanos, André Gustavo Corrêa de Andrade, expõe que:

Acerca do caso Genay v. Norris, ocorrido em 1784, denota-se de que autor e réu haviam concordado em resolver uma disputa em duelo com pistolas, porém antes do duelo, 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 (*sic*) empregados com motivação compensatória.¹²⁸

A aplicação doutrinária foi sendo largamente desenvolvida nas cortes norte-americanas, tendo como pressuposto lógico de que tão só reparação do dano, no mais das vezes, não perfaz uma solução jurídica satisfatória, adequada, vez que não atende ao sentimento médio de Justiça, assim a função reparatória é voltada para o passado, ocupa-se de um fato já ocorrido.¹²⁹

¹²⁵ VAZ, Caroline. Op. Cit. p. 43-44.

¹²⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. Cit. p. 183.

¹²⁷ FERNANDEZ, Leandro. Op. Cit. p. 147.

¹²⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. Cit. p. 180.

¹²⁹ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012. p. 159.

Com efeito, é apenas em 1964 com o caso *Rookes v. Barnard* que são traçados os limites e as funções do instituto na Inglaterra. Estabelecem três hipóteses de concessão de indenizações punitivas (*categories test*): a) condutas opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais de servidores do governo; b) condutas lesivas cujos custos eventuais das indenizações sejam inferiores ao lucro que delas pode resultar para o ofensor; d) quando expressamente previsto em lei.¹³⁰

Com o fito de atender os contemporâneos e difíceis conflitos sociais, a adoção e aplicação das três funções da responsabilidade civil provocaram um redimensionamento da matéria, estampando a gravidade do problema de quem sofre um dano imaterial e, conseqüentemente desenvolvendo o entendimento inovador de reparação destes danos como direito fundamental. Assim, reparar, punir e prevenir passam a ser o centro da irreparabilidade promovida.

Tem-se então que o instituto se desenvolveu devido às inúmeras demandas, principalmente, em casos que geraram danos decorrentes de acidentes de consumo, os chamados *products liability* (responsabilidade pelo fato do produto), *defamation* (difamação), *medical malpractice* (erro médico), *transportation injuries* (acidentes de trânsito), *intentional torts* (casos variados de ilícitos intencionais), *liability of the professional* (casos de responsabilidade de profissionais em geral), *fraud or misrepresentation* (fraude), *invasion of privacy* (invasão de privacidade), *sexual harassment* (assédio sexual).¹³¹

Para a concretização da função punitiva, estabeleceram-se requisitos, além dos pressupostos da responsabilidade civil, sendo o primeiro pressuposto especial a ocorrência do dano imaterial, consubstanciado à ofensa a direitos de personalidade. O segundo pressuposto especial é a culpa grave do ofensor, ressaltado aqui a inobservância do dever mínimo de cuidado dos atos e omissões cometidos por este. E, o terceiro pressuposto especial é a obtenção de lucro com o ato ilícito, sendo tal pressuposto autorizador da aplicação da função punitiva, ainda que independentemente da ocorrência de culpa grave.¹³²

¹³⁰ SANTANNA, Danilo Barbosa de. **Um breve ensaio sobre a evolução dos punitive damages nos países do Common Law e sua correspondência no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília -DF, 29 maio 2014.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48285&seo=1>> Acesso em: 17 ago. 2018.

¹³¹ CORRÊA DE ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral e indenização punitiva: Os Punitive Damages na experiência do Common Law e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 189-196.

¹³² LUTZKY, Daniela Courtes. Op. Cit. p. 163.

Contudo, mesmo ante ao aprimoramento de tal teoria, até 1976, por vezes os tribunais norte-americanos deixaram de aplicar os *punitive damages* em suas decisões, principalmente quando tratava-se de responsabilidade Civil objetiva ou, como denomina-se naquele país *strict liability*.

Em relação a aplicação dos *putinive demanges* aos casos onde se constitui a responsabilidade objetiva, os tribunais norte-americanos vêm entendendo que as prestações punitivas devem ser utilizadas quando houver a colocação no mercado de produtos perigosos ou defeituosos, pelos produtores que conhecem tais vícios ou não fazem os testes de segurança, demonstrando, assim, flagrante indiferença pela segurança, saúde ou bem-estar dos consumidores.¹³³

Percebe-se, então, que nas situações as quais à responsabilidade Civil objetiva podem ser acrescidas as funções punitivas e dissuasórias são, tão-somente, aqueles casos em que, apesar de ser conhecedor do risco que o produto oferece à sociedade, o produtor mostra-se indiferente ao resultado, não tomando qualquer atitude no sentido de evitar um dano que seria evitável.

Deste modo, os *punitive damages* incidiram a tutela do direito à vida e à integridade física vez que as indenizações judiciais compensatórias e as prescrições legais sobre segurança dos produtos e serviços não se mostraram satisfatórias para regular os procedimentos de mercado e convencer os agentes a operarem em conformidade.¹³⁴

Tem-se, então, que a aplicação dos *punitive demanges*, de ordem prática, enaltece a responsabilidade de quem cometeu algum ato que venha ofender direitos da personalidade, aplicando a estes, indenizações que causem reflexos patrimoniais, justificando o caráter repressivo face aos valores arbitrados em tais indenizações, vez que na grande maioria das vezes, estas representam altos valores monetários, a fim de que novas práticas sejam repreendidas.

4 A TEORIA DO VALOR DE DESESTÍMULO (*PUNITIVES DEMAGES*) NA DOUTRINA BRASILEIRA

¹³³ VAZ, Caroline. Op. Cit. p. 54-55.

¹³⁴ Ibid. p. 58.

Como mencionado anteriormente, a natureza dos danos morais se divide em um duplo caráter, sendo o primeiro o de reparação, onde este é o caráter da vítima que sofreu uma afronta ao seu patrimônio imaterial, devendo esta ter a reparação do prejuízo que sofreu. Em segundo, o dano moral tem o caráter de punição ao causador do dano, também servindo de desestímulo. Ficando reconhecido o nexo causal entre a conduta do autor com os danos sofridos pela vítima, deve-se o juiz fixar o valor da indenização a ser paga para a parte lesada, caracterizando esta indenização em punição, a fim de coibir o agressor de novas práticas.

4.1 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

A teoria do desestímulo, a qual também é conhecida como *punitive damages*, se constitui em razão de uma aplicação de punição ao autor do fato danoso, onde os julgadores, depois que fixar o montante suficiente para compensar a vítima pelo dano moral, fixam também uma pena civil que atue como uma forma de inibir a reiteração desta conduta, sendo esta teoria desenvolvida e muito utilizada nos países que utilizam o sistema da *Common Law*.

Ao tratar dos *punitive damages*, tem-se que neste não se discute e nem faz menção somente aos danos punitivos da vítima, mas também à conduta reprovável que o lesante ocasionou ao ferimento ao patrimônio não material da vítima, que causou a esta uma grande afronta à sua honra e dignidade.

No que tange a aplicação da pena civil e a teoria dos *punitive damages*, Nelson Rosenvald elucida o seguinte posicionamento:

No que pertine os *punitive damages* – modelo jurídico celebrado na experiência estadunidense -, eventual pena Civil fixada pelo magistrado em razão de ilícitos aquilianos, não se restringirá a atender interesses particulares da vítima. Muito pelo contrário, para além de uma mera lesão a uma obrigação pré-constituída, a finalidade primária da pena Civil é preventiva e dissuasiva, objetivando tutelar o interesse geral de evitar que o potencial ofensor pratique qualquer comportamento de perigo social. Isso é, o interesse do particular só será relevante enquanto coincidir com o interesse público de intimidar uma pessoa natural ou jurídica, por media de desestímulo, a adotar um comportamento que não coloque em risco interesses supraindividuais.¹³⁵

Tem-se, então que os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária, tendo como finalidade deter o ofensor, a fim de que este

¹³⁵ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas., 2013. p. 44.

venha reiter condutas similares no futuro, e ainda desestimular terceiros a se engajarem desta maneira.

Cumpre ressaltar que os *punitive damages* possuem grande importância em litígios de reponsabilidade civil. Tradicionalmente, entretanto, eles não são concedidos em ações contratuais, não importa o quão malicioso foi o inadimplemento. Entretanto, se a violação do contrato for acompanhada de conduta maliciosa autônoma, os *punitive damages* estarão presentes.¹³⁶

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves, aduz:

É preciso considerar as diferenças decorrentes das condições econômicas, raízes históricas e dos costumes, bem como o conteúdo e os limites dos poderes de que acham investidos os seus juízes e ainda o sistema de seguros dos Estados Unidos da América do Norte. Diversamente do direito norte americano, inspira-se o nosso sistema jurídico na supremacia do direito legislativo, expressa no preceito constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.¹³⁷

Denota-se, então que a teoria dos *punitive demanges*, possuem um conceito ampliado no que tange a aplicação dos danos morais, bem como na formação de seu *quantum* indenizatório, vez que seu caráter desestimulador confere elevação do valor arbitrado.

Adotada a reparação pecuniária, tem-se que na prática, vem sendo cristalizada a orientação da jurisprudência nacional que, desde um longo tempo, remonta o cenário indenizatório nos direitos norte-americanos e ingleses. É a da fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive* ou *exemplar damages* da jurisprudência daqueles países.

Neste sentido, Carlos Alberto Bittar, discorre a favor da aplicação da teoria do desestímulo no sistema Jurídico Brasileiro, *verbis*:

Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido.¹³⁸

¹³⁶ IBID. p. 143.

¹³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. p. 379.

¹³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**: Teoria e Prática. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 201.

Em consonância com tal posicionamento, Caio Mário da Silva Pereira, ressalta que na indenização por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas causas:

I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém por meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material (Mazeaud e Mazeaud, op. cit., nº 419; Alfredo Minozzi, *Danno non patrimoniale*, nº 66) o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança (Von Tuhr, *Partie Générale Du Code Federal des Obligations*, I, § 106, apud Sílvia Rodrigues, In: loc. Cit.). A isso é de acrescentar que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima.¹³⁹

Assim, o fulcro do conceito compensatório encontra-se deslocado para a convergência de duas forças, sendo o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou e o caráter ressarcitório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione uma compensação em contrapartida pelo mal sofrido.¹⁴⁰

Na valorização da prática da teoria do desestímulo, denota-se, que a responsabilidade civil possui uma dupla função, sendo esta de garantir o direito da vítima, bem como servir como sanção civil em desfavor do responsável.

