



¹
Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

BEATRIZ YERA BEDUSQUE

**A INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL NO BRASIL COMPARADO
COM OS *PUNITIVE DAMAGES* DOS E.U.A**

**ASSIS/SP
2018**

BEATRIZ YERA BEDUSQUE

**A INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL NO BRASIL COMPARADO
COM OS *PUNITIVE DAMAGES* DOS E.U.A**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): Beatriz Yera Bedusque
Orientador(a): Gerson José Beneli

ASSIS/SP
2018

FICHA CATALOGRÁFICA

B413i BEDUSQUE, Beatriz Yera.

A Indenização do Dano Moral no Brasil Comparado com os *Punitive Damages* dos EUA / Beatriz Yera Bedusque.– Assis, 2018.
48 páginas.

Trabalho de conclusão do curso de Direito. – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Gerson José Beneli

1. Dano Moral. 2. Direito Comparado. 3. *Punitive Damages*.

CDD: 342.663
Biblioteca da FEMA

**A INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL NO BRASIL COMPARADO
COM OS *PUNITIVE DAMAGES* DOS E.U.A**

BEATRIZ YERA BEDUSQUE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____ Gerson José Beneli _____

Examinador: _____ Gisele Spera Mximo _____

**Assis/SP
2018**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Teresinha e Luis, e ao meu irmão Gabriel.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus e a toda sua milícia celeste.

À minha mãe por ser essa mulher fantástica, amorosa e dedicada, por sempre acreditar em mim e me apoiar em todas as decisões e escolhas da minha vida e me incentivar a completa-las, mesmo nos momentos mais difíceis, sendo minha base e sustentação em todos os momentos.

Ao meu pai por todo o amor, carinho e educação dedicados a mim e, principalmente, por ter me incentivado e convencido a adentrar ao mundo fantástico do direito e acreditar em minha capacidade e potencial.

Ao meu irmão por sempre me incentivar e encorajar, por acreditar em mim e ser meu companheiro e amigo para todas as horas.

Ao meu namorado por me apoiar e me estimular nos momentos de desânimo, por acreditar em no meu potencial e me dar segurança.

Ao meu orientador, Gerson José Beneli, por todo apoio e orientação que me deu, por acreditar em mim.

À todos os amigos que o Direito me trouxe, por me auxiliarem e me ajudarem nesse trabalho.

Aos meus amigos Lucas de Holanda M. Cardoso e Ana Cristina Avollet, por despenderem tempo e dedicação para colaborarem na conclusão desta monografia.

E, também, a todos os professores da Fema e aos funcionários e estagiários da Segunda Vara Cível da Comarca de Assis, bem como, da Justiça Federal de Assis, que me ajudaram, ensinaram e me apoiaram nessa caminhada.

RESUMO

Este trabalho tem por escopo estudar o instituto do dano moral e sua indenização no Brasil, comparado com a indenização punitiva dos Estados Unidos da América, a qual é denominada de *punitive damages*, estabelecendo os sistemas jurídicos utilizados em cada país, o conceito de dano, além dos critérios utilizados para a fixação de sua indenização.

Palavras-chave: Dano Moral. Direito Comparado. *Punitive Damages*.

ABSTRACT

This work has as scope to study the institute of moral damages and its indemnification in Brazil, compared to the punitive damages of the United States of America, which is called punitive damages, establishing the legal systems used in each country, the concept of damages, in addition to the criteria used to determine their compensation.

Keywords: Moral damage. Comparative law. Punitive Damages.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. RESPONSABILIDADE CIVIL: BRASIL X ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	11
2.1 SISTEMA JURÍDICO	11
2.1.1. Common Law	12
2.1.2. Romano-Germânico	14
2.2 Responsabilidade Civil.....	15
2.2.1 Conceito e Evolução Histórica.....	15
2.2.2 Responsabilidade Civil Subjetiva e Responsabilidade Civil Objetiva.....	21
3. DANO MORAL	23
3.1.1 Definição	23
3.2 A Reparação do Dano Moral no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	24
3.2.1 Funções da Raparação do Dano Moral	27
3.2.1.1 Função Compensatória	27
3.2.1.2 Função Punitiva	28
3.2.2 A Indenização do Dano Moral no Ordenamento Jurídico Norte Americano – O Instituto do <i>Punitive Damages</i>	29
4. A CONDENAÇÃO DO DANO MORAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NOS TRIBUNAIS NORTE-AMERICANOS.....	34
4.1 Pressuposto para aplicação da indenização e a prova do dano moral.....	34
4.2 Pressupostos para a fixação dos <i>Punitive Damages</i>	35
4.3 Critérios Adotados para Arbitramento do <i>Quantum</i> da Reparação	36
4.4 Arbitramento do Quantum Debeatur dos <i>Punitive Damages</i>	40
4.5 Relação entre a Aplicação da Compensação por Danos Morais e os <i>Punitive Damages</i> nos Estados Unidos.....	42
5. CONCLUSÃO.....	46
6. REFERÊNCIAS	47

1. INTRODUÇÃO

O dano moral é denominado como uma dor psíquica, de cunho não pecuniário, sofrida pelo indivíduo que fora acometido por uma violação ao seu direito de personalidade (direito à intimidade, honra e imagem).

Dessa forma, inúmeros são os processos impetrados na justiça brasileira visando a indenização por dano moral. No entanto, nem sempre alcançam o resultado desejado pela parte autora, a qual mesmo tendo seu pedido reconhecido, não consegue de fato sentir-se indenizada com o valor arbitrado.

Por outro lado, nos Estados Unidos da América a indenização do dano moral é dividida em algumas categorias, sendo que duas delas são importantes frisarmos, o *compensatory damages* (compensação indenizatória) e o *punitive damages* (indenização punitiva).

Assim, vale destacar, que o direito americano além de compensar a vítima do dano sofrido, ainda pune o agente causador do dano para que não cometa novos ilícitos semelhantes, elevando, dessa forma, a indenização pecuniária do dano moral.

Neste diapasão, este trabalho tem por objetivo estudar a evolução do dano moral no direito, comparando a sua indenização no direito brasileiro com a indenização punitiva exercida nos Estados Unidos.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL: BRASIL X ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

2.1 Sistema Jurídico

Para uma melhor compreensão do instituto de responsabilidade pelo dano moral e da comparação de sua aplicação no Brasil e nos Estados Unidos da América, é necessário tecer breves comentários sobre os sistemas jurídicos de ambos os países.

Certo é que cada nação política terá seu próprio ordenamento jurídico, tendo concentrado suas próprias normas para estabelecer a vigência sobre sua sociedade. Não significa dizer, no entanto, que há apenas um sistema jurídico para cada Estado, podendo dentro de um mesmo país existir um direito local, coexistindo com o federal, como é o caso dos Estados Federados dos EUA, conforme cita Silvio de Salvo Venosa.

Noutro giro, importante esclarecer o que são sistemas jurídicos. Neste diapasão, constam os ensinamentos de Roberto Senise Lisboa:

Sistema jurídico é um conjunto ordenado de princípios e regras decorrentes dos seus institutos que se sustentam e se explicam reciprocamente. É, conforme elucida Kant, uma unidade de conhecimentos variados sobre uma ideia, ou seja, um grupo ordenado de conhecimentos segundo princípios estabelecidos. Dado um princípio fundamental, outros princípios e uma série de regras dele decorrerão, por um fundamento lógico de relação de causa e efeito. Assim, a norma jurídica contém implícita ou explicitamente princípios que norteiam todo o sistema, construindo uma ordem e unidade interna de forma valorativamente adequada (2010, p. 66).

Ou, ainda, nas palavras de Venosa:

Destarte, devemos considerar como “sistema jurídico” um agrupamento de ordenamentos unidos por um conjunto de elementos comuns, tanto pelo regulamento da vida em sociedade, como pela existência de instituições jurídicas e administrativas semelhantes. Os vários tipos de ordenamentos podem ser reduzidos a certos tipos, certos sistemas.

Nesse sentido, segue afirmando que o direito não é algo estático ou imutável. Pelo contrário, a cada dia está se inovando, tendo uma continuidade. Destaca-se nos sistemas jurídicos algo a mais do que apenas normas vigentes para simplesmente uma localidade ou tempo, sendo algo eterno para o direito, posto que todos os ordenamentos de um mesmo sistema jurídico partem dos mesmos pressupostos e princípios.

Há de se observar que, a escolha de implantação de um determinado sistema jurídico em detrimento de outro, normalmente se dá pela colonização, podendo, no entanto, ser por outros fatores, como simplesmente a imitação. Havendo, ainda, casos de unificação, ou apenas mera semelhança e coincidência, que mesmo sendo colônias separadas por longa distância territorial e com grandes diferenças nas características dos povos, tem-se ordenamentos jurídicos semelhantes.

Assim, adentraremos à classificação dos sistemas jurídicos apresentada por René David, citado por Venosa:

Para esse autor, as famílias ou sistemas no mundo atual são a romano-germânica; a do *Common Law*; os sistemas de direitos socialistas e os sistemas filosóficos ou religiosos (2010, 70).

Primeiramente, esclarecemos que enquanto o Brasil pertence ao sistema romano-germânico, os Estados Unidos da América adotaram o sistema do *Common Law*, sendo estes os principais sistemas jurídicos para este trabalho. Portanto, são apenas nesses dois sistemas jurídicos que iremos nos aprofundar.

2.1.1. Common Law

O sistema do *Common Law* surgiu na Inglaterra e os países que seguiram esse modelo, em sua grande maioria, são os de língua inglesa, posto que se espalhou pelo mundo pela colonização. Há de se observar, no entanto, que o direito vigente nos EUA nos dias de hoje é bem diferente do direito herdado da Inglaterra, que, nas palavras de Venosa, possui certa autonomia dentro do próprio sistema.

