

# DANOS MORAIS: O INGRESSO DA PENA CIVIL NO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

## MORAL DAMAGES: ENTRANCE OF THE CIVIL PENALTY IN THE BRAZILIAN PRIVATE LAW SYSTEM

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr<sup>1</sup> – <https://orcid.org/0000-0003-0775-2267>

Sandra Mara Franco Sette<sup>2</sup> – <https://orcid.org/0000-0002-3606-0633/>

Angela Alves de Sousa<sup>3</sup> – <https://orcid.org/0000-0003-1405-0677>

### Resumo

A tão decantada impunidade atrelada à violação ao que é proposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial a conduta praticada por empresas transnacionais, as quais se instalam em países em desenvolvimento, foram uma fonte inspiradora para o presente trabalho. O foco principal deste trabalho foi o estudo do Ordenamento Jurídico Brasileiro e a possibilidade de preencher lacunas encontradas no Instituto da Responsabilidade Civil, e, nele, as questões referentes ao dano moral atra-

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada pela Universidade Federal do Espírito Santos (1991). É advogada. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra (2015/2016). *E-mail*: [coordenacao.mestrado@unicuritiba.edu.br](mailto:coordenacao.mestrado@unicuritiba.edu.br)

<sup>2</sup> Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (2018). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA (2006). É advogada. Professora do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Rondonópolis – UNIC. *E-mail*: [sandrasette@bol.com](mailto:sandrasette@bol.com)

<sup>3</sup> Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (2017). Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Rondonópolis (2003). É advogada. Tem experiência na área de Direito Civil, com ênfase em Responsabilidade Civil e Direito Empresarial. *E-mail*: [angalvsou@gmail.com](mailto:angalvsou@gmail.com)

vés da aplicação da pena civil. O Instituto do “*Punitive Damages*”, utilizado no ordenamento jurídico de países do “Common Law”, a nosso ver, é um mecanismo que, se implementado no Brasil, pode contribuir para atender a necessidade de evitar o delíto, atuando preventivamente enquanto punindo eventuais transgressores. Neste contexto, a presente investigação conduzirá a algumas análises acerca da aplicação da pena civil aos danos morais no sistema de direito privado e público. Serão avaliados o dolo, a culpa, assim como pena civil e sua autonomia, bem como seus critérios de aplicabilidade. Tem como objetivo geral refletir e colocar questões inerentes à contemporaneidade, situando o ordenamento jurídico pátrio num aspecto amplo, inserido em um contexto global e nas particularidades dessa nova sociedade. A pesquisa iniciará-se com levantamento bibliográfico, não apenas da doutrina e seus derivados, mas inclusive em artigos e obras da área do Direito, Sociologia, Antropologia e História da Economia. Adotar-se-á o método dedutivo/indutivo, sendo este o meio mais adequado