Neste sentido, se faz necessário que o ofendido tenha a garantia legal de que ocorrerá a reparação do dano, consequência da segurança jurídica que deve existir na relação de consumo, bem como nas demais relações, e além disso, detona-se que a responsabilidade civil deve impor uma sanção ao causador do prejuízo, a qual será estabelecida de modo a evitar novas práticas da conduta lesiva.¹⁴¹

No que tange a dupla face da indenização do dano moral, temos a interpretação de Sérgio Cavalieri Filho, *verbis*:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à restituição 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. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito - compensação -, que, além de diverso do ressarcimento, baseia-se naquilo

¹³⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 338

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. Cit. p. 339.

¹⁴¹ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 112.

que Ripert chamava 'substituição do prazer, que desaparece, por um novo'. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.¹⁴²

A respeito da dupla função nas condenações por dano moral, Carlos Dias Motta discorre da seguinte forma:

Na verdade, não há o que falar em equivalência entre o dinheiro proveniente da indenização e o dano sofrido, pois não se pode avaliar o sentimento humano. Não se afigura possível, então, a reparação propriamente dita do dano, com o retorno ao statu quo ante e com a restitutio in integrum. Na impossibilidade de reparação equivalente, compensa-se o dano moral com determinada quantia pecuniária, que funciona como lenitivo e forma alternativa para que o sofrimento possa ser atenuado com as comodidades e os prazeres que o dinheiro pode proporcionar. A par disso, a condenação pecuniária também tem natureza punitiva, sancionando o causador do dano. Como corolário da sanção, surge ainda a função preventiva da indenização, pois esta deverá ser dimensionada de tal forma a desestimular o ofensor à repetição do ato ilícito e conduzi-lo a ser mais cuidadoso no futuro.¹⁴³ (MOTTA, 1999, p. 74).

Tem-se, então que a reparação, embora nem sempre indenize, integralmente, os prejuízos morais ou extrapatrimoniais, esparge efeitos sancionatórios, compensatórios e pedagógicos, causando uma satisfação ao lesado, previne a reincidência do lesante e a prática de ato ilícito por outrem.¹⁴⁴

No entanto, vale ressaltar que a compensação do dano moral, serve, tão-somente para entregar a vítima uma prestação pecuniária ante ao seu abalo sofrido, visto que o dano moral em si, não tem o condão de retornar ao ofendido o *status que ante*, ou seja, a vítima sempre levará seu abalo guardado intrinsecamente.

Em contra partida, cumpre destacar entendimentos não tão receptivos aos mencionados anteriormente, dentre eles, o de Clayton Reis, que, embora admita que no Brasil tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm se inclinado na direção de adotar o binômio compensação-punição quando da definição dos valores indenizatórios, assevera a incompatibilidade entre esses princípios é notória, considerando que cada um deles desempenha funções distintas e, ainda, que os

¹⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit. p. 96.

¹⁴³ MOTTA, Carlos Dias. **Dano moral por abalo indevido de crédito**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999. p. 74.

¹⁴⁴ SILVA, Roberto de Abreu e. **A Falta contra a legalidade constitucional**: hermenêutica da responsabilidade civil proveniente de danos injustos materiais e morais, em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 75.

princípios punitivo e preventivo não se encontram expressamente previstos em nosso ordenamento jurídico.¹⁴⁵

Por outro lado, para que se verifique a amplitude do caráter punitivo da reparação pelo dano moral na jurisprudência brasileira, se faz necessário que dois critérios sejam levados em consideração, sendo, de um lado, a gradação da culpa e, de outro, o nível econômico do ofensor, eis que, haverá, de fato, verdadeira punição se se arbitrar a reparação do dano considerando-se não o que se fez, mas quem o praticou.

Contudo, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullun crimen, nulla poena sine lege*; além disso, em sede Civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescrita ao imputado no juízo criminal.¹⁴⁶

No tocante a considerar a aplicação dos *punitive damages*, como apresentado pela doutrinadora supra, não há de se falar sua aplicabilidade sem vislumbrar a graduação da culpa e o nível econômico do lesante. Sendo que uma aplicação de um quantum indenizatório a uma pessoa que tem uma renda muito baixa, não faz jus ao caráter de punição, pois, se este lesante não tem condições de pagar tal valor, qual seria a razão de tal parâmetro de aplicação da indenização.

É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quando no Direito Ambiental, contudo nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar aos danos punitivos como hoje é conhecido, por que o valor a maior da indenização, a ser pago “punitivamente”, não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema.¹⁴⁷

Extrai-se de tal posicionamento, que o caráter punitivo do dano, não deve ser revertido ao ofendido, mas sim ao estado, sendo que este deverá ser aplicado como previsto na lei que regulamenta a Ação Civil Pública, podendo ser revertido no

¹⁴⁵ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 273.

¹⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2009. p. 259-260.

¹⁴⁷ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**: Código Comentado e Jurisprudência. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 263.

acompanhamento de vítimas de diversos crimes previstos na legislação brasileira, bem como para campanhas educativas para prevenir acidentes de trânsito e assistência a vítimas, sendo o quantum revertido á várias classes sociais como benefício da punição.

Neste sentido, elucida Carlos Roberto Gonçalves, *verbis*:

A adoção do critério das punitive damages no Brasil somente se justificaria se estivesse regulamentado em lei, com a fixação de sanção mínima e máxima, revertendo ao estado o quantum da pena. Há até quem preconize, para a hipótese que a lei vir a atribuir caráter punitivo autônomo ao dano moral, a criação de um fundo semelhante ao previsto na lei que regulamenta a ação Civil pública nos casos de danos ambientais, destinado a promover campanhas educativas para prevenir acidentes de trânsito, a dar assistência às vítimas etc. [...] ¹⁴⁸.

Mesmo com esta aplicação e a tentativa de que não haja novas condutas danosas praticadas pelo mesmo lesante que foi condenado ao pagamento de indenizações, temos posicionamentos contrários à aplicação da teoria do desestímulo, elucidando que no ordenamento jurídico pátrio não há previsão da aplicação do caráter punitivo, sendo que tal teoria seria uma afronta ao art. 944 do Código Civil que dispõe que a indenização se mede pela extensão do dano.

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior, que defende que:

[...] em nosso sistema de garantias constitucionais, somente podem ser criadas e aplicadas por força de lei. Se não existe lei alguma que tenha previsto pena Civil ou criminal para o dano moral em si mesmo, ofende à Constituição a sentença que exacerbar a indenização, além dos limites usuais, sob o falso e injurídico argumento de que é preciso punir o agente exemplarmente, para desestimulá-lo de reiterar em semelhante prática. ¹⁴⁹

Tem-se, deste modo, que na sistemática do Código Civil Brasileiro, a função da responsabilidade civil por dano moral é sempre compensatória e reparatória, não se lhe podendo atribuir uma função punitiva. ¹⁵⁰

Assim, destaca-se que a ênfase que vem sendo conferida à função punitiva do dano moral deveria ser feita com cautela, para não ensejar confusões com a indenização punitiva da *Common Law*, em razão desta ser incompatível com a tradição jurídica brasileira, bem como carente de respaldo legal. ¹⁵¹

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. p. 381.

¹⁴⁹ THEODORO Jr., Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 14.

¹⁵⁰ LIMA, Taisa Maria Macena de. **Direito à reparação civil do nascituro por morte do genitor em acidente de trabalho**: dano moral e personalidade do nascituro. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades IV: teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 343-375.

¹⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 273.

Verifica-se, então a existência de controvérsias doutrinárias sobre a aplicação do caráter punitivo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando, assim, não somente um enriquecimento do debate jurídico sobre o tema, propiciando também avanços no que tange a aplicação de fato da responsabilidade civil pátria.

4.2 O CARÁTER PUNITIVO DO DANO MORAL E A VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

A aplicação dos danos morais punitivos levanta a seguinte questão: se a fixação do quantum indenizatório com caráter punitivo gera em sua decorrência, um alto valor de indenização, os indivíduos que buscam através de ações no judiciário, passam a aproveitar deste instituto para se beneficiar e assim gerando um enriquecimento ilícito.

Sobre enriquecimento ilícito, assim dispõe Limongi França, senão vejamos:

Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico.¹⁵²

Trata-se, então, de inovação da atual legislação, ocorrida pelo advento do Código Civil de 2002, eis que não estava prevista no Código revogado de 1916. A sua base está no princípio da eticidade, vez que o que se busca é o equilíbrio patrimonial, bem como a pacificação social. Desse modo, o enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional, ao mesmo tempo em que a sua vedação decorre dos princípios da função social das obrigações e da boa-fé objetiva.¹⁵³

É de conhecimento notório que o poder judiciário brasileiro está passando por uma crise, onde todos os dias, inúmeras ações são distribuídas, causando um grande acúmulo de demandas ativas, somando-se, ainda, com a falta de servidores e magistrados, ferindo o princípio da celeridade processual com previsão na Constituição Federal de 1988.

¹⁵² FRANÇA, R. Limongi. **Enriquecimento sem Causa**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 61.

¹⁵³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Método, v. 2, 2014. p. 33, 34

Deste modo, deve-se observar que os inúmeros pedidos de indenização geraram um reflexo negativo no Judiciário, em razão do acúmulo de processos serem incompatíveis com o número de magistrados, que é insuficiente para o julgamento das demandas, gerando assim a morosidade no julgamento de outras demandas que são mais urgentes, denotando-se, assim a banalização do instituto de reparação por danos morais, pois aventureiros jurídicos buscam a tutela jurisdicional pleiteando indenizações infundadas.¹⁵⁴

Havendo também no judiciário brasileiro, ações de danos morais em que os autores buscam em tese um enriquecimento ilícito através das indenizações atribuídas a parte, mesmo que em nosso ordenamento jurídico a indenização a parte lesada tem o caráter compensatório, o enriquecimento ilícito está previsto no Código Civil, em seu artigo 884 onde nos diz que “Aquela que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Assim, a pessoa física ou jurídica que enriquecer sem justa causa, em razão de negócio jurídico realizado, dará ensejo ao lesado a ajuizar ação visando à restituição do valor recebido indevidamente, atualizado monetariamente.”¹⁵⁵

Os postulantes de má-fé têm visto o judiciário como uma forma de ganhar dinheiro, onde novamente vemos que para a caracterização dos danos morais, deve ser uma caracterização intensa para justificar a reparação, mostrando-se intensamente reprovável tal conduta.