Todavia, para entendermos o Direito Americano atual, é necessário entender o sistema do *Common Law* em sua origem, ou seja, no direito inglês. Dessa forma, podemos dizer que em seu início era um direito formado pelos costumes antigos, os quais deram espaço aos precedentes judiciais.

Conforme discorre Venosa, a denominação *Common Law* é devido a ser um direito comum a toda a Inglaterra, em contraposição aos antigos costumes legais.

A maior dificuldade que encontramos para entender esse sistema é devido a sua estrutura, a qual não possui a divisão entre direito público e privado, ou mesmo direito civil e comercial. Entretanto, é dividido entre *Common Law* e *Equity*.

Podemos dizer que o *Common Law* se baseia no conjunto do direito não escrito, sendo hoje, como já dito, fundamentado nas jurisprudências e precedentes judiciais. Enquanto que a *Equity* não significa simplesmente equidade, mas são normas que se sobrepõe ao *Common Law*, tendo por objetivo completar as lacunas deixadas por esse sistema, conforme ensina Venosa. Nesse diapasão, cita René David:

Entende que a *Equity* tende a converter-se em um conjunto de regras destinadas a julgar, em processo escrito, enquanto ao *Common Law* ficam relegadas as matérias do direito oral antigo (2010, p. 73).

Ressaltamos que, hoje, o sistema *Common Law* atual é um direito jurisprudencial, havendo estabelecimento de jurisprudências vinculantes. Por outro lado, a lei expressa ganhou importância. Todavia, somente quando é aplicada em um caso concreto, torna-se efetivamente eficaz.

Pois bem, estabelecidos a origem e o atual sistema no âmbito inglês, adentremos agora na aplicação do sistema do *Common Law* no Direito Norte Americano.

Segundo Venosa (2010, p. 73), para se estabelecer o *Common Law* nos Estados Unidos, houve uma disputa acirrada entre os apoiadores do sistema citado e do sistema Romano-germânico, tendo prevalecido o primeiro, com exceção do atual Estado da Louisiana, que preferiu manter a tradição francesa.

Prossegue afirmando que uma das principais diferenças entre a aplicação do sistema nos EUA é a existência de um federalismo, ou seja, há um direito federal, mas ao mesmo tempo existe o direito de cada Estado. Observa, porém, que o *Common Law* é reconhecido de maneira uniforme, sendo único para todos os Estados, embora cada um possua uma certa autonomia.

Dando continuidade, explica que:

O respeito à Constituição Federal e às constituições estaduais forma uma verdadeira hierarquia, e a Corte Suprema Federal é o guardião final para a defesa da Constituição (2010, p. 74).

Importante lembrar que esse sistema é formado por precedentes judiciais, mas que cada Estado possui sua respectiva estrutura judiciária, posto que há jurisdições estaduais e jurisdições federais.

Outra importante característica do *Common Law* no Direito Americano é o fundamentalismo da Constituição Federal, o qual se difere do Direito Inglês, posto ser escrita.

Venosa ainda explica que as garantias constitucionais são interpretadas com grande flexibilidade. Prossegue ensinando:

Embora se trate de um país do sistema *Common Law*, encontra-se nele grande número de códigos. Há Estados que possuem código civil. Entretanto, a lei escrita nesse sistema só se considera efetivamente eficaz quando aplicada pelos tribunais. Recorde-se porém, do Estado da Louisiana, que se mantém fiel à tradição românica (2010, p. 75).

Por fim, para que não se perca a essência e aplicabilidade do *Common Law*, explica que há uma amplificação da jurisdição da autoridade federal e para que haja uma uniformização ou, em outras palavras, a equidade de normas, o direito federal tem-se desenvolvido e intervindo nas matérias que se fazem necessárias.

Isso posto, cabe sintetizar os traços fundamentais desse sistema, que, conforme leciona Stolze e Pamplona Filho, são:

- a. Efeito vinculativo das decisões: os tribunais inferiores estão obrigados a acolher os entendimentos emanados das cortes superiores, as quais também se obrigam por suas próprias decisões.
- b. Importância da decisão judicial por si só: toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte a ser levado em consideração na atividade judicante, podendo ser adotada como fundamento do magistrado no seu decidir.
- c. Construção jurisprudencial da doutrina jurídica: o elemento vinculativo do precedente não é, porém, a sua conclusão, mas sim as suas razões de decidir (*ratio decidendi*), entendidas como o princípio geral de direito tomado como premissa para fundamentar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão.
- d. Perpetuidade do precedente: *a ratio decidendi* nunca perde sua vigência, ainda que os anos a tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas, podendo ser invocada desde que se demonstre a sua utilidade para o caso (2008, p. 27).

Ratifica-se, dessa forma, a ideia de que esse sistema é baseado em precedentes jurisprudenciais, observando que ao mesmo tempo que possui perpetuidade de vigência, se o direito muda, o entendimento e a jurisprudência podem mudar também.

2.1.2. Romano-Germânico

Como já citado anteriormente, o Brasil se adequou ao sistema romano-germânico, também conhecido como sistema do *Civil Law*, o qual, como o próprio nome diz, tem origem no Direito Romano.

Afirma Venosa que o surgimento desse sistema se deu a partir do século XIII, tendo se espalhado pela América Latina, por grande parte dos países da África e países

do Extremo Oriente, já que teve uma grande recepção com a colonização, além de ter se alcançado certa unificação pelas codificações modernas.

Desta maneira, Stolze e Pamplona Filho elucidam que o sistema *Civil Law* é aquele calcado na positivação do direito pela norma legal. Nesse sentido, continuam afirmando que:

Em tais sistemas, a atuação do operador do direito deve ser eminentemente técnica, conhecendo as normas integrantes do sistema e a doutrina que as interpreta, embora não deva deixar de conhecer também a jurisprudência. Seu traço essencial revela-se na análise do sistema a partir da Constituição, como norma fundamental do sistema, seguida da edição de todas as outras normas infraconstitucionais. (Ano, nº página)

Como preceitua Venosa, a principal fonte do direito para esse sistema é a Lei, ficando em segundo plano as doutrinas, jurisprudências e a prática do direito.

Dessa maneira, como os casos devem sempre ser julgados conforme determina a lei, os juízes não ficam obrigados a seguir as decisões jurisprudenciais, ou mesmo aos seus próprios julgados, podendo rever seu posicionamento, sempre baseados na lei. No entanto, não significa dizer que as jurisprudências não tenham a sua importância reconhecida, que, como supracitado, ficam em segundo plano.

2.2 Responsabilidade Civil

Após nos contextualizarmos nos sistemas jurídicos do Brasil e dos Estados Unidos da América, entendendo a sua origem e funcionamento, traçaremos o caminho para entender a aplicabilidade da condenação de reparação do dano moral causado, iniciando-se pela responsabilidade civil.

2.2.1 Conceito e Evolução Histórica

A responsabilidade civil é, sem dúvida alguma, um dos temas mais curiosos, intrigantes e abrangentes da realidade jurídica em que vivemos. Isso se deve ao grande número de direitos que são conquistados a cada dia pelo ser humano.

Diante da grande expansão tecnológica e conseqüente conquista patrimonial, todo e qualquer risco ou perigo à vida do sujeito ou ao seu capital torna-se um desequilíbrio na vida do homem, o qual requer alguma reparação, algo que possa solucionar

tais conflitos, que venha a ser remédio para a situação, sendo essa a principal função da responsabilidade civil.

Por tratar-se de matéria de ampla complexidade e enorme conteúdo, abrangendo desde os atos mais simples até os mais complexos, e por repercutir nas mais diversificadas áreas do direito, são variados os entendimentos doutrinários e discrepantes às decisões judiciais que abordam este tema.

Pois bem. De início, cabe salientar a etimologia e o significado da palavra responsabilidade, o que nos ajudará a entender um pouco mais sobre o alcance dessa matéria.

Assim sendo, voltando-se para a palavra em si, verifica-se que responsabilidade é um vocábulo derivado da palavra latina *respondere* (Antônio Geraldo da Cunha, 2012, p. 560), que, segundo o Dicionário Aurélio, é uma "qualidade ou condição de responsável".

Já a palavra responsável, conforme informa Antônio Geraldo da Cunha, advém do latim *responsus* e significa “que responde pelos próprios atos ou pelos de outrem” (2012, p. 560).

Nas palavras de Roberto Sinesse Lisboa, responsabilidade é definida como:

Responsabilidade (*respondere*) é o dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao seu causador direto ou indireto. A responsabilidade constitui uma relação obrigacional cujo o objeto é o ressarcimento (2013, p. 263).

Sílvio de Salvo Venosa, por sua vez, declara:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar (2010, p. 1).

Nesse sentido, é possível dizer que a responsabilidade civil em si existe a partir de uma ação ou relação quebrada, que, traduzida em outras palavras, pode-se considerar como um desequilíbrio na vida em sociedade. Assim descrevemos pelo fato de que seu ponto principal e sua maior vertente é o reestabelecimento do equilíbrio e da harmonia acabados pela ocorrência de um dano.

Dessa maneira, tem-se que a responsabilidade civil busca retornar o lesado ao *statu quo ante*, desfazendo, da maneira possível, todo prejuízo causado ao seu patrimônio

e/ou a sua moral, impondo ao lesante o dever de suportá-lo e, dessa forma, repará-lo no valor e forma mais precisos que se puder alcançar.

Importante ressaltar que não é sempre que a pessoa responsável por cumprir a reparação exigida seja exatamente o causador do dano, posto que o sujeito, além de ser responsabilizado por seus atos, ainda é incumbido de arcar com os prejuízos causados pelo indivíduo por quem responde, pelos seus pertences, como, por exemplo, um animal e ainda por determinações advindas de lei.