Vale ressaltar que no ordenamento jurídico norte-americano, integrante da *Common Law*, tem-se um enorme risco com a aplicação da doutrina dos *punitive damages*, pois se houver postulantes de má-fé, e na sentença onde fixar o quantum indenizatório o juiz arbitrar um valor muito alto, podendo, assim, caracterizar o enriquecimento sem causa à vítima de má-fé, e ao suposto autor do fato danoso acarretará a uma diminuição considerável em seu patrimônio, uma vez que, se este autor tiver maior patrimônio será maior ainda o valor da indenização.

Acerca da sua aplicação no direito brasileiro, deve-se lembrar de que a teoria do desestímulo, como já dito, é um instituto que o lesante da conduta que gera

¹⁵⁴ FADUL, Tatiana Cavalcante. **A indústria do dano moral**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081014174930300&mode=print.> Acesso em 01.set.2018.

¹⁵⁵ CARVALHO, Pedro Luso de. **Do enriquecimento sem causa**. Disponível em : <<http://pedroluso.blogspot.com/2007/11/do-enriquecimento-sem-causa.html>.> Acesso em 30 ago. 2018.

o dano moral, terá arbitrado pelo Juiz, uma indenização que será de caráter compensatório a vítima, cumulada com um aumento do valor em caráter de punição e de desestímulo, ficando responsável pelo ressarcimento ou compensação de tal conduta. Servindo também, tal teoria, em seu título de punição a não repetição da conduta, como exemplo social para que a reiteração da conduta danosa não mais ocorra, e não dando ensejo a conduta similar ou diversa da ocorrida.

Com o pagamento da indenização a vítima, o autor danoso, terá uma diminuição em seu patrimônio, e assim esta diminuição em forma de indenização não é diretamente uma perda específica, caracterizando assim, em uma prevenção a não reiteração da conduta, além de desestimular outros possíveis lesantes.

Neste sentido, Fabio Ulhoa Coelho aduz:

O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização, com o sentido de sancionar condutas específicas reprováveis. Como o próprio nos indica, é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos.¹⁵⁶

O quantum indenizatório através da teoria do desestímulo é uma pena civil, podendo se tornar uma teoria que combate as possíveis reiterações nos danos morais. Contudo, o lesante tendo em seu patrimônio, uma considerável diminuição, pensará muito bem antes mesmo de realizar uma ofensa considerável à outra possível vítima, frisando, ainda que a aplicação da pena civil, após a condenação do lesante, o quantum indenizatório punitivo é revertido em prol da vítima.

Em relação ao arbitramento de indenizações com seu valor muito alto, podemos dizer que esta punição sem dúvida, caracteriza para vítima um enriquecimento ilícito, deixando este valor de ser compensatório.

Contudo, há na sociedade, inúmeras instituições, hospitais e ONGs que, devido à falta de assistência governamental, sofrem com a falta de materiais básicos, equipamentos e funcionários. Assim a aplicação da teoria desestímulo passa a se tornar muito viável se o caráter desestimulador, ou seja, os altos valores indenizatórios forem encaminhados para entidades públicas e privadas.

Com a reversão da aplicação da verba indenizatória, esta deixa de ser enriquecimento ilícito porque não mais será repassada a vítima o total do quantum indenizatório e sim parcial, sendo devido à vítima receber somente aquele valor que será fixado para sanar os danos sofridos e não o de caráter punitivo.

¹⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.2. p. 432.

Tem-se, deste modo, que o magistrado no momento da prolação da sentença, dividiu o quantum em dois montantes, fixando o valor total e logo após fixar o valor de cada um destes, o da vítima em um valor que sana os danos sofridos e o de caráter punitivo que pune e desestimula outras possíveis lesões.

4.3 AS RELAÇÕES PRÁTICAS DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO BRASIL EM OBSERVÂNCIA A TEORIA DO DESESTÍMULO

Como visto anteriormente, embora não seja o instituto amplamente aceito pela doutrina brasileira, existindo ainda resistência quanto a sua aplicação por não estar materializado, observa-se a intenção em se aplicar o binômio punição e compensação, advindos dos *punitive damages*.

Ainda que a questão seja polêmica, procuraram os julgadores, quando da apreciação ao caso concreto, inibir novas práticas delitivas reprovando a conduta do agente delitivo. Conclui-se para tanto, seja mais correto dizer que a forma protetiva do *neminem laedere*, amolda-se pelo seu caráter misto: sancionatório e reparador.¹⁵⁷

A jurisprudência, pátria, no entanto, apresenta uma posição mais acolhedora no que tange a aplicação do caráter punitivo ao dano moral, sendo este observado em inúmeros julgados.

O Supremo Tribunal Federal já mencionou a função punitiva, destacando a sua importância, no entendimento de que a indenização deve contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo assim, sua conduta antijurídica. O caso em questão aduzia sobre a responsabilidade objetiva da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso, mantenedora do Hospital Universitário Julio Müller, responde objetivamente pelos danos resultantes de ato cirúrgico sofridos pelo autor. O STF, aduz sobre a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (*punitive damages*), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial.¹⁵⁸

¹⁵⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil** – Doutrina e Jurisprudência. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 159.

¹⁵⁸ Supremo Tribunal Federal – AI: 455864 RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 11/10/2004. Data de Publicação: DJ 21/10/2004.

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, demonstra a inclinação da Corte em adotar a Teoria do Valor do Desestímulo, com as adaptações que observam os princípios e regras constitucionais e legais aplicáveis ao Direito Brasileiro.

A título de exemplificação de como o STJ trata o dano punitivo em suas decisões, a Relatora, Ministra Maria Isabel Gallotti, no julgamento do REsp: 1440721/GO em outubro de 2016, considerou o valor de R\$ 250.000,00 a título de danos morais adequado ao caso concreto, que ao publicar uma biografia sem autorização, vinculou notícias falsas como se verdadeiras fossem ofendendo a honra do lesado. Na oportunidade, a Ministra Relatora atribuiu ao dano moral o caráter punitivo, a fim de dissuadir o ofensor a praticar de novos crimes, considerando razoável o valor aplicado, sem ensejar o enriquecimento ilícito, vez que a veiculação nacional das notícias falsas na biografia, por si só relevam o dano moral sofrido.¹⁵⁹

Em caso semelhante, também de veiculação de matéria jornalística falsa, em revista de circulação nacional, aduzindo a pessoa ofendida acusações de comento de crime, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, ao julgar o REsp: 997479/SP em setembro de 2010, majorou os danos morais para R\$ 300.000,00, a fim de punir os veiculadores de tal notícia ante a gravidade das acusações levianas, ocasionando abalo a honra e a imagem.¹⁶⁰

Já no julgamento do REsp 839.923/MG, o Relator, Ministro Raul Araújo, aplicou o caráter punitivo-pedagógico conjuntamente com o caráter compensatório, a fim de majorara indenização por danos morais para R\$ 50.000,00, a serem pagos por cada um dos réus, ante a prática de atos violentos destes contra a vítima, que foi brutalmente espancada, em razão de uma colisão traseira de veículo. Na oportunidade, o ministro aduziu sobre o comportamento reprovável dos autores, como a razão da majoração dos danos morais, aplicando uma sanção punitiva aos ofensores, vez que o acidente narrado no caso concreto é recorrente e comum na vida diária, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra, ainda mais, a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio de

¹⁵⁹ Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1440721 GO 2014/0050110-0, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 11/10/2016, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 11/11/2016.

¹⁶⁰ Superior Tribunal de Justiça - REsp: 997479 SP 2007/0243255-6, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 28/09/2010, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 23/11/2010.

força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida.¹⁶¹

No que tange ao caráter punitivo da indenização por dano moral, a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1.171.826/RS, aduz que esta serve justamente para coibir novas falhas. No caso concreto, apresentado em tal julgamento, a relatora majorou os danos morais para os autores, para o montante de R\$ 279.000,00 para cada um dos ofendidos, em razão da desproporcionalidade dos valores anteriormente aplicados, com o real sofrimento destes, que perderam entes (no caso, mãe/esposa, irmã/filha), em razão queda de fio elétrico.¹⁶²

Nota-se, então, dos julgados apresentados que a manutenção ou majoração da condenação, foram consideradas as circunstâncias do caso concreto, sopesadas a gravidade do ato ilícito e do dano causado, as condições econômicas das partes envolvidas e o grau de reprovabilidade da conduta.

Assim, vale ressaltar, que o dano moral em si não se repara, eis que seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

Tem-se então que al se tratar de dano moral, a Justiça apresenta valores pecuniários capazes de amenizar ou até mesmo de compensar as vítimas ante ao dano sofrido.

Contudo, casos onde o STJ enfrenta a questão da quantificação do dano, mantendo, ou até mesmo majorando indenização por danos morais, em valores considerados altos, são considerados raros, vez que estes não possuem um número expressivo de julgamentos semelhantes.

Constata-se, ainda, em dissonância com os casos narrados alhures, que, em alguns julgados, denotam-se quanto à impossibilidade de aplicação do instituto da indenização punitiva, baseando, tais decisões no fundamento de que a aplicação irrestrita dos *punitive damages* encontra óbice no ordenamento jurídico pátrio, especificamente no art. 884 do CC/2002, que veda o enriquecimento sem causa, o

¹⁶¹ Superior Tribunal de Justiça. REsp 839.923/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/5/2012, DJe de 21/5/2012.

¹⁶² Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.171.826/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/05/2011, DJe 27/05/2011.

qual pode ser observado através do julgamento do REsp 210.101/PR, de relatoria do Ministro Carlos Fernando Mathias.¹⁶³

Todavia, é possível notar que em todos os casos aqui narrados, os Ministros Relatores mencionam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como razão de alteração do quantum fixado, seja para majoração, minoração ou até mesmo a manutenção deste, ressalvando aqui, que a aplicação de tais critérios, serão expostas no próximo capítulo.

Dessa forma, não obstante aos fundamentos expostos, denota-se que na prática, a jurisprudência reconhece a função punitiva do dano moral, mas tal reconhecimento não guarda relação aos valores arbitrados a título de danos morais, visto que são raros os casos concretos em que as condenações apresentam *quantum* considerados expressivos para indenizações, não conferindo o caráter punitivo as decisões prolatadas.

Veja-se, que das decisões transcritas, o empecilho que se têm na configuração de indenizações em altos valores, é, justamente, a vedação ao enriquecimento ilícito, contudo, como explanado em tópico pertinente, há formas de se aplicar, sem que haja óbice ao ordenamento jurídico pátrio, o caráter punitivo ao dano moral, conferindo a parte o *quantum* necessário ao suprimento de sua dor, transferindo a punição em si, em um caráter social, atendendo a coletividade, vez que ao aplicar valores considerados altos, tem-se uma redução nas práticas ilícitas, contudo, deve-se, sempre, ser observados os casos concretos trazidos aos judiciário, a fim de evitar o cometimento de injustiças, independentemente de quem está figurando como polo ativo ou passivo nas demandas.

5 A POSTURA DOS TRIBUNAIS

5.1 OS PRINCÍPIOS RELATIVOS À VALORAÇÃO DO DANO MORAL

Conforme se demonstrou até aqui, é plenamente válida e correta a aplicação do dano moral, contudo, não restou dúvidas de que o problema mais sério suscitado

¹⁶³ Superior Tribunal de Justiça. REsp 210.101/PR, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, Quarta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe de 9/12/2008.

na reparação civil está na valoração e arbitramento do valor econômico a ser oferecido ao ofendido nos casos concretos.

Sabe-se que quando se trata de dano material a apuração do valor se faz com base em informações e dados concretos. Assim, chegar-se-á exatamente ao desfalque sofrido no patrimônio da vítima e a indenização consistirá no seu exato montante. Mas, no caso do dano moral, a apuração do quantum indenizatório se torna subjetiva porque o bem lesado não se mede monetariamente, ou seja, não tem dimensão econômica ou patrimonial.

Destaca-se, contudo, que a principal referência para a mensuração do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se insculpida no art. 5, inciso V da Constituição Federal vigente, vez que ao garantir a igualdade entre as partes, autoriza o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido, bem como garante a reparação do dano moral, material, moral ou à imagem.

Tem-se, assim, que o dano moral não se avalia mediante cálculo matemático econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação, como se tem feito às vezes, porque tal cálculo já seria a busca exatamente do detrimento patrimonial, ainda que por aproximativa estimação. E tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização por dano propriamente dito.¹⁶⁴

Tem-se, então, uma estimação prudencial, que não dispensa sensibilidade para os sentimentos humanos e seu estado psíquico, e que destarte deve ser feita pelo mesmo juiz ou, quando muito, por outro jurista, não se demonstra viável a taxação deste dano.

Nesse sentido, assevera Clayton Reis:

Para se proceder à avaliação do “preço da dor”, é necessário investigar a intimidade das pessoas, o seu nível social, o seu grau de sensibilidade, suas aptidões, o seu grau de relacionamento no ambiente social e familiar, seu espírito de participação nos movimentos comunitários, enfim, os padrões comportamentais que sejam capazes de identificar o perfil sensitivo do ofendido. Esses fatores são importantes, à medida que constituem indicativos da extensão do dano, a partir dos quais, será possível estabelecer valores compatíveis com a realidade vivenciada pela vítima em face da agressão aos seus valores.¹⁶⁵

Ressalta-se, entretanto, que a tentativa de “medir a dor”, não se traduz em um método eficiente, vez que nem sempre os danos extrapatrimoniais estão ligados à dor sentida pela vítima.

¹⁶⁴ MORAES, WALTER. **Sociedade Civil Estrita**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1987. p. 66.

¹⁶⁵ REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.117.

Na mesma toada, André Gustavo Corrêa de Andrade leciona:

O dano será a lesão em si, a algum direito da personalidade, não será a lágrima derramada em decorrência dessa lesão. Melhor seria dizer que o dano moral não se reduz à dor e a outras sensações ou sentimentos negativos. Tais reações, quando presentes, integram o dano moral, embora não sejam essenciais a ele.¹⁶⁶

Destaca-se, então, que o dano moral é a compensação pela dor sofrida, ressaltando que esta não necessariamente se refletirá a dores físicas, vez que se trata do desrespeito a direitos inerentes a personalidade, ou seja, traduz-se ao abalo interior.

Contudo, há casos em que a própria norma explícita traça diretrizes à valoração do dano moral puro, como art. 51 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) estabelece uma tarifa para a indenização do dano moral, cujo máximo, para cada escrito, transmissão ou notícia é de dez salários mínimos nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém. E o art. 52 do mesmo diploma aumenta em dez vezes tal importância no caso de responsabilidade civil da empresa que explore o meio de informação ou divulgação.

Observa-se que a jurisprudência tem utilizado esses critérios para aplicação em alguns casos, mas não é o bastante, e não são suficientes para embasarem a maioria dos casos apresentados, pois o processo a seguir deve ser idôneo, aplicado ao caso concreto e de acordo com o preconizado na doutrina e jurisprudência.

Dois são os sistemas que o direito oferece para a reparação dos danos morais: o sistema tarifário e o sistema aberto. Pelo sistema tarifário, há uma predeterminação do valor da indenização. O juiz apenas o aplica a cada caso concreto, observando o limite do valor estabelecido para cada situação. É como se procede nos Estados Unidos, por exemplo.

Pelo sistema aberto, atribui-se ao juiz a competência para fixar o quantum subjetivamente, correspondendo à satisfação da lesão. É o sistema adotado em nosso país. O órgão judiciário deverá levar em conta que a indenização pelo dano moral não visa a um ressarcimento, mas a uma compensação.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que

¹⁶⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 68.

receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.¹⁶⁷

A prudência consistirá em punir moderadamente o ofensor, para que o ilícito não se torne causa de ruína completa. Mas, em nenhuma hipótese, deverá se mostrar complacente com o ofensor que reitera ilícitos análogos.

Não sendo o direito ao dano moral passível de uma equivalência material definida, e pela ausência de lei específica, terá o juiz que arbitrar o valor com bom senso, e deverá rejeitar, de plano, pedidos deduzidos por quem não tenha legitimidade. Por isso, o quantum, a ser apurado, estará entregue ao coerente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência para formação de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar o ressarcimento ilícito, infringindo os princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia.

Além do sistema tarifário e do sistema aberto utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, surge ainda uma terceira situação, um entendimento ainda recente e com poucos adeptos, mas outra alternativa lançada ao universo jurídico na busca da melhor solução.

Atualmente, a valoração, fixação e arbitramento do dano moral, como já dito, vêm sendo aplicados segundo entendimento subjetivo do magistrado, analisado o caso concreto. Todavia, cumpre esclarecer que o magistrado não sofreu a dor moral, não passou pelo problema, não vivenciou o grande sofrimento, e, portanto, analisa a situação segundo o seu entendimento particular, sem envolvimento emocional. Deste modo, deve-se levar em consideração que a ofensa moral pode ser encarada de diferentes maneiras pelo ser humano. O fato dependerá de um complexo de fatores: sociais, princípios morais do indivíduo, personalidade, e outros que, indiscutivelmente, influenciarão no ponto de vista da ofensa moral. Um fato que traduz ofensa moral a você, não significa que traduziria ofensa moral a mim.

Nesse raciocínio, defende-se a tese de que, somente a vítima que realmente sofreu a dor moral é que poderia dizer o quanto foi ofendida, e o quanto vale pecuniariamente a sua dor. A situação passaria a ser analisada sobre outro enfoque, ou seja, a valoração do dano moral deixaria de ser arbitrada segundo o entendimento do juiz, para ser pleiteada e arbitrada segundo o entendimento

¹⁶⁷ SILVA, Américo Luís da. **O Dano moral e sua reparação civil**. São Paulo: RT, 1999. p. 320.

subjetivo da vítima que realmente sofreu a dor moral e certamente poderia colocar preço no seu sentimento.

Todavia, para que as pretensões não se apresentassem absurdas, o poder judiciário poderia valer-se do auxílio de prova pericial, através de profissionais da área psicológica, a fim de demonstrar e comprovar o sofrimento moral da vítima, suas proporções, dimensões e consequências. No entanto, sabe-se do déficit que o Judiciário tem de funcionários quando comparado com o número efetivo de ações propostas, concluindo que tal solução poderá ser viável, desde que amparada pelo Estado, com mutirão de equipes especializadas a fim de atender a demanda dos casos concretos.

Uma outra alternativa seria a aplicação do sistema tarifário, em que haveria na legislação uma predeterminação do valor da indenização. O juiz, no exercício de suas atribuições, aplicaria o valor predeterminado a cada caso concreto. Com efeito, para cada situação em que envolvesse a ofensa moral, direta ou indiretamente, haveria uma tabela para o arbitramento, método esse que se tornaria útil aos casos análogos, contudo, há de se observar as subjetividades de cada processo, a fim de se adequar o quantum indenizatório de acordo com a lesividade da conduta sofrida.

Cumprido destacar, que em 2008, foi submetido a análise do Legislativo, o Projeto de Lei do Senado n. 334, o qual tinha por objetivo a regulamentação e tabelação do dano moral. Contudo, tal projeto foi rejeitado em 2011, elucidando ainda mais a impossibilidade de se tarifar o abalo sofrido.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem adotando o método bifásico para a analisar e adequar os valores concedidos a título de danos morais, onde inicialmente se verifica um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado e no segundo momento o juízo competente analisa as circunstâncias do caso concreto para fixar em definitivo o valor do dano moral.¹⁶⁸

Por enquanto, o valor a ser apurado está condicionado ao arbítrio dos juízes e com auxílio da doutrina e jurisprudência para formação de critérios e parâmetros acerca das indenizações por dano moral.

¹⁶⁸ Superior Tribunal de Justiça. **Quarta Turma adota método bifásico para definição de indenização por danos morais**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-adota-m%C3%A9todo-bif%C3%A1sico-para-defini%C3%A7%C3%A3o-de-indeniza%C3%A7%C3%A3o-por-danos-morais> Acesso em 28 set. 2018.