Dessa forma, preceitua Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (Diniz, 2010, p. 35).

Carlos Roberto Gonçalves, por seu turno, delibera:

Responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (Ano, nº página)

Noutro giro, responsabilidade é definida também em termos jurídicos, pelo Dicionário Aurélio, como capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva a adequada, que constitui pressuposto penal necessário da punibilidade. Dando margem, assim, para adentrarmos em sua evolução histórica.

No início da civilização humana, ocorrendo qualquer tipo de dano ou prejuízo, na inexistência de culpa e até mesmo de direitos em relação aos danos sofridos, era comum os seres se vingarem do causador do dano pelos seus instintos, sem haver qualquer forma de regras ou limitações, sendo primitivos e brutais, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 24).

Com o passar dos anos, os seres humanos começaram a pagar o dano na mesma moeda ou, em outras palavras, era utilizado o famoso método olho por olho, dente por dente, que mais tarde, quando regulamentada, passou a ser conhecida também como pena de talião.

Nesse mesmo sentido, fala Bíblia, no livro de Êxodo, capítulo 21, versículos 23 a 25:

Mas, se houver outros danos, urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe. (<https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/exodo/21/>).

Ou seja, não havendo um poder estatal, as pessoas, no mais comum de seus instintos, tendo sido lesadas, vingavam-se do sujeito causador do dano exatamente da mesma maneira em que haviam sido prejudicadas.

Posteriormente, de acordo com Maria Helena Diniz (2010, p. 11), os indivíduos passaram a resolver as lesões sofridas por meio da composição, chamada de *poena*, ou seja, o sujeito causador do dano entregava para a vítima certa quantia em dinheiro ou outra coisa da vontade desta.

Importante salientar que, no início, a composição era advinda totalmente da vontade das partes, posto que a vingança era algo mais comum para época. Com o decorrer do tempo, quando já existente uma autoridade estatal, passou-se a exigir que a vítima fizesse composição, recaindo sobre esta, tributações das mais diversificadas possíveis. Nessa lógica, explica Gonçalves (2010, p. 25):

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas.

Observa-se que inexistia a diferenciação de punição e indenização. No entanto, com o direito romano, houve uma separação das infrações mais graves e relativas a *res publica*, como delitos públicos, enquanto as demais ofensas, ou seja, aquelas contra o patrimônio da população, foram classificadas como delitos privados, consoante Diniz (2010, p. 11).

Assim sendo, o valor pago pelo ofensor a título de pena nos delitos públicos, iam para os cofres públicos, enquanto que o dinheiro derivado dos delitos privados eram destinados à própria vítima.

Dessa forma, o Estado pegou para si a total responsabilidade de realizar a punição, criando-se, também, a Lei de Aquília (*Lex Aquilia de damno*), a qual traçava um princípio geral de reparação do dano, ou seja, declarou que o dever de indenizar era originário

pela culpa do lesante e que este deveria arcar com o prejuízo, iniciando-se, assim, a ação de indenização, conforme preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 25).

No mais, conforme dita Wendell Lopes Barbosa de Souza (2015, p. 16), na falta de pagamento pelo devedor, recaia a punição em seu corpo, ou seja, embora a dívida fosse patrimonial, se não houvesse meios para quitá-la, o credor poderia até mesmo matá-lo. Apenas em 326 a.C., com a *Lex Poetelia Papira*, foi que a punição deixou de ser pessoal e passou a recair apenas sobre o patrimônio do lesante.

Seguindo a evolução histórica, para Maria Helena Diniz (2010, p. 11), a distinção entre a pena e a responsabilidade civil foi realizada apenas na Idade Média, através dos esboços das definições de dolo e culpa.

No entanto, foi apenas no direito francês que se delimitou um princípio geral da responsabilidade civil, aprimorando o direito romano, e, dessa forma, deixando de lado os casos de composição obrigatória, conforme explica Gonçalves (2010, p. 26).

Para Diniz (2010, p. 11), a teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina, cuja figura dominante foi o jurista francês Domat (*Lois civiles*, Liv. VIII, Seção II, art. 1º), responsável pelo princípio geral da responsabilidade civil (...), influenciando quase que todas as legislações que estabeleceram como seu fundamento a culpa.

Segundo Wendell Lopes Barbosa de Souza, foi nos tempos modernos, especificamente com o Código Civil francês, ou, como é conhecido, Código Napoleão, que os princípios da responsabilidade civil foram consagrados, trazendo os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, bandeiras da revolução francesa, delimitando em seu artigo 1.382, o princípio geral da responsabilidade civil fundada na culpa efetiva e provada, o qual influenciou a legislação civil de vários países, como o próprio Brasil (2015, p 18).

Nesse sentido, também afirma Carlos Roberto Gonçalves:

A noção da culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código Napoleão, inspirando a redação dos arts. 1.382 e 1.383. A responsabilidade civil se funda na culpa – foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo. Daí por diante observou-se a extraordinária tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e estabelecendo uma jurisprudência digna dos maiores encômios. (2010, p. 26).

As primeiras aparições da responsabilidade civil no Brasil foram apresentadas na época imperial, pelo Código Criminal de 1830, o qual tratava da indenização e reparação, tanto no âmbito civil, como no criminal, buscando ressarcir o lesado

o quanto fosse possível até a sua totalidade. Observa-se que, primeiramente, a reparação civil dependia totalmente da condenação criminal, sendo posteriormente adotada a independência dos processos civis dos criminais, conforme pontua Gonçalves (2010, p. 27).

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 02), no Código Civil de 1916, o legislador tratou apenas dos fundamentos da responsabilidade civil, de forma tímida e parca nos artigos 159 e 160, na parte geral, enquanto que na parte especial era retratada de forma espalhada pelo dispositivo. Ressalva que nessa época pouca coisa havia sobre a responsabilidade civil, não havendo amplos conceitos doutrinários e jurisprudenciais, sendo que, ainda nos dias de hoje, novos conceitos e teses são amplamente lançados a cada dia.

A legislação civil de 1916 adotou a teoria subjetiva, ou seja, requer a prova da culpa ou do dolo do lesante, ao ocasionar o dano, para que haja condenação para ressarcir o lesionado. Todavia, em outros poucos artigos, segue a culpa presumida do causador do dano, sendo essa a teoria objetiva da responsabilidade civil. Nessa mesma linha, seguiu o Código Civil de 2002, seguindo a teoria subjetiva em seus arts. 186 e 927, enquanto é possível notar a teoria objetiva nos casos dos artigos 936 e 937, como cita Gonçalves (2010, p. 27 e 29).

Nos Estados Unidos, por sua vez, o surgimento da responsabilidade civil como um ramo independente, apenas se deu em 1870. Wendell Lopes Barbosa de Souza, com base dos ensinamentos de Stuart Madenn e Kenneth Abraham, explica:

Afirma-se que a responsabilidade civil extracontratual americana, o *common law of torts*, é complexa, bagunçada e portadora de uma gama enorme de vários objetivos, e que não existe um só aspecto de vida contemporânea dos americanos que não esteja ligado à responsabilidade civil e aos seguros como consequência (2015, p. 353).

Prosseguindo, afirma que são variadas as formas de indenização no Direito Norte Americano, posto que para cada tipo de dano, há uma modalidade de reparação. Para citar alguns exemplos, tem-se o *actual damages* ou *compensatory damages*, que seria a compensação de perdas e danos comprovados, ou o *nominal damages* que constitui uma reparação simbólica, caso não haja dano material ou que não demonstra sua extensão, e ainda o *punitive damages*, o qual seria para nós o dano moral, sendo este o utilizado para a presente comparação. No entanto, nos aprofundaremos nele apenas no próximo capítulo.

2.2.2 Responsabilidade Civil Subjetiva e Responsabilidade Civil Objetiva

Por fim, necessário se faz diferenciarmos o tipo subjetivo do tipo objetivo da responsabilidade civil, buscando-se uma melhor compreensão de quem e quando haverá a responsabilidade de reparação pela ocorrência de um dano.

A responsabilidade civil subjetiva é caracterizada perante a comprovação do dolo ou da culpa do causador do dano, sendo que esta existirá a partir de uma atuação por meio da ação ou omissão, negligência ou imprudência, conforme preconiza o atual artigo 186 do Código Civil de 2002:

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. (http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm).

E, concordante com o que preceituava o art. 159 do Código Civil de 1916:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf>).

Assim também discorre a doutrina, consoante Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuque sua culpa nocet*. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu. (Ano, nº página)

Dessa forma, pode-se concluir que com o tipo subjetivo da responsabilidade civil, o lesante responderá por seus atos mesmo que sua culpa tenha sido muito leve, posto que mesmo que a legislação não faça menção da culpa ou do dolo, sua interpretação pode ser expressa ou implícita, concordante com Roberto Senise Lisboa (2013, p. 268).

Noutro giro, a partir da grande revolução tecnológica, com numerosas inovações, mecanização do trabalho, dentre outros avanços, foi necessário que houvesse uma reformulação do direito com o objetivo de proteger as vítimas, já que com toda essa inovação, novos e diversificados riscos à vida do ser humano surgiram (Gonçalves, 2010, p. 27).

Partindo dessa premissa, Diniz (2010, p. 12) afirma que este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana (...). A noção de risco prescinde da prova de culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado.