Conforme demonstrado, não há possibilidade de medir através do dinheiro um sofrimento moral. Por isso, recomenda-se a observação minuciosa de duas situações: a punição do infrator como meio de coibi-lo a não mais praticar aquele ato, e uma compensação satisfatória ao ofendido, pelo dano por ele suportado.

Para tanto, faz-se necessário considerar as condições econômicas e sociais das partes, bem como a gravidade da lesão ocasionada, utilizando de um critério subjetivo. Isto para que se possa aproximar do justo, como meio de punição e também compensação.

Nesse sentido, e como já mencionado anteriormente, alguns elementos devem ser levados em conta na fixação do reparo, ou seja, a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima, a gravidade da falta, a personalidade do autor do ilícito. O valor da indenização deve ser expressivo. Não pode ser simbólico, atribuído ao ofensor como um fator de desestímulo a fim de que não reincida na ofensa. Mas deve, igualmente, haver bom senso, a fim de que o instituto não seja desvirtuado de seus reais objetivos, nem transformado em fonte de enriquecimento ilícito.

Na fixação do valor, o julgador normalmente subordina-se a alguns parâmetros procedimentais, considerando a extensão do dano, a imagem do lesado e a do que lesou, a intenção do autor do dano, como meio de ponderar, o mais objetivamente possível, direitos ligados à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. A situação patrimonial de quem vai pagar a indenização também costuma ser levada em conta, a fim de que seja apurável um valor compensatório ao abalo sofrido.

Neste sentido Humberto Theodoro Júnior aduz:

Impõe-se rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de espertezas maliciosas e injustificáveis.¹⁶⁹

Assim, como elucidado, o critério de fixação do dano moral não se faz mediante um simples cálculo aritmético. Na verdade, inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o prejuízo sofrido pela vítima, a

¹⁶⁹ THEODORO Júnior, Humberto. **Dano moral**. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 222.

intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu.¹⁷⁰

Vale ressaltar, que o dano moral em si, não é reparável, vez que trata de danos á direitos da personalidade, buscando a indenização aqui tratada a mera compensação pelo abalo sofrido, fixando tais critérios tão-somente na esfera jurídica, a fim de que possa ser traduzindo em um valor pecuniário suscetível de ser apurado.

Assim, no que tange a quantificação do dano moral, espera-se que a decisão do julgador seja o mais justa e imparcial possível, e que o mesmo considere cada caso concreto levando em conta sua peculiaridade e a proporção do sofrimento gerado a cada indivíduo mesmo este sendo o fator problema da aplicação do dano moral, já que e personalíssimo, ou seja, o dano que para um indivíduo é facilmente superado, para outrem é destruidor e o julgador nem tem como mensura a proporção que esse sofrimento atingiu em cada pessoa. Para que, dele extraia o melhor resultado possível em prol da harmonia social e da efetiva entrega da prestação jurisdicional.

5.2 A POSIÇÃO DO STJ – CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, é importante observar que, no que tange às suas naturezas, proporcionalidade e razoabilidade são princípios. Tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade são requisitos de validade originariamente implícitos nos sistemas jurídicos, atualmente largamente reconhecidos pela comunidade jurídica mundial e consagrados, inclusive, nos ordenamentos positivos de certos países.

Os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade são comumente utilizados como sinônimos por boa parte da doutrina e dos tribunais brasileiros. No entanto, apesar da estreita ligação, há algumas diferenças entre eles.

O princípio da razoabilidade se baseia nos princípios gerais da justiça e liberdade. Busca o justo equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos

¹⁷⁰ SANTINI, José Raffaelli. **Dano moral**: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 638.

direitos dos cidadãos, trazendo uma harmonia e bem-estar social, evitando dessa forma atos arbitrários. O razoável traduz-se na conformidade com razão, moderação, equilíbrio e harmonia. Este princípio visa auferir a justiça como valor máximo conferido pelo ordenamento jurídico.

Quanto ao Princípio da razoabilidade, assevera José Roberto Pimenta de Oliveira:

O princípio da razoabilidade, no contexto jurídico-sistemático da busca do interesse público primário, a exigência de justificada e adequada ponderação administrativa, aberta nos exatos limites constitucionais em que a regra de competência habilitadora autorizar, dos princípios, valores, interesses, bens ou direitos consagrados no ordenamento jurídico, impondo aos agentes administrativos que maximize a proteção jurídica dispensada para cada qual, segundo o peso, importância ou preponderância que venham adquirir e ostentar em cada caso objeto de decisão.¹⁷¹

Deste modo, assevera-se que o princípio da razoabilidade se traduz no estabelecimento do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins almejados. Assim, entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins.

Tem-se, então que a razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade.¹⁷²

Quanto ao princípio da proporcionalidade este se coaduna em um direcionador em relação aos demais princípios, no sentido que em um conflito entre princípios deve haver uma ponderação de valores baseada na proporcionalidade e razoabilidade, buscando sempre a preservação da dignidade da pessoa humana. Mesmo esse princípio não estando expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, é inafastável a sua aplicação visto ser um pressuposto fundamental para efetivação do Estado Democrático de Direito.¹⁷³

Dessa forma, o intérprete, ao proferir sua decisão, deve fixar um valor indenizatório de modo a reparar o atentado à reputação sofrida pelo ofendido, como também servir de desestímulo a novas agressões por parte do ofensor.

¹⁷¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 33.

¹⁷² ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. P. 153.

¹⁷³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 59.

Contudo, denota-se que tais princípios são embaixadores principais da quantificação do dano moral nos casos práticos, haja visto que corriqueiramente são citados nas decisões em todas as instancias.

A utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade traduzem as decisões um caráter de compensação justa, aplicando para a vítima uma indenização que amenizará a dor moral sofrida, bem como ocasionará ao ofensor uma punição pelo ato ocorrido, ocasionando um equilíbrio processual, analisando o processo face aos dois polos envolvidos.

E não é outro o entendimento das altas cortes brasileiras, conforme será demonstrado abaixo, destacando a importância de se obter uma visão não somente para a vítima, mas também para o agente ofensor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a revisão do arbitramento da indenização somente é admissível nas hipóteses de determinação de montante exorbitante ou irrisório, uma vez que tais excessos configuram flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Na presente hipótese o valor da condenação por danos morais encontra-se dentro dos parâmetros legais, atendendo ao duplice caráter daquela condenação, tanto punitivo do ente causador quanto compensatório em relação à vítima.¹⁷⁴

Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição socioeconômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima.

Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis.¹⁷⁵

Outrossim, há que ponderar-se à toda evidência, sobre a situação financeira dos envolvidos, qual a repercussão a ser causada na vítima e no ofensor. Na

¹⁷⁴ Superior Tribunal de Justiça. REsp 763.531/RJ. 2. T. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias - Convocado do TRF da 1ª Região, 15 abr. 2008

¹⁷⁵ Superior Tribunal de Justiça. REsp 355.392/RJ. 3. T. Rel. Min. Nancy Andrigui, 26 mar. 2002

primeira, para que a indenização a ela atribuída não venha a significar melhoria de vida e no segundo, para que não signifique empobrecimento indevido.¹⁷⁶

O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.

A título de exemplificação de como o STJ elenca seus critérios para a fixação do valor indenizatório dos danos morais nos casos concretos, pertinente trazer alguns julgados recentes de diversas matérias.

No REsp n. 1328457/RS, com julgamento em 11 de setembro de 2018, a Terceira Turma decidiu manter a indenização por danos morais de R\$ 50.000,00 a serem pagos aos pais de um recém-nascido que em razão de erro médico relacionado ao parto veio a óbito.¹⁷⁷

No AgInt no AREsp: 1186763/CE, com julgamento de 21 de junho de 2018, a Primeira Turma, decidiu por manter a indenização por danos morais em R\$ 40.000,00, a serem pagos em razão de sequelas permanentes em membros superiores em decorrência de acidente de trânsito.¹⁷⁸

No AgInt no REsp: 1320405/SC com julgamento em 02 de agosto de 2018, a Quarta Turma manteve a indenização por danos morais no valor de R\$ 300.000,00 em razão da morte dos genitores da menor autora em acidente automobilístico em que não concorreram com culpa. Denota-se, ainda, que no inteiro teor do acórdão proferido, o relator Ministro Luis Felipe Salomão elencou alguns parâmetros utilizados pela turma para a fixação de danos morais em casos análogos, como nas hipóteses em que o acidente fatal causa a morte do pai e da mãe da parte demandante, esta Corte Superior tem admitido a fixação de indenização equivalente a 1.000 (mil) salários mínimos.¹⁷⁹

A mesma Quarta Turma, por sua vez, ao julgar o AgInt no AREsp: 1116439/SP em 10 de outubro de 2017, considerou o quantum de R\$ 10.000,00 suficientes em razão do abalo sofrido por consumidor que foi executado

¹⁷⁶ . Superior Tribunal de Justiça REsp 487.749/RS. 2. T. Rel. Min. Eliana Calmon, 12 maio 2003

¹⁷⁷ Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1328457 RS 2012/0121455-4, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 11/09/2018, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 17/09/2018.

¹⁷⁸ Superior Tribunal de Justiça - AgInt no AREsp: 1186763 CE 2017/0264039-8, Relator: Ministro Gurgel De Faria, Data de Julgamento: 21/06/2018, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 07/08/2018.