Isto se deve ao fato de que com o grande desenvolvimento tecnológico, além dos novos riscos e danos à pessoa humana, a prova da culpa era impossível de ser conquistada pelo lesionado, tendo o regime jurídico, inicialmente, por meio da inversão do ônus da prova, presumido a culpa. No entanto, não fora suficiente, já que o causador do dano, provando que havia sido cauteloso e que tinha tomado todas as medidas esperadas para o caso, não era responsabilizado (Luciana Mahuad e Cassio Mahuad, 2015, p. 45).

Portanto, adotou-se a teoria objetiva do dano, que também é chamada de teoria do risco, a qual estabelece que basta que a lei seja expressa no sentido de dispensar a prova de culpa do agente causador do dano, para que apenas com a ação ou omissão que tenha causado algum prejuízo a alguém, o lesante seja responsabilizado a indenizar (Lisboa, 2013, p. 268).

Observa-se que se diz necessário estar expressamente previsto em lei, posto que é nesse sentido que estabelece o art. 927 do Código Civil de 2002:

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.

Destarte, como já falado anteriormente, no Brasil vigora uma regra geral dupla, já que, como visto em nosso ordenamento jurídico, tem-se a responsabilidade civil subjetiva concomitante com a responsabilidade objetiva, para garantir que ninguém seja lesionado sem que possa ter sua reparação garantida.

3. DANO MORAL

Discorrido a respeito dos tipos de sistemas jurídicos utilizados no Brasil e nos EUA, acerca do conceito de responsabilidade civil e sua evolução histórica e após termos tecido sobre suas modalidades subjetiva e objetiva, cabe agora adentrar ao tema dano moral e sua indenização no Brasil, comparado ao instituto do *punitive damages*, conceituando-os e explicando sobre suas funções em seus ordenamentos jurídicos.

3.1.1 Definição

Dano moral pode ser definido como aquele que atinge o íntimo do ser humano, no âmbito fora de seus bens materiais e de seu patrimônio, como o prejuízo que não pode ser substituído por outro para que haja a reparação, que não há a possibilidade de voltar ao *statu quo ante*.

Ou ainda, como conceitua Silvio de Salvo Venosa:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável (2010, p. 49).

Nesse mesmo sentido, delinea Maria Helena Diniz: O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo.

Carlos Roberto Gonçalves, de forma clara e precisa, define-o ao declarar:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (2010, p. 377).

De forma simples e precisa, Roberto Senise Lisboa descreve: *Dano moral*, em sentido lato ou amplo, também conhecido por dano *extrapatrimonial*, é o prejuízo causado a algum direito personalíssimo da vítima.

Gagliano e Pamplona Filho elucidam o dano moral como:

(...) prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito a vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade), (...) (2010, p. 86).

Por fim, ainda citam a conceituação de Carlos Alberto Bittar:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social) (2010, p. 86).

Pois bem. Dessa maneira, entendido que o dano moral é aquele que atinge os direitos da personalidade, o qual fere o íntimo da pessoa humana, cabe dizer que existem o dano moral direto e indireto, sendo que ambos são distinguidos pela doutrinadora Maria Helena Diniz (2010, p. 94) e que, a partir de sua conceituação, é que os descreveremos.

Assim, dano moral direto é aquele que, como já dissemos anteriormente, atinge a dignidade do ser enquanto humano, através da lesão aos direitos da personalidade e os atributos da pessoa humana. Enquanto que dano moral indireto é retratado como o prejuízo causado ao interesse não patrimonial da pessoa, através de um dano causado ao patrimônio desta.

Importante ressaltar que, conforme explica Zannoni ao ser citado por Diniz, não é a dor experimentada pelo indivíduo que será indenizada, posto que este é apenas as consequências do dano sofrido, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.

3.2 A Reparação do Dano Moral no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A reparação do dano moral foi um tanto quanto questionada e discutida por muitos doutrinadores e operadores do direito. Era questionada como seria quantificada a dor sofrida pelo indivíduo, como, por exemplo, a angústia de uma mãe que perdeu seu filho ou ainda quantas pessoas seriam alcançadas por aquele sofrimento e como fazer para provar a existência da dor sofrida.

Além disso, os juristas ainda questionaram sobre a idoneidade de um indivíduo que aceita uma pecúnia como forma de reparação ao sofrimento gerado pelo dano moral. Ou seja, perguntas interessantes, porém que não solucionavam a dor sofrida pela

vítima, as quais, nas palavras de Gonçalves (2010, p. 390), acabaram sendo rechaçadas na doutrina e na jurisprudência.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2010, p. 95/97) explica que por mais efêmero que seja o valor recebido pela vítima, posto não ter de fato como calcular a dor sofrida no âmbito moral, como acontece nos danos materiais, é melhor ter algo para “diminuir” sua dor do que não lhe restar nada, já que a cicatriz não irá sumir com indenização alguma recebida.

Dessa forma, podemos entender que a indenização pelo dano moral sofrido seria uma compensação. Nestes termos, discorre Gonçalves:

Tem-se entendido hoje, com efeito, que a indenização por dano moral representa uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza infligida injustamente a outrem. E que todas as demais dificuldades apontadas ou são probatórias ou são as mesmas existentes para a apuração do dano material (2010, p. 390).

Por consequência, a Constituição Federal de 1988 quis pacificar e consagrar a existência e a reparabilidade do dano moral. Ressalte-se que logo em seu primeiro artigo, onde se consagram os princípios fundamentais de nosso ordenamento jurídico, descreve:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III - a dignidade da pessoa humana;
(..).

No entanto, restando alguma dúvida do que é descrito no artigo supracitado, estabelece de forma nítida e clara o direito à indenização por dano moral nos incisos V e X, de seu art. 5º, o qual se encontra consagrado na definição dos direitos e deveres individuais ou coletivos. Senão, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
(...)

Dessa forma, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana e seus direitos de personalidade, pacificou a aplicabilidade da indenização por dano moral no Brasil, garantindo o dever ao causador do dano de repará-lo e ao lesionado, o direito de ter o dano sofrido ressarcido.

Todavia, não é apenas em nossa Carta Magna que o dano moral é legitimado. O Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078/90, tendo surgido para garantir a reparabilidade do dano sofrido pelo consumidor, não poderia ser omissivo quanto ao dano extrapatrimonial. Nesse diapasão, em seu capítulo dos direitos básicos do Consumidor, no art. 6º, preceitua:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

(...).

É de se observar que, para garantir o ressarcimento ao consumidor de todos os danos por ele sofridos, o CDC estabeleceu ainda, em seu art. 12, a responsabilidade civil objetiva, que, como já dito, é aquela que independe de culpa para que haja o dever de indenizar e garantiu a inversão do ônus da prova, que somados garantem a aplicabilidade dos direitos previstos na Constituição.

Nesse seguimento, o Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, dando continuidade ao que prevê a Carta Magna, para garantir uma conceituação clara, posto ser uma legislação recente e moderna, em seu art. 186, preceitua o que é ato ilícito:

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.

Para garantir a reparabilidade do dano, o mesmo diploma legal, em seu artigo 927, delinea:

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

Desta forma, nítido é que tanto para a legislação brasileira, como para a doutrina, o dano moral ou, como ainda é chamado, dano extrapatrimonial, é consagrado e não há dúvidas sobre a aplicabilidade de reparação no Direito Brasileiro.

3.2.1 Funções da Reparação do Dano Moral

Diante deste fato, conforme dita a doutrina, a indenização por danos morais cumpre duas funções importantíssimas, sendo elas função compensatória e função punitiva, como veremos a seguir. Salientamos, no entanto, que com a mesma condenação pecuniária, cumprem-se as duas funções a seguir expostas.

3.2.1.1 Função Compensatória

A primeira seria a função compensatória, ou seja, um meio de tentar reparar a vítima diante da violação sofrida sobre seus direitos da personalidade, observado que a indenização pelo dano moral se dá de forma pecuniária.

Pontua Maria Helena Diniz que não há como avaliar financeiramente sofrimentos desse tipo. No entanto, observa que não é este o propósito e continua:

Todavia, nada obsta a que se dê reparação pecuniária a quem foi lesado nessa zona de valores, a fim de que ele possa atenuar alguns prejuízos irreparáveis que sofreu. Assim, com o dinheiro, o lesado poderia abrandar sua dor, propiciando-se alguma distração ou bem-estar. O dinheiro não aparece, portanto, como a real correspondência equivalente, qualitativa ou quantitativamente, aos bens perdidos pelo lesado (2010, p. 97).

Nesse diapasão, podemos concluir que função compensatória surge com o intuito de suavizar o sofrimento moral gerado pelo dano e reconstruir os direitos da personalidade atacado. Nesse sentido, estão Gagliano e Pamplona Filho:

A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão (2010, p. 119).

Portanto, primeiramente, é inegável que a indenização do dano moral deve compensar a vítima de forma satisfatória, não para reparar qualquer prejuízo financeiro, mas para abrandar a dor sofrida.

3.2.1.2 Função Punitiva

O segundo neste rol de ideias, porém não menos importante, sendo até o ponto mais comentado da função indenizatória do dano moral na doutrina, tem-se a função punitiva, que é aquela voltada ao agressor, a que o pune por seu ato lesivo e ilícito.

Nesse íterim, preceitua Maria Helena Diniz:

(...) Não se pode negar sua função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; (...) (2010, p. 109).

Dessa forma, também, leciona Gonçalves:

É de salientar que o ressarcimento do dano material ou patrimonial tem, igualmente, natureza sancionatória indireta, servindo para desestimular o ofensor à repetição do ato, sabendo que terá de responder pelos prejuízos que causar a terceiros. O caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. (..) (2010, 396).

Nesse seguimento de ideias, objetiva-se prevenir que um novo ilícito seja praticado, já que o interesse de ressarcir o dano vai além da própria vítima, com interesse de atingir a dignidade da pessoa humana, de forma que se possa alcançar a coletividade em geral.

Assim sendo, a função é a de desencorajar o cometimento de novas práticas lesivas em um futuro, tanto por parte de quem gerou o dano, como por todas as pessoas da sociedade.

Neste aspecto, leciona Senise:

É na tutela preventiva de danos que se assenta o direito contemporâneo, com a finalidade de proteção da coletividade. Protegendo-se a coletividade, encontram-se meios de facilitação da defesa do indivíduo. Por isso, reparação por danos morais sem pena desestimulante não é reparação por danos morais, mas uma simples compensação imperfeita em favor da vítima, desprezando-se a repercussão social da conduta do agente.

Diante de tais considerações, não se pode inviabilizar a reparação por danos morais que sirva efetivamente de desestímulo da reincidência. (...) (2013, p. 319).

Posto isto, é necessário que o montante da indenização em si busque desestimular a reincidência da prática lesiva, devendo ser, portanto, uma sanção com escopo

pedagógico. No entanto, necessário ressaltar que melhor do que o valor da indenização para desencorajar a prática do ilícito, necessário uma reeducação cultural da população em geral.

Portanto, a função punitiva tem por escopo punir o causador do dano com a intenção de inibir o ofensor de refazer os atos que geraram a dor e o sofrimento experimentados pela vítima. Ressalta-se, porém, que deve ser norteadas pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, pontos estes que serão abordados no próximo capítulo.

3.2.2 A Indenização do Dano Moral no Ordenamento Jurídico Norte Americano – O Instituto do *Punitive Damages*

O *punitive damages* ou, como conhecido no Brasil, indenização punitiva tem grande repercussão nos países que possuem como sistema o *common law*, já falado no capítulo anterior, o qual não se baseia em leis, mas em precedentes processuais.

Dessa maneira, o início da aplicação do *punitive damages* se deu por volta de 1763, na Inglaterra, e, segundo Lucas Manito Kafer, ao citar André Gustavo Corrêa de Andrade, deu-se da seguinte forma:

Tratam-se dos casos *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*. Ambos os casos referem-se a publicação de um artigo no jornal *The North Briton*, em que o referido ofendia a reputação do então rei George III e de seus ministros. Diante desta situação fora expedido pelo secretário de Estado um mandado genérico, dando direitos para prender qualquer pessoa que fosse considerada suspeita da publicação do artigo. Desta ordem foram presas 49 pessoas, inclusive John Wilkes e Huckle, aquele escritor e este tipógrafo. Wilkes teve sua casa revistada e diversos bens apreendidos, enquanto Huckle foi detido e mantido em cárcere. Ambos entraram com ações contra os responsáveis pelos atos transgressores e obtiveram do júri sentença positiva, alegando a necessidade de aplicação de *exemplary damages* pois consideraram os casos um atentado à liberdade individual, não sendo possível apenas a aplicação de uma indenização pelo dano e sim por estarem sendo violados direitos de personalidade do homem (<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-introducao-da-doutrina-da-punitive-damages-no-codigo-de-defesa-do-consumidor,35871.html>).

Sustenta, com base no mesmo autor, que até 1830 não havia de fato condenações jurisprudenciais fixando indenização de caráter punitivo, da mesma forma que vê nos dias de hoje, mas apenas como uma compensação.

Afirma que apenas em 1851 fora definido como princípio, pela Suprema Corte Americana, que a indenização punitiva dependeria da gravidade de ofensa praticada pelo causador do evento danoso. Comenta, ainda, que, em 1960, os *punitive damages* eram

aplicados contra grandes fabricantes e indústrias por quase todos os estados norte americanos.

Nesse sentido, ainda, explica, com base no mesmo autor, que o surgimento do *punitive damages* se deu por conta da inexistência de perda pecuniária e somente por haver sofrimentos sentimentais. Portanto, como não existiria prejuízo monetário, não haveria motivo para indenização.

Assim, elucida sobre a teoria de que apenas deveria haver indenização em caso de culpa do agente causador do dano. Desse modo, percebendo que tais teorias não pensavam em punir o lesante, mas apenas em compensar a vítima, surgiu a indenização punitiva.

Dessa forma, é possível compreender que o instituto do *punitive damages* surgiu no sentido de garantir os direitos da personalidade, a fim de respaldar a lesão sofrida pela vítima, passando, mais tarde, a evitar a reincidência dos atos ilícitos praticados não apenas pelo agente causador do dano, bem como por outras pessoas da sociedade.

Dessa forma, o *punitive damages* é classificado como algo a mais que somente indenizar, segundo aponta Wendell Lopes Barbosa de Souza, ao citar Bryan A. Garner:

Os *punitive damages* são definidos como: “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo” (2015, p. 351).

Nesse sentido, ainda contextualiza os dizeres de Willian L. Prosser, John W. Wade e Victor E. Schwartz:

Afirmam que os *punitive damages*, às vezes chamados de exemplar ou *vindictive damages*, ou *smart Money* – ao pé da letra “dinheiro esperto” – consistem numa soma adicional acima da remuneração, para a vítima dos danos sofridos, concedida com a finalidade de punir o réu e de adverti-lo a não fazê-lo de novo, além de intimidar os outros com o exemplo (2015, p. 352).

Wendell ainda explica que o *punitive damages* tem sido defendido como um importante desestimulante de práticas de novos ilícitos, bem como de assegurar à vítima o sentimento de que a forma pacífica é o melhor meio para a “vingança” (2015, p. 354). É válido, ainda, assegurar que o *punitive damages* é retratado por nomes sinônimos, tendo, contudo, o mesmo significado.

Nessa perspectiva, ensina Bastos (2007, p. 89), citado por André Barreto Lima (<https://jus.com.br/artigos/56895/punitive-damage>):

Trata-se de uma indenização com o objetivo de punir o réu em uma ação civil com um valor suplementar ao que poderia ser necessário para suprir o agravo recebido, nesse sentido, tem-se que o sentimento de vingança acaba por ser aplacado com o pagamento da referida quantia.

Segundo preceitua Wendell Lopes Barbosa de Souza:

Os *punitive damages*, pela sua natureza, constituem figura à parte em relação às demais espécies de indenizações, constituindo “uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência malícia ou opressão” (2015, p. 354).

É possível observar, dessa forma, que ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, nos Estados Unidos, os danos são condenados de forma separada. Ou seja, para cumprir a função de compensação da lesão sofrida pela vítima, tem-se o *compensatory damages*, enquanto que para tratar da punição do lesante, aplica-se o *punitive damages*, conforme explica Anderson de Araujo da Silva:

Nos Estados Unidos da America, a indenização punitiva é uma verba julgada separadamente, do qual os jurados através de uma ficha de votação opinam se a conduta do réu foi reprovável (por meio de dolo ou culpa), se em maioria de votos, os jurados entenderem que positivamente, a ‘*punitive damages*’ será aplicada e a verba será fixada a este título (<http://lemelopes.com.br/artigos/>).

Dessa mesma maneira, também, é explicado por Lucas Manito Kafer ao citar SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid and other, em *Punitive damages: how juries decide* (Indenização Punitiva: como os jures decidem):

O que é a *punitive damages* no direito americano? A resposta é dada ao próprio jurado quando ele é convidado a manifestar-se no julgamento. No livro *Punitive Damages – How Juries Decide*, o autor apresenta uma cópia da ficha de votação que é entregue aos jurados e nela constam as informações necessárias para que se possa aplicar a indenização punitiva e principalmente para que se possa entendê-la. No exemplo apresentado no livro o jurado recebe uma folha com instruções e nela consta que é exigência legal a manifestação sobre se cabível ou não a aplicação de indenização punitiva e logo após passa a explicar os objetivos dela: “as intenções da indenização punitiva são de punir o réu e dissuadir qualquer réu e outros de cometer ato semelhante no futuro” (<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-introducao-da-doutrina-da-punitive-damages-no-codigo-de-defesa-do-consumidor,35871.html>).

Assim, mais uma vez diferente do que ocorre no direito brasileiro, quem decide sobre a aplicação ou não da indenização punitiva são os jurados, os quais ainda indicam até mesmo o valor que deverá ser pago por tal condenação.

No entanto, Kafer, com base nos mesmos autores, ainda aponta que para a aplicação do *punitive damages*, necessário se faz observar se a conduta do agente causador do dano ocorreu com imprudência ou simplesmente negligência:

Complementa-se, o informativo, com a premissa de que somente deve ser concedida a *punitive damages* se o jurado achar que a conduta do réu foi maliciosa ou manifestou imprudência ou insensível desrespeito com os direitos alheios[21]. Nas instruções ainda é colocada a diferença entre *reckless* e *negligence*, pois a imprudência necessita de uma consciência do ofensor de que o perigo é existente, diferentemente da negligência, onde se tem um cuidado razoável com o ato. Está clara a necessidade da intenção ou do conhecimento de poder causar o dano para aplicação da indenização punitiva (<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-introducao-da-doutrina-da-punitive-damages-no-codigo-de-defesa-do-consumidor,35871.html>).

Observa, ainda, que não são em todos os estados americanos que o *punitive damages* é aplicado, tendo ainda diferenças entre um estado e outro. Cita como exemplo o estado de Connecticut, o qual apenas estabelece o pagamento dos ônus sucumbenciais, posto que normalmente estes não são ressarcidos à parte ganhadora.

Diante do exposto, é possível concluir que para aplicação do *punitive damages*, além do *compensatory damages*, é necessário que o agente causador do evento danoso tenha agido com um comportamento repreensível, tanto por meio de dolo, como o de culpa.