¹⁷⁹ Superior Tribunal de Justiça - AgInt no REsp: 1320405 SC 2012/0084158-0, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 02/08/2018, - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 10/08/2018.

indevidamente, perdurando tal execução por 15 (quinze) anos, até a comprovação de que tal era indevida.¹⁸⁰

Em uma situação bancária, a Terceira Turma, ao julgar o AgInt no AREsp: 1282360/MG em 21 de agosto de 2018, considerou a indenização no montante de R\$ 7.000,00 a título de danos morais, suficiente para a reparação do dano causado pela demora injustificada da instituição financeira em desbloquear o cartão magnético da consumidora, o qual dava acesso a sua conta-salário.¹⁸¹

Em caso de inscrição indevida, a mesma Terceira Turma, no julgamento do AgInt no AREsp: 1149714/RS, publicado em 02 de fevereiro de 2018, entendeu ser suficiente o valor de R\$ 5.000,00 a título de danos morais, no que tange a inscrição indevida do nome de consumidor nos órgãos de restrição ao crédito. Na oportunidade, o relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, ao prolatar seu voto, analisou no caso concreto que situação em análise não se destoou das corriqueiras hipóteses em que há o cadastro indevido em órgão de proteção ao crédito, sem nenhuma repercussão que transborde o dano moral já presumidamente considerado, vez que a Corte, para casos onde se verifica abalo maior, fixa como parâmetro 50 salários mínimos de indenização.¹⁸²

Denota-se, dos julgados apresentados, que há uma compensação pelo abalo moral sofrido, contudo, sempre analisando os critérios de fixação, analisando o caso concreto em si. Como mencionado, a quantificação pecuniária pelo dano moral é tão-somente uma espécie de reparação pela ofensa de direitos da personalidade, sendo que tal dor não pode ser medida monetariamente. Todavia, mesmo não podendo quantificar o íntimo humano, deve-se estabelecer que em situações mais drásticas, como morte ou perda de movimentos de membros são situações muito mais gravosas ao ser humano do que uma pendência bancária ou um direito do consumidor puro.

Contudo, segundo entendimento pacífico do STJ, somente é possível a modificação da indenização por danos morais se o valor arbitrado for

¹⁸⁰ Superior Tribunal De Justiça - Agint No Aresp: 1116439 Sp 2017/0136918-8, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data se Julgamento: 10/10/2017, T4 - Quarta Turma, Data se Publicação: Dje 13/10/2017.

¹⁸¹ Superior Tribunal De Justiça - Agint No Aresp: 1282360 Mg 2018/0093514-2, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data se Julgamento: 21/08/2018, Terceira Turma, Data se Publicação: Dje 05/09/2018.

¹⁸² Superior Tribunal de Justiça - AgInt no AREsp: 1149714 RS 2017/0196946-5, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 12/12/2017, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 02/02/2018.

manifestamente irrisório ou exorbitante, de modo a causar enriquecimento sem causa e vulnerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não sendo, cabível, em regra, na via especial, a revisão do montante indenizatório fixado pela instância de origem a título de danos morais, ante a impossibilidade de análise de fatos e provas, conforme a Súmula 7/STJ.¹⁸³

Nesta toada então, é possível afirmar que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade viabilizam a observância do devido processo legal substantivo, permitindo o funcionamento do Estado Democrático de Direito e preservando os Direitos e Garantias Fundamentais.

Destaca-se então, só pode haver alteração do quantum fixado a título de danos morais pelo Superior Tribunal de Justiça, quando for verificado que os valores atribuídos em instâncias inferiores são ínfimos ou exagerados, contudo, novamente tal questão recai ao debate sobre os padrões de justiça na fixação do quantum indenizatório, cabendo aos julgadores a ponderação na aplicação indenizatória, observando os critérios aqui mencionados, bem como, levando em consideração o caso concreto em comento.

5.3 FUNÇÃO DAS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS NO SISTEMA *COMMON LAW* EM ANÁLISE COMPARADA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

No que diz respeito às funções do instituto em questão, o seu propósito principal, na origem da maioria das jurisdições que o utilizam, sempre foi identificado com o intuito de punir o ofensor da conduta e dissuadir ou desestimular este ofensor e terceiros de agir desta mesma forma.

Tem-se então que, diferentemente do Brasil, a indenização no sistema *Common Law* visa aplicar a punição ao ofensor, justificativa esta para que sejam arbitrados altos valores indenizatórios, a fim de que o causador do dano se abstenha da prática de novos ilícitos.

Quanto as teorias da punição e dissuasão, assevera William Page Keeton:

¹⁸³ Superior Tribunal de Justiça - AgInt no AREsp: 1140952 RS 2017/0180883-5, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 05/06/2018, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 14/06/2018.

A ideia de punição, ou de desencorajar outras ofensas, usualmente não entra na responsabilidade Civil, exceto na medida em que possa levar os tribunais a balancear as coisas em favor dos interesses dos autores em determinar se um ilícito foi efetivamente cometido. Em casos onde o ato do réu foi intencional e deliberado, e teve o caráter de indignação frequentemente associado aos crimes, quase todos os tribunais vêm permitido ao júri conceder numa ação de responsabilidade Civil uma indenização a título "punitivo" ou "exemplar", ou por vezes chamada "*smart money*". Tais danos são concedidos em adição e em separado da compensação integral pelo dano sofrido, com o propósito de punir o agente, de ensiná-lo a não cometer o ilícito novamente, e dissuadir terceiros de seguir seu exemplo¹⁸⁴.

A função eminentemente punitiva também é intitulada de *desert* e tem sua lógica embasada no fato que a conduta do causador do dano é tida como errada num sentido moral, fazendo com que o ofensor mereça sofrer por seu ilícito, independentemente se isso vai lhe reformar o caráter ou dissuadir suas condutas futuras ou servir de exemplo aos demais. É um objetivo por vezes chamado também de retributivo, sendo que essa forma de retribuição é apropriada, pois as condutas lesivas são passíveis de punição.¹⁸⁵

Em relação à segunda função essencial, David Owen aponta que a eficácia da *dissuasão* depende de dois fatores centrais: a) se o ordenamento jurídico, por meio da indenização punitiva, de fato pune as pessoas que violem flagrantemente os direitos de outrem e b) se potenciais ofensores compreendem o que o instituto prescreve, sabendo que serão passíveis de punição.¹⁸⁶

A função dissuasória constitui, talvez, a principal e mais importante das finalidades dos *punitive damages*, devendo ela, incidir sempre que a indenização compensatória não constituir resposta jurídica socialmente eficaz.

Há situações que a indenização compensatória não é suficiente para restabelecer o equilíbrio alterado com a prática do ilícito, muito menos para demonstrar a desvantagem do causador do dano em haver se conduzido daquele modo.

Tem-se, ao traduzir os preceitos dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, presentes no direito pátrio, a fixação do quantum com base no entendimento do magistrado, bem como a análise de julgados semelhantes, padronizando os valores aplicados.

¹⁸⁴ KEETON, William Page (Ed.). **Prosser and Keeton on the Law of Torts**. 5. ed. St. Paul: West Group, 1984. p. 9.

¹⁸⁵ OWEN, David G. **A punitive damages overview: functions, problems and reform**. Villanova Law Review, Radnor Township, 1994. p. 375.

¹⁸⁶ Idem. p. 377.

Cabe aqui fazer um panorama com as indenizações por inscrição indevida, onde em sua maioria, são utilizados como base de fixação do *quantum* os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não sendo levados em consideração o potencial econômico do ofensor, vez que ante a uma ilicitude valores considerados baixos são arbitrados à título de danos morais, como por exemplo no julgamento do AREsp: 1220767 SP, o STJ, considerou a R\$ 8.000,00 (oito mil reais) adequados ante a inscrição indevida nos órgãos de restrição ao crédito.¹⁸⁷

Afigura-se, então que diferentemente do constante no direito brasileiro, o propósito geral dos *punitives* 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, vez que estes não são fixados como compensação, serve, em lugar disso para punir o ofensor e desestimulá-lo ou a qualquer outra pessoa a praticar semelhante malfeito no futuro. Por esse motivo o valor fixado a título de punição é determinado além da natureza e extensão da perda do postulante.¹⁸⁸

Para a efetivação do valor da indenização punitiva deveria primeiramente passar por uma análise comparativa para identificar os padrões estipulados nos precedentes desenvolvidos sobre a matéria específica.

Depois de ultrapassada a etapa de revisão dos precedentes, o juiz deve levar em consideração a natureza e reprovabilidade da ação danosa; o alcance, âmbito de abrangência do malfeito; a intenção do agente; o proveito econômico da ação; os valores já fixados a título de indenização por danos (morais ou materiais); potencial ou efetiva condenação criminal pelo mesmo fato.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Superior Tribunal de Justiça. AREsp: 1220767 SP 2017/0320992-5, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Publicação: DJ 23/02/2018.

¹⁸⁸ SALIM, Caroline Vaz. **Punitive damages**: uma reflexão sobre a sua compatibilidade com o sistema jurídico-constitucional brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=35947>.

Acesso em 28. Set. 2018.

¹⁸⁹ Miranda, Jorge Di Ciero. Punitive Damages: discutindo elementos e critérios da indenização. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/37/35>> Acesso em 28.Set. 2018.

A diferença de tratamento que a indenização punitiva adota está centrada no tipo de conduta, de acordo com sua gravidade e particularidades. Essa diferenciação representa, de forma clara, o princípio da isonomia, presente na constituição.¹⁹⁰

O valor sancionatório pelo descumprimento da norma não pode ser um componente que estimule sua inserção nos custos da violação, para alcançar essa finalidade precisa não apenas tornar-se economicamente inviável como imprevisível. Impede, assim, que a reparação se torne um preço, conhecido previamente, que o agente esteja disposto a pagar para violar o direito alheio.

Tem-se deste modo, que diferentemente dos parâmetros arbitrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, que se baseiam nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os critérios para auxiliar a fixação da indenização punitiva de modo a realçar a sua finalidade punitiva e dissuasória deve ter sempre em foco que ela não busca ressarcir o lesado pelo dano sofrido tão pouco possui cunho compensatório. O valor da indenização encontra-se dentro do âmbito de discricionariedade do julgador e sua compatibilidade com o sistema jurídico é analisada sempre com base nos fatos do caso a ser julgado, contudo, vale novamente ressaltar que o dano moral em si não se repara, ante a impossibilidade de medir a dor do outro, sendo as verbas aplicadas meramente compensatórias, destoando também do critério punitivo, o qual tem por objetivo dissuadir a parte ofensora.

5.4 CASOS EMBLEMÁTICOS DE INDENIZAÇÕES PUNITIVAS NO SISTEMA *COMMON LAW*

Conforme demonstrado anteriormente, a função punitiva da indenização por danos morais no sistema da *Common Law*, se traduz a principal característica na quantificação do dano, bem como seu caráter desestimulador, o qual tem por finalidade oprimir o ofensor a reiteração do ato ilícito.

Vale ressaltar que a quantificação dos danos morais no sistema *Common Law*, possuem valores elevados ao serem comparados com os casos aqui

¹⁹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

apresentados elucidando a aplicação dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro.