Os casos de fixação do *punitive damages* e o valor de sua condenação, além da dimensão da gravidade da conduta do agente causador do evento danoso, são um pouco variáveis de um estado para outro nos EUA, até mesmo porque alguns deles possuem legislações sobre o tema e outros ficam adstritos à jurisprudência, conforme dita o *common law*.

Este fato se deve à Emenda X da Constituição Federal americana, posto que esta delimita como consequência estadual para legislar sobre a responsabilidade civil, já que não reserva à União os poderes para normatizar sobre o tema, como segue:

EMENDA X Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negado aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo. (<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>).

Nesse diapasão, afirma Wendell Lopes Barbosa de Souza:

Por autorização da Emenda X, acrescentada à Constituição Federal americana original, está reservada aos estados, e não à União, a competência legislativa acerca da temática referente à responsabilidade civil contratual ou extracontratual. (Ano, nº página)

O mesmo autor, ao citar Stuart M. Spenser, preceitua que o *punitive damages* é o tema das maiores discussões sobre a responsabilidade civil americana nos dias de hoje, por conta da *tort reform*, ou, como traduzida por ele, a reforma do sistema de indenização americano.

De acordo com os ensinamentos de André Gustavo de Andrade, Wendell esclarece:

Os valores das indenizações estabelecidas a título de *punitive damages* têm sido objeto de acirrada controvérsia entre partidários e opositores da *tort reform*, ou, em outras palavras, da reforma do sistema de indenização americano. Alguns sustentam que os montantes indenizatórios estão fora de controle, o que é atribuído, de um lado, a um excessivo poder discricionário entregue ao júri, e, de outro, à falta de reparo dos jurados para estabelecer valores (2015. P. 359).

Nesse sentido, é possível compreender que a *tort reform* caracteriza-se como a limitação dos valores fixados a título de *punitive damages* por alguns estados, através de estatutos legais, já que acreditam que os montantes condenados são de elevada monta, em razão das reflexões acima expostas. Há de frisar-se que a reforma do sistema de indenização americano possui uma associação, a qual é denominada de *American Tort Reform Association*.

Noutro diapasão, Wendell elucida que a citada associação afirma que a reforma não é baseada em anseios políticos, mas sim econômicos, já que algumas empresas buscam fugir dos estados que fixam altas indenizações a título de *punitive damages*. Cita, como exemplo, os estados da Califórnia, Illinois e Nova York.

Diante do exposto, cabe concluir que o *punitive damages* objetiva a punição do causador do dano, enquanto que a *tort reform* surgiu como uma forma de delimitá-lo de maneira justa, a fim de que o lesante possa cumprir com o ônus da condenação.

4. A CONDENAÇÃO DO DANO MORAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E DOS *PUNITIVE DAMAGES* NOS TRIBUNAIS NORTE-AMERICANOS

4.1 Pressuposto para aplicação da indenização e a prova do dano moral

Conceituado o que é dano moral e demonstrado que em nosso ordenamento jurídico sua indenização é prevista pela legislação e defendida por nossos doutrinadores, pontuaremos em quais casos cabe a compensação.

Desse modo, conforme cita Maria Helena Diniz ao mencionar a Revista dos Tribunais, não há dever de indenização se não houver um vínculo entre a ação exercida pelo indivíduo e o dano gerado. Assim, explica:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa (2010, p. 111).

Noutro giro, explica que para que haja esse vínculo não é necessário que exista ligação direta entre o fato e o dano produzido, sendo suficiente que se prove que, sem a ocorrência do fato, o dano não teria sido gerado. Assim, o causador do evento danoso terá responsabilidade para com a vítima.

Por outro lado, assevera que existem causas excludentes do nexo causal e, por consequência, não haverá dever de indenização.

Nesse sentido, são os casos de culpa exclusiva da vítima, ou seja, somente ela deu causa para que o eventual dano ocorresse, devendo ela mesma arcar com seus prejuízos; por culpa concorrente, quando lesante e lesionado deram causa para que o fato fosse gerado, devendo cada um arcar com as consequências na medida de suas ações; por culpa comum, isto é, quando vítima e ofensor causaram o mesmo dano, sendo que um compensa a ação do outro; por culpa de terceiro, sendo que, nesse caso, o causador do dano alegará a culpa do terceiro e pedirá sua exclusão da responsabilidade; e, ainda, por caso fortuito ou força maior, casos em que eliminam sua culpabilidade, ante a impossibilidade de evitá-los.

Dessa maneira, podemos concluir que, para que seja configurada a existência do dever de indenizar, é necessário que haja o nexo de causalidade entre a ação do

ofensor e o dano causado à vítima, sem que, no entanto, haja uma das hipóteses de excludentes do nexo causal.

Além do vínculo causal, ensina Venosa (2010, p. 77) ser necessário, ainda, que o lesante seja imputável, isto é, o agente, quando cometeu o ato ou a omissão, necessariamente tinha que conseguir entender a ilicitude da conduta. Em outras palavras, para ser imputável é primordial que o agente tenha maturidade, capacidade e discernimento.

Ainda acerca do dano moral, cabe levantar os seguintes questionamentos: Como é possível provar algo que se passa no interior do ser humano? De que modo se identifica quando o indivíduo sente dores psíquicas? Tais perguntas seriam retóricas, pois seriam impossíveis responder com absoluta certeza. Nessa esteira é dispensável a apresentação de provas absolutas por se tratar de presunção, como esclarece Gonçalves:

O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em contrário, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe provar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante (2010, p. 389).

Nesse sentido, tem-se que, com a comprovação de que o ato ilícito de fato ocorreu e presumindo-se que tal fato gera dor ao ser humano comum, cabe ali o dever de indenização, porém, caso seja entendido como mero dissabor do dia a dia, não haverá a justificativa para indenização.

4.2 Pressupostos para a fixação dos *Punitive Damages*

Conforme nos ensina Wendell L. B de Souza (2015, p. 356), para a aplicação dos *punitive damages*, a Suprema Corte americana fixou pressupostos para uniformizar os critérios de avaliação para sua devida fixação, de modo que se possa de fato alcançar uma devida repreensão da conduta do agente causador do dano.

Tais pressupostos foram elencados em 2003, a partir do caso *State Farm Mutual Automobile Insurance x Campbell*, conforme elucida Wendell:

Tratou-se de uma ação ajuizada por um casal (os Campbell) em virtude da prática de ilícitos contratuais por parte da seguradora State Farm Mutual contra os autores e outros de seus segurados, consistentes no não pagamento de indenizações devidas (2015, p. 356).

Afirma que, em 1ª instância, foram condenados, a título de *compensatory damages*, o valor de US\$ 2,6 milhões e, como *punitive damages*, o montante US\$ 145 milhões, tendo o tribunal de apelação diminuído os valores para US\$ 1 milhão como compensação e US\$ 25 milhões com punição. No entanto, a Corte de Utah determinou que o valor de fixação original fosse reestabelecido, para que pudesse punir de forma nacional as diversas operações fraudulentas praticadas pela ré.

Noutro giro, a Suprema Corte Americana considerou que, à punição determinada, não havia qualquer nexo de causalidade com o dano sofrido pelos autores da ação, e, portanto, a indenização devida para o caso deveria ser restringida aos danos sofridos pelas partes envolvidas no processo. Dessa forma, determinou a devolução dos autos à origem, para que fosse determinado um novo valor e assim fixou os critérios supramencionados:

I – se o dano causado à vítima é um dano físico ou se tem caráter econômico; II – se o dano é resultado de dolo, de fraude ou de grave negligência do réu; III – se o dano é resultado de ações reiteradas por parte do réu ou se representa apenas um fato isolado; e IV – também ser levada em conta a conduta do réu para verificar se é reveladora de absoluta falta de consideração e/ou de respeito pela vida ou pelos interesses de outrem (2015, p. 357).

Assim sendo, desde então, os tribunais devem levar em conta os critérios fixados pela Suprema Corte para a fixação dos *punitive damages*.

4.3 Critérios Adotados para Arbitramento do *Quantum* da Reparação

Incontrovertida a existência de um dano sofrido e de que há o dever de reparação para o caso, adentra-se na complexa fase da quantificação de arbitramento do valor indenizatório.

Nesse aspecto, aponta Gonçalves:

Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado.

Esse ponto é destacado por alguns doutrinadores como uma lacuna no nosso sistema legal. Ressalte-se, no entanto, que nem poderia ser de outra forma, já que as relações humanas não são todas exatamente iguais, presumíveis e possivelmente calculadas, já que não são como a área de exatas.

Dessa maneira, diante da falta de critérios a serem seguidos, cada magistrado deve seguir seu próprio entendimento para o caso concreto. (Ano, nº página)

Este ponto é destacado por alguns doutrinadores como uma lacuna no nosso sistema legal. Ressalte-se, no entanto, que nem poderia ser de outra forma, já que as relações humanas não são todas exatamente iguais, presumíveis e possivelmente calculadas, como se observa na área de exatas.

Dessa maneira, diante da falta de critérios a serem seguidos, cada magistrado deve seguir seu próprio entendimento para o caso concreto. Nesse diapasão, estão as palavras de Gagliano e Pamplona Filho:

O Juiz, investindo-se na condição de árbitro, deverá fixar a quantia que considere razoável para compensar o dano sofrido. Para isso, pode o magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes, ou mesmo adotados de acordo com sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de “justiça no caso concreto” (2010, p. 398).

Da mesma forma, encontram-se os ensinamentos de Washigton de Barros Monteiro, citados pelos autores mencionados:

(...) inexistem, de fato, qualquer elemento que permita equacionar com rigorosa exatidão o dano moral, fixando-o numa soma em dinheiro. Mas será sempre possível arbitrar um ‘quantum’, maior ou menor, tendo em vista o grau de culpa e a condição social do ofendido (2010, p. 398).

Assim sendo, fatos semelhantes, ou até mesmo idênticos, poderão obter resultados divergentes, ou seja, para um mesmo tipo de dano, é possível haver fixações indenizatórias com valores completamente discrepantes.

Nesse sentido, temos três jurisprudências de estados diferentes do Brasil, referentes à indenização por dano moral em casos semelhantes de negativação indevida no nome do autor da ação, cujo valor do *quantum debeat* se mostra diferente de uma ação para outra, chegando à diferença de R\$ 5.000,00, da mais baixa para a mais alta. Senão, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C **INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA**. AUTOR ALEGANDO QUE TEVE SEU NOME INCLUÍDO EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO PELA RÉ, APESAR DE NÃO TER CELEBRADO NENHUM CONTRATO OU COMPRA DE APARELHOS COM A MESMA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PARA DECLARAR A INEXISTÊNCIA DO DÉBITO OBJETO DESTES AUTOS, BEM COMO PARA DETERMINAR A EXCLUSÃO DO NOME DO AUTOR DOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO, NÃO ACOLHENDO O PEDIDO DE DANO MORAL COM BASE NA APLICAÇÃO DA SÚMULA 385 DO STJ. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PRETENDENDO A CONDENAÇÃO DA PARTE RÉ AO PAGAMENTO DE

INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL. EXISTÊNCIA DE ANOTAÇÃO INTERIOR, MAS QUE ESTÁ SENDO CONSTESTADA JUDICIALMENTE. INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO DA SÚMULA 385 DO STJ. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO EM RAZÃO DA INDEVIDA INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL IN RE IPSA. VERBETE NÚMERO 89 DESTA CORTE. **QUANTUM QUE SE FIXA EM R\$8.000,00 (OITO MIL REAIS)**, ATENDENDO AOS REQUISITOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E ESTANDO EM CONFORMIDADE COM A MÉDIA USUALMENTE ARBITRADA POR ESTA CORTE ESTADUAL EM CASOS ASSEMELHADOS. SENTENÇA QUE MERECE REFORMA. RECURSO DO AUTOR A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (Grifo nosso). (TJ/RJ, Apelação nº. 0000303-92.2013.8.19.0021, Relator JDS. Luiz Roberto Ayoub – 26ª Câmara Cível do Consumidor, julgado aos 24/07/2017).

Apelação cível. Ação declaratória negativa cumulada com **indenizatória por danos morais**. Prestação de serviço - telefonia. Incontrovertida **ilegitimidade da restrição cadastral**. Dano imaterial evidenciado. Pretensão da demandante voltada à majoração do volume indenizatório, ao lado da alteração do termo inicial de fluência dos juros moratórios para a data do evento danoso. **Reparatória mantida em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)**. Juros de mora incidentes a partir do evento danoso - Súmula n. 54 do e. STJ. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. (Grifo nosso). (TJ/SP, Apelação nº. 1108008-89.2016.8.26.0100, Relator Tercio Pires – 34ª Câmara de Direito Privado, julgado aos 18/07/2018).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA – FRAUDE NA CONTRATAÇÃO – FORTUITO INTERNO – RISCO DA ATIVIDADE ECONÔMICA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA **NEGATIVACÃO INDEVIDA** – ATO ILÍCITO CONFIGURADO **DANO MORAL** IN RE IPSA – VALOR DA INDENIZAÇÃO MAJORAÇÃO – JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO - RECURSO DO RÉU IMPROVIDO – RECURSODOAUTORPROVIDO. (...) Diante dos termos expostos, NEGÓ PROVI MENTO ao recurso do Banco Santander Brasil S/A e DOU PROVIMENTO ao recurso aviado por José Carlos Marques Pereira para majorar a **indenização por danos morais ao patamar de R\$ 10.000,00** e ampliar os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação. (Grifo nosso). (TJ/MT, Apelação nº. 37128/2018, Relatora Serly Marcondes Alves – 4ª Câmara de Direito Privado, julgado aos 04/07/2018).

Diante do exposto, podemos dizer que não há uma quantia certa à ser fixada, posto que o julgador deve valer-se de seu próprio entendimento e critérios para fixar uma quantia. Além do mais, uma situação idêntica pode ser recebida por pessoas diferentes das mais diversificadas formas possíveis. Nesse sentido, explica Venosa:

Devem ser sempre sopesadas as situações do caso concreto. O juiz avaliará a magnitude da lesão sofrida pela vítima, utilizando-se da prova, da realidade que o cerca e das máximas da experiência. Ademais, em se tratando de dano moral, a mesma situação pode atingir de forma diversa cada pessoa (2010, p. 343).

Por outro lado, o magistrado deve sempre observar a razoabilidade para o fato concreto, seguindo sempre o parâmetro da proporcionalidade. Nessa seara, é válido

destacar o posicionamento de Venosa, que preceitua, ainda, que não se deve aceitar indenização irrisória, ou seja, aquela que não satisfaz uma compensação para a vítima ou punição ao lesante. Todavia, observa também, que não se cabe a aplicação de altas quantias, as quais poderiam gerar enriquecimento ilícito por parte da vítima.

Dessa forma, os doutrinadores elencam alguns fatores que acreditam devam ser levados em consideração pelo julgador quando for fixar um valor indenizatório. Gonçalves, ao citar Maria Helena Diniz, expõe:

Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesando, à realidade da vida e às particularidades do caso *sub examine* (2010, p. 403).

Neste diapasão, pontua os fatores que ele próprio acredita serem os mais importantes:

(...) a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter antissocial da conduta lesiva (2010, p. 403).

Nessa linha, o doutrinador explica, ainda, o motivo de tais critérios. A condição da vida do ofendido pode ser questionada, levando as pessoas a pensarem se a dor de um rico valeria mais que a dor experimentada pelo pobre. No entanto, não é este o sentido dessa característica, pois, como falado no capítulo anterior, a vítima busca uma compensação para que se possa fazer algo, a fim de, aliviar a sua dor.

Noutro giro, a situação econômica do ofensor serve não apenas para conseguir repreendê-lo pela ação cometida, mas para que, também, se possa fixar um valor que o indivíduo consiga executar a obrigação imposta. Além do mais, para que não haja o comprometimento da sua sobrevivência e da sua família.

No entanto, é de extrema importância observar, ainda, as vantagens que o agente conquistou ao realizar a prática do ato lesivo, bem como a vontade de fazê-lo e as peculiaridades do fato em si, devendo o valor indenizatório ser suficiente para que o agente entenda que a prática de atos ilícitos não compensa.

Dessa forma, cabe mais uma vez pontuar que cabe ao julgador usar os critérios que acredita serem importantes para o caso em questão, posto que inexistente critério objetivo e uniforme para a fixação da compensação moral.

Gonçalves ainda menciona o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalidade ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (2010, p. 406).

E também:

Para se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado (2010, p. 406).

Nesse aspecto, tem-se que o próprio STJ segue e orienta que os magistrados sigam os critérios apontados pela doutrina.

Para finalizar, segue a visão de Venosa (2010, p.339), da qual compartilho, sobre o assunto: “De qualquer modo, é evidente que nunca atingiremos a perfeita equivalência entre a lesão e a indenização, por mais apurada e justa que seja a avaliação do magistrado, não importando também que existam ou não artigos de lei apontando parâmetros”.

4.4 Arbitramento do Quantum Debeatur dos Punitive Damages

Assim como no Brasil, nos Estados Unidos da América a fixação de um valor para indenização punitiva não possui parâmetros, ainda mais se levarmos em conta que cada estado possui suas próprias leis. No entanto, como é um país de precedentes jurisprudenciais, a Suprema Corte Americana, em 1995, traçou alguns parâmetros que devem ser levados em consideração pelos tribunais de toda a nação.

Nesse aspecto, tendo em vista que para a existência de uma jurisprudência é necessário haver um caso, narraremos com base no que preceitua Wendel L. B. de Souza.

Ira Gore Jr., em 1990, adquiriu um veículo zero da marca BMW, tendo pago a quantia de US\$ 40 mil. Ocorre que, passado nove meses, fora averiguado que algumas partes do veículo haviam sido repintadas.

Desse modo, fora alegado que o dano fora causado durante o transporte do carro da Alemanha para os Estados Unidos, através de uma chuva ácida.

No entanto, afirmando que, para a realização da venda do veículo, houve omissão de fato relevante, adentrou com ação contra a empresa BMW of North American, empresa distribuidora estadunidense da BMW, aduzindo que o automóvel, na data da compra, valia 10% a menos do que o valor cobrado.

Dessa forma, requereu US\$ 4 mil (10% do valor de um carro inteiramente novo) a título de indenização compensatória e como *punitive damages* pleiteou US\$ 4 milhões, “correspondente ao prejuízo sofrido por compradores de cerca de US\$ 1.000 automóveis repintados, nas mesmas condições do seu, que haviam sido vendidos como novos pela BMW nos Estados Unidos”.

Assim sendo, no Tribunal de Birmingham, o júri acatou o pleito inicial do autor referente à condenação punitiva, por entender que a empresa requerida cometeu omissão fraudulenta por não revelar fatos importantes sobre o produto vendido.

No entanto, inconformada com o valor fixado, a empresa ré interpôs recurso de apelação perante a Suprema Corte do Alabama, a qual reduziu o *quantum debeat* pela metade, já que entendia que apenas poderiam ser consideradas as vendas efetuadas nos estados que possuíssem legislação igual a sua.

Inconformada ainda com o valor da condenação, a BMW interpôs recurso perante a Suprema Corte americana, a qual declarou que “a decisão de 2 milhões de dólares a título de indenização punitiva é enormemente excessiva e portanto ultrapassa o limite constitucional, diante da garantia fundamental contra indenizações arbitrárias ou irracionais”.