Importante destacar alguns casos emblemáticos ocorridos, a fim de demonstrar na prática como é tratada a quantificação dos danos morais no sistema da *Common Law*.

Um dos casos mais conhecido caso de condenação em *punitive damages* nos Estados Unidos ficou denominado como *McDonald's Coffee Case*, onde a senhora Stella Liebeck se queimou após comprar café, enquanto seu neto dirigia o carro, colocando o copo entre suas pernas, e após uma manobra, derramou o líquido em suas pernas, vindo a causar queimaduras graves de segundo e terceiro graus, comprometendo 10% de sua pele, sendo submetida a diversos tratamentos que prejudicaram significativamente sua condição física, vez que perdeu aproximadamente 20% do seu peso, quando escreveu solicitando ao *McDonald's* que diminuísse a temperatura do café, ajustada a 82°C, pedindo também indenização pelas despesas médicas em aproximadamente vinte mil dólares além dos salários de sua filha, que se ausentou de seus afazeres laborais a fim de se dedicar aos cuidados da mãe. A empresa, contudo, se recusou, acionando então a via judiciária, e na realização do julgamento, um perito testemunhou sobre o alto risco de queimadura do líquido na temperatura em que era servido. O júri, por sua vez, deu razão aos pedidos autorais, sendo atribuída a Sra. Liebeck a quantia de duzentos mil dólares como indenização compensatória, reduzidas em 20% vez que ela contribuiu para o acidente e US\$ 2,7 milhões de dólares como indenização punitiva. Posteriormente, o juiz reduziu a quantia punitiva para quatrocentos e oitenta mil dólares, calculando o valor como o triplo da indenização compensatória estipulada. Contudo, as partes entraram em acordo e jamais foi revelado o valor que de fato a Sra. Liebeck recebeu da empresa.¹⁹¹

Outro caso de grande repercussão foi no ano de 2002 na Califórnia, onde a Sra. Bullock, diagnosticada com câncer de pulmão em estágio avançado propôs ação face a Philip Morris, em razão da empresa ter escondido por anos os perigos do cigarro, com campanhas de desinformação sobre a lesividade do produto. Por sua vez, a empresa se defendeu alegando que a consumidora estava ciente dos

¹⁹¹ WEIMAN, Darryl S. The McDonalds Coffee Case. Disponível em: <https://www.huffingtonpost.com/darryl-s-weiman-md-jd/the-mcdonalds-coffee-case_b_14002362.html>. Acesso em 28 Set. 2018.

ricos do tabagismo, bem como ser espontânea sua decisão quanto a fazer uso do cigarro. Contudo, a empresa foi condenada ao pagamento de US\$ 28 bilhões como aplicação efetiva do *punitive damages*. Na segunda instância, o valor indenizatório foi reduzido para treze milhões e oitocentos mil dólares.¹⁹²

Em 2017, o grupo farmacêutico Johnson & Johnson foi condenado a pagar US\$ 70 milhões a Eva Echeverría, a título de indenização compensatória, vez que esta alegou ser acometida por câncer de ovário em razão da utilização do talco da marca desde os 11 anos de idade. A condenação foi baseada em razão da falta de informação dos riscos vinculados ao uso do talco. Quanto as indenizações punitivas, o júri de Los Angeles decidiu pelo pagamento de US\$ 374 milhões. A empresa, ao todo, enfrenta cerca de 4.800 processos pelo mesmo motivo, sendo declarada culpada em cinco ocasiões e vencendo apenas um processo.¹⁹³

Os casos acima demonstrados apresentam danos a integridade física e a saúde dos consumidores, contudo, a aplicação das *punitive damages*, como mencionando anteriormente, também se faz possível nos casos em que não se tem lesividade a integridade pessoa.

Neste sentido, no ano de 2012, a *Skechers* passou a ser ré em diversas ações propostas por consumidores por propaganda enganosa. A propaganda da empresa aduzia aos usuários que adquirissem o tênis modelo *Shape-up*, que estes ganhariam músculos e perderiam peso sem se exercitar. Contudo, a Comissão Federal de Comércio Americana, declarou ser mentira tal propaganda. Com a repercussão negativa, a empresa concordou em pagar US\$ 40 milhões para encerrar diversos processos abertos pelos consumidores.¹⁹⁴

Em 2013, um tribunal da Califórnia condenou a divisão da Toyota nos Estados Unidos a pagar uma indenização de US\$ 1,63 bilhões, a consumidores afetados por causa do travamento do pedal do acelerador, sendo que os modelos Lexus e Scion tinham um defeito no acelerador que os fazia ganhar velocidade mesmo que o motorista não pressionasse o pedal. A empresa ainda enfrenta ações

¹⁹² BBC. **Philip Morris é condenada a pagar indenização bilionária**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/021004_tabacolmp.shtml> Acesso em 28 Set. 2018.

¹⁹³ WINTON, Richard. **L.A. jury hits Johnson & Johnson with \$417-million verdict over cancer link to its talc**. Disponível em: <<http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-cancer-talc-verdict-20170821-story.html>> Acesso em 28 Set. 2018.

¹⁹⁴ LUCENA, Rodolfo. **Fabricante do Five Fingers paga US\$ 3,75 milhões para encerrar processo por propaganda enganosa**. Disponível em: <<https://rodolfolucena.blogfolha.uol.com.br/2014/05/09/fabricante-de-tenis-minimalista-paga-us-375-milhoes-para-encerrar-processo-por-propaganda-enganosa/>> Acesso em 28 Set. 2018.

judiciais movidos por clientes que sofreram algum tipo de lesão ou parentes de vítimas que morreram em acidentes provocados pelo problema.¹⁹⁵

Nos casos concretos apresentados, se faz possível extrair a grande importância das condenações em caráter punitivo, a fim de dissuadir empresas de colocarem seus consumidores em riscos, seja a integridade física, ou até mesmo o anúncio de propagandas enganas. Os valores expressivos das condenações se dão justamente pela aplicação dos *punitive damages*, fazendo com que as empresas tenham mais cautela com a fabricação e venda de seus produtos e serviços, a fim de reduzir os possíveis danos gerados aos consumidores.

¹⁹⁵ STRASSEN, Marco Aurélio. **Toyota é condenada a pagar indenização de R\$3,6 bilhões.** Disponível em: < <http://www.autoentusiastasclassic.com.br/2013/01/o-caso-da-toyota-e-os-tapetes-nos-eua.html>> Acesso em 28 Set. 2018.

6 CONCLUSÃO

O estudo das ciências jurídicas, em razão dos diversos ramos existentes, bem como a diferenciação da aplicação prática da norma jurídica entre os países desde os primórdios da humanidade, fez-se por necessário a estruturação dos sistemas. Os principais sistemas, ficaram conhecidos como *Civil Law* e *Common Law*.

Considerando a grande distinção entre os dois principais modelos de justiça, verifica-se que no sistema *Civil Law*, com origens romano-germânicas, a lei tem o papel fundamental, limitando a atuação do juiz à norma escrita. Por outro lado, o sistema *Common Law* é originário de regras não escritas, oriundas de antigos costumes e tradições, que foram trabalhadas pelos juizes na aplicação dos casos concretos no decorrer do tempo.

Como se pode observar, o direito romano teve um importante papel na formação de ambos sistemas, contudo, a recepção do direito romano fez-se de maneira diversa nas duas tradições, em virtude do momento histórico que cada sociedade vivenciava no período da formação e consolidação de seus ideais de justiça.

No *Civil Law* o Direito Romano foi estudado a partir da compilação de Justiniano e deu origem à era das codificações na Europa continental e suas colônias, enquanto, a Inglaterra sofreu as influências do Direito Romano em sua formação, por meio do julgamento com base na equidade, baseado no tratamento isonômico dos casos iguais, sendo tal tradição expandida aos Estados Unidos, o qual foi colônia do país inglês.

Atualmente, o que se observa é o fenômeno de aproximação entre os sistemas jurídicos, que se influenciam mutuamente, principalmente em razão da globalização judicial.

Esta nova ordem jurídica, resultante das trocas de informações, produz consequências no direito brasileiro, sendo atribuída à interpretação e às decisões judiciais.

Entretanto, uma diferença entre os dois sistemas se manteve intacta, qual seja a valorização das leis e códigos em cada um deles. Tendo em vista que no sistema da *Common Law* as leis não pretendem limitar a interpretação judicial, razão

pela qual havendo conflito entre uma lei e um precedente, compete ao juiz decidir por qual será sua decisão.

Contudo, tem-se que nos dois sistemas, uma das maiores demandas do Judiciário são relativas a responsabilidade civil, com o pleito de reaver o dano sofrido através da indenização por danos morais.

De acordo com o pesquisado, os sentimentos intrínsecos dos seres humanos são bens juridicamente protegidos. Isso ocorre porque há valores morais, físicos e intelectuais dos indivíduos envolvidos neste contexto, e foi graças à evolução do Direito ao longo da História que o instituto do dano moral foi considerado indispensável à manutenção do princípio da dignidade humana.

Vale destacar que a dor moral não é possível de reparação, eis que o sentimento de cada um acerca do abalo sofrido se dá de forma subjetiva, sendo realizado pelo Judiciário tão-somente uma forma de compensação monetária em razão do dano sofrido.

Tem-se então que a maior problemática enfrentada a título de danos morais, se faz justamente em razão da quantificação da indenização, vez que há subjetividade na mensuração do abalo sofrido.

Quanto a aplicação prática do *quantum* indenizatório por danos morais, notável, ainda, uma dissonância entre os sistemas jurídicos aqui estudados, vez que se tem na *Common Law* a prática fervorosa da aplicação dos *punitives damages* (indenizações de cunho punitivo), a fim de dissuadir o agressor a prática de novos atos ilícitos, sendo aplicados nos casos concretos, indenizações milionárias.

Todavia, no Direito Brasileiro, aqui representando a *Civil Law*, demonstrou-se uma resistência quanto a aplicação da indenização punitiva por parte da doutrina, ante a ausência expressa de enuncia-la nos diplomas legais vigentes. Já outra parte da doutrina, aduz ser plenamente possível a aplicação da indenização punitiva, em observância aos valores humanos descritos no ordenamento pátrio. Assim, denota-se que não há um consenso entre os juristas acerca da efetivação da aplicação da indenização punitiva pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Levando a discussão teoria para a análise dos casos concretos, a barreira entre os dois sistemas se mostrou ainda mais evidente no que tange a quantificação do dano moral, bem como da aplicação da indenização punitiva.