Neste diapasão, Wendell afirma que:

A partir da decisão BMW v. Gore, considera-se violado o dispositivo constitucional do *Due Process* sempre que se verificar arbitrariedade na fixação do *punitive damages* (2015, p. 358).

Cabe esclarecer que *Due Process* significa justo processo legal. Dessa forma, a Suprema Corte considerou que altas quantias arbitradas sem tal necessidade seriam uma afronta a tal princípio.

Diante desse fato, considerando que nos tribunais as indenizações são aplicadas sem a observância da razoabilidade, fixou três pontos para serem seguidos em casos desse tipo:

(...) I – o grau de reparação da conduta do ofensor; II – a relação entre o valor da indenização compensatória e o valor da indenização punitiva; e III – a diferença

entre o valor da indenização punitiva e o das penalidades civis ou criminais impostas em casos semelhantes no Estado (2015, p. 358).

Por mais que existam critérios fixados pela mais alta corte do país, é de se observar que todos são subjetivos, portanto, cada julgador e júri, poderá interpretar uma mesma situação de forma diferenciada.

Deste modo, percebe-se que tanto no Brasil, com a indenização compensatória, como nos EUA, no caso da indenização punitiva, os valores a serem fixados ficam a critério da linha subjetiva seguida pelo julgador do caso, cabendo a eles seguirem a linha da razoabilidade e da proporcionalidade do valor indenizatório.

4.5 Relação entre a Aplicação da Compensação por Danos Morais e os *Punitive Damages* nos Estados Unidos

Diante da compreensão a respeito da indenização dano moral no Brasil e a aplicabilidade dos *punitive damages* nos Estados Unidos, necessário agora entender qual a relação de ambos na indenização em nosso país.

Como mencionado no capítulo anterior, uma das funções da indenização do dano moral no Brasil é a função punitiva. No entanto, como observado, ela é tratada de forma bem mais amena no nosso sistema jurídico do que o *punitive damages* é nos EUA. Sendo de importante ressalva que a doutrina e a jurisprudência dividem-se ao falar sobre essa função em nosso ordenamento.

Cabe salientar que, como se posiciona Gonçalves (2010, p.400), a função punitiva da reparação do dano moral, no Brasil, é aplicada apenas como reflexo da função compensatória, já que o lesante terá uma perda patrimonial, a qual poderá ser levada em consideração como a inibição da prática de reincidência do ato ilícito.

Além do mais, o doutrinador defende que no Brasil não cabe a ideia de alguns doutrinadores e até mesmo de magistrados, os quais aplicam, em suas sentenças, o *punitive damages*, o qual seria, assim como nos EUA, um adicional ao valor fixado a título de compensação.

Gonçalves baseia a tese nas diferenças econômicas, raízes históricas e costumes, porém assevera seu argumento no fato de que nosso direito é sustentado pelo direito legislado, afirmando que, conforme preceitua a Carta Magna, em seu art. 5º, II, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Nesse sentido, ainda argumenta:

É sabido que o *quantum* indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante (2010, p.401).

Dessa maneira, completa afirmando que os *punitive damages* conduzem para compensações milionárias, as quais não encontram amparo jurídico. Observa que, muitas das vezes, essa punição acaba excedendo o próprio valor a título de compensação, gerando assim um enriquecimento ilícito por parte da vítima.

Nesse diapasão, cita os ensinamentos de Luiz Roldão de Freitas Gomes:

Aqui, ainda, um cuidado se impõe: de evitar a atração, apenas pelo caráter de exemplaridade contido na reparação, de somas que ultrapassem o que representou o agravo para o ofendido. Nesta seara, mais do que nunca, há de reter-se não consistir a responsabilidade civil em fonte de enriquecimento para o ofendido. Os critérios de razoabilidade e proporcionalidade são recomendáveis, para, sem exageros, atingir-se indenização adequada (2010, p. 401).

Nessa linha, Carlos Gonçalves conclui afirmando que defende a tese de que a indenização do dano moral deve ser fixada apenas a título de compensação para a vítima.

Nessa mesma linha de ideias, tem-se a doutrinadora Maria Celina de Moraes, citada por Wendell (2015, p. 363), a qual reafirma o fato de não haver em nossa legislação previsão para aplicação da função punitiva e ainda afirma que “o instituto dos chamados (erroneamente) danos punitivos foi, por diversas vezes, rejeitado pelo legislador nacional”.

Nesse aspecto, refere-se ao artigo 16 do Projeto do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual previa a indenização punitiva, no entanto, na sanção do Código, fora vetado. E, ainda, ao projeto de Lei nº 6.960, o qual se referia à inserção de um novo parágrafo para o art. 944, do CC/2002, com os seguintes dizeres:

A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

Assim como Gonçalves, ainda afirma que a fixação de uma quantia punitiva geraria um enriquecimento ilícito por parte da vítima. Nesse sentido, está a jurisprudência mais recente, referente ao *punitive damages*, no Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do ministro Honildo Amaral de Mello Castro (AgRg no Ag 850273 / BA):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM VALOR EXORBITANTE. NECESSIDADE DA REDUÇÃO. RESPEITO AOS PARÂMETROS E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. 1. Cingindo-se, a hipótese em análise, a dano à imagem da falecida, remanesce aos herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide. 2. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. 3. A aplicação irrestrita das "**punitive damages**" **encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.** 4. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. 5. In casu, o Tribunal a quo condenou às rés em R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), tendo dividido o valor entre as rés, arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente excessivo. 6. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais), devendo ser ele rateado igualmente entre as rés, o que equivale a R\$ 72.625,00 (setenta e dois mil, seiscentos e vinte e cinco reais) por litisconsorte passiva. 7. Evidencia-se que a parte agravante não apresentou qualquer argumento capaz de infirmar a decisão monocrática que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida íntegra por seus próprios fundamentos. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.

Noutro giro, outros doutrinadores, como Venosa, Diniz, Wilson Melo da Silva, Wendell L. B. de Souza e outros, defendem a tese de que os *punitive damages* devem e são aplicados no direito brasileiro.

Wendell cita os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de retribuição). (Ano, nº página)

Nesse seguimento, posicionam-se, também, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, mencionadas por Barbosa de Souza, as quais afirmam que, com base no art. 5º, incisos V e X da CF, desde que o agente tenha praticado o dano mediante dolo ou culpa grosseira, é possível a indenização punitiva para o caso. Nesse sentido, a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal decidiu, em seu anunciado 379, que:

Art. 944 - O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

Neste diapasão, encontra-se a única jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual é de relatoria do ministro Celso de Mello:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO (AI 455846/RJ).

Assim sendo, possível ver a divergência de entendimentos tanto na doutrina, como na jurisprudência. Em razão disso, ao verificar a atualização do direito brasileiro, acredita-se que a tendência é que cada vez mais os *punitive damages* sejam aceitos e aplicados no direito civil brasileiro.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi explanado neste trabalho, pode-se concluir que, pelas divergências nos sistemas aplicados em ambos os países, por mais que o direito americano e o brasileiro reconheçam a existência e o dever de indenização no âmbito moral, suas funções, aplicações e fixações do *quantum debeat* variam.

Nesse sentido, conforme verificado, as condenações no direito brasileiro raramente passam a casa dos milhares de reais, enquanto que nos EUA a maioria das fixações indenizatórias morais quase sempre são compensações milionárias (e em dólares) ou até mesmo bilionárias.

Diante do contexto apresentado, é possível concluir que os ordenamentos jurídicos brasileiro e americano caminham no sentido de balancear a condenação pecuniária em suas sentenças. Enquanto nos Estados Unidos, o direito tem passado pela *tort reform*, buscando impedir altas punições a título de *punitive damages*, no Brasil, alguns juízes e doutrinadores têm defendido a aplicação da indenização punitiva em seus julgados.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Civil** (1916).

BRASIL, **Código Civil** (2002).

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil – Enunciados Aprovados**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>. Acesso em: 21 de jul. de 2018.

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

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Ag 850273 / BA, Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11389310&num_registro=200602623771&data=20100824&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 20 de jul. de 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. AI 455846/RJ, Relator Ministro Celso de Mello**. Disponível em: . Acesso em: 20 de jul. de 2018.

CUNHA, Fernando Antonio Maia da. **Responsabilidade Civil**. Ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**. 5. ed. Saraiva, 2010.

KAFER, Lucas Manito. **A Introdução da Doutrina da Punitive Damages no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-introducao-da-doutrina-da-punitive-damages-no-codigo-de-defesa-do-consumidor,35871.html>. Acesso em 29 de maio de 2018.

LIMA, André Barreto. **Punitive Damage**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56895/punitive-damage>. Acesso em 26 de maio de 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, Obrigações e Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATO GROSSO. **Tribunal de Justiça do Estado. Apelação nº 37128/2018, Relatora Desembargadora Serly Marconde Alves**. Disponível em:

<http://servicos.tjmt.jus.br/ViewDocumento.aspx?key=27beef5-9f71-4f46-88d3-903cc6a48f75>. Acesso em 19 de jul. de 2018.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Estado. Apelação nº 0000303-92.2013.8.19.0021, Relator Luiz Roberto Ayoub.** Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043DC5C63552BF1DAF7D9B51E592B50A10C5064A56290D&USER=>. Acesso em 19 de jul. de 2018.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado. Apelação nº. 1108008-89.2016.8.26.0100, Relator Tercio Pires.** Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11624533&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_6758db4bc59c4e32a3bb7a4885adafb0&vlCaptcha=ewwq&novoVICaptcha=. Acesso em 19 de jul. de 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Responsabilidade Civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.