Como aduzido alhures, as indenizações punitivas analisadas dentro de casos práticos presentes na *Common Law*, traduzem valores milionários, com cifras

expressivas até mesmo para grandes empresas multinacionais, contudo, analisando a jurisprudência brasileira, em especial as dos Tribunais Superiores, denota-se que mesmo nos casos em que efetivamente foram mencionadas a aplicação dos *punitives damages*, os valores a título de danos morais, quando comparados com o outro sistema de Direito, se mostram severamente inferiores, demonstrando que, mesmo com a possibilidade teórica de um aproximamento de ambos os sistemas, na prática, tal premissa ainda não se faz verdadeira.

Assim, ante das considerações tecidas ao longo deste trabalho, pode-se concluir que o sistema atual de fixação dos danos extrapatrimoniais no Brasil é realizado de forma casuística pelos Tribunais, apresentando os magistrados critérios pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito.

Conclui-se, então, que mesmo diante da análise subjetiva da quantificação do dano moral no direito brasileiro, a fixação por arbitramento do magistrado, de acordo com o caso concreto demonstra-se a forma mais justa da aplicação, vez que tabelar o dano, não se mostra plausível ante as diversas nuances trazidas na prática, podendo ocasionar uma reparação injusta ao ofendido.

Contudo, defende-se a aplicação da indenização punitiva, para que sejam os ofensores compelidos a rever suas condutas lesivas, principalmente no que tange a análise do Direito do Consumidor, porém, não deixando de considerar os aspectos hoje aplicados na quantificação do dano, como a condição financeira do ofensor, do ofendido e a extensão do dano, a fim de que possa de fato ser aplicada a “Justiça” nos casos concretos levados ao Judiciário.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os Punitive Damages na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 9ª edição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BBC. **Philip Morris é condenada a pagar indenização bilionária**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/021004_tabacolmp.shtml>.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: Teoria e Prática**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRAZ, Antônio Cícero de Oliveira. **Súmula Vinculante**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21112/S%C3%BAmula_Vinculante_Ant%C3%B4nio%20C%C3%ADcero.pdf?sequence=1>.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

CARVALHO, Pedro Luso de. **Do enriquecimento sem causa**. Disponível em : <<http://pedroluso.blogspot.com/2007/11/do-enriquecimento-sem-causa.html>> Acesso em 30 ago. 2018 >.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. **Dano social nas relações de consumo**. Dissertação de mestrado em direito - Faculdade de Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007.

CORRÊA DE ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral e indenização punitiva: Os Punitive Damages na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. **Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de *Common Law* e de *Civil Law***. Salvador: Juspodium, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. Tradução de Hermínio A. de Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1978.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: Como chegar até ele**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, Leme: J H Mizuno, 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 16. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Responsabilidade Civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v.7: responsabilidade Civil. 23ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

FADUL, Tatiana Cavalcante. **A indústria do dano moral**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081014174930300&mode=print>.

FAIS, Juliana Marteli; SILVA, Leda Maria Messias da. **Common Law em relação ao Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/iccesumar/article/viewFile/120/58>>.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, Pedro Rocha; PEIXOTO, Leonardo Polastri Lima; POSSAS FILHO, Wagner de Carvalho. **Tradições jurídicas contemporâneas**: comparativo entre a tradição europeia continental e o *Common Law*. Revista Mineira de Direito Internacional e Negócios Internacionais. Disponível em: <<https://www.amidi.com.br/revista/index.php/rmdni/article/view/27/0>>.

FERNANDEZ, Leandro. **Dumping social**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FRANÇA, R. Limongi. **Enriquecimento sem Causa**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Loannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e *Common Law* e uma perspectiva comparada. Tradução Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**: Código Comentado e Jurisprudência. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRUTES DA SILVA, Rômulo Limeira. **Punitive damages e Dano Moral Punitivo**: um Estudo Comparado com o Modelo Norte-americano. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcirspdeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/RomuloLimeiraGrutesdaSilva.pdf>.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HUTCHINSON, Allan C. **Evolution and the Commonw Law**. New York: Cambridge University Press, 2005.

KEETON, William Page (Ed.). **Prosser and Keeton on the Law of Torts**. 5. ed. St. Paul: West Group, 1984.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **Direito à reparação civil do nascituro por morte do genitor em acidente de trabalho**: dano moral e personalidade do nascituro. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades IV: teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LUCENA, Rodolfo. **Fabricante do Five Fingers paga US\$ 3,75 milhões para encerrar processo por propaganda enganosa**. Disponível em: <https://rodolfolucena.blogfolha.uol.com.br/2014/05/09/fabricante-de-tenis-inimalista-paga-us-375-milhoes-para-encerrar-processo-por-propaganda-enganosa/>.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, Jan./Mar. 2005.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral - problemática: do cabimento a fixação do quantum**. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar: 2008.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

SALIM, Caroline Vaz. **Punitive damages: uma reflexão sobre a sua compatibilidade com o sistema jurídico-constitucional brasileiro**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&o_obra=35947.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2009.

MORAES, WALTER. **Sociedade Civil Estrita**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1987.

MOTTA, Carlos Dias. **Dano moral por abalo indevido de crédito**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ODAHARA, Bruno Periolo. **Um rápido olhar sobre o stare decisis**. Processos coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 03, 01 jul 2011.

OLIVEIRA, Ana Carolina. **Diferenças e semelhanças entre os Sistemas da *Civil Law* e da *Common Law***. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2737>>.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

OWEN, David G. **A punitive damages overview: functions, problems and reform**. Villanova Law Review, Radnor Township, 1994.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito Civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *Common Law*, *Civil Law* e o Precedente Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas., 2013.

SABINO, Marco Antonio da Costa. **O precedente jurisprudencial vinculante e sua força no Brasil**. Revista Dialética de Direito Processual Civil, n. 85, abr. 2010. p.65.

SANTANNA, Danilo Barbosa de. **Um breve ensaio sobre a evolução dos punitive damages nos países do *Common Law* e sua correspondência no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília -DF, 29 maio 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48285&seo=1>.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de direito civil**, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade Civil - 4. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte americano**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo De São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

SILVA, Américo Luís da. **O Dano moral e sua reparação civil**. São Paulo: RT, 1999.

SILVA, Ângela Maria Moreira (coord); SOUTO, Clivea de Farias et. al. **Manual de normas para apresentação dos trabalhos técnico-científicos da UFRR**. Boa Vista: Ed. UFRR, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SILVA, Roberto de Abreu e. **A Falta contra a legalidade constitucional:** hermenêutica da responsabilidade civil proveniente de danos injustos materiais e morais, em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law** – Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano moral:** doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andrea Moraes; CALDAS, Andrea Gouthier. **Dano moral e punitive damages.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 58.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil** – Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil** – Doutrina e Jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRASSEN, Marco Aurélio **Toyota é condenada a pagar indenização de R\$3,6 bilhões.** Disponível em: < <http://www.autoentusiastasclassic.com.br/2013/01/o-caso-da-toyota-e-os-tapetes-nos-eua.html>>.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AI: 455864 RJ**, Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento 11/10/2004. Data de Publicação: DJ 21/10/2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agint no resp: 1645135 PR 2016/0325336-0**, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento: 17/08/2017, T4 - quarta turma, Data de Publicação: dje 08/09/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agint No Aresp: 1116439 Sp 2017/0136918-8**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data se Julgamento: 10/10/2017, T4 - Quarta Turma, Data se Publicação: Dje 13/10/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no AREsp: 1149714 RS 2017/0196946-5**, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 12/12/2017, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 02/02/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AREsp: 1220767 SP 2017/0320992-5**, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Publicação: DJ 23/02/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no AREsp: 1140952 RS 2017/0180883-5**, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 05/06/2018, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 14/06/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agint No Aresp: 1282360 Mg 2018/0093514-2**, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data se Julgamento: 21/08/2018, Terceira Turma, Data se Publicação: Dje 05/09/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Quarta Turma adota método bifásico para definição de indenização por danos morais**. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-adota-m%C3%A9todo-bif%C3%A1sico-para-defini%C3%A7%C3%A3o-de-indeniza%C3%A7%C3%A3o-por-danos-morais.>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 355.392/RJ**. 3. T. Rel. Min. Nancy Andrigui, 26 mar. 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 487.749/RS**. 2. T. Rel. Min. Eliana Calmon, 12 maio 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 763.531/RJ**. 2. T. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias - Convocado do TRF da 1ª Região, 15 abr. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 210.101/PR**, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, Quarta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe de 9/12/2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp: 997479 SP 2007/0243255-6**, Relator: Ministra Nancy Andrigui, Data de Julgamento: 28/09/2010, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 23/11/2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.171.826/RS**, Rel. Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, julgado em 17/05/2011, DJe 27/05/2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 839.923/MG**, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/5/2012, DJe de 21/5/2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp: 1440721 GO 2014/0050110-0**, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 11/10/2016, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 11/11/2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp: 1328457 RS 2012/0121455-4**, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 11/09/2018, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 17/09/2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Método, v. 2, 2014.

TARUFFO, Michele. **Observações sobre os modelos processuais de *Civil Law* e de *Common Law***. Revista de Processo: RePro, São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003.

THEODORO Jr., Humberto. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

THEODORO Jr., Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VENOSA, Silvio Salvo. **Responsabilidade civil**, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados***. Porto Alegre: Fabris, 2007.

WALKER, James M. **The theory of the *Common Law***. Littleton: Rothman, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - *Civil Law e Common Law***. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes: *Civil Law e Common Law***. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

WEIMAN, Darryl S. **The McDonalds Coffee Case**. Disponível em: <https://www.huffingtonpost.com/darryl-s-weiman-md-jd/the-mcdonalds-coffee-case_b_14002362.html>.

WINTON, Richard. **L.A. jury hits Johnson & Johnson with \$417-million verdict over cancer link to its talc**. Disponível em: <<http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-cancer-talc-verdict-20170821-story.html>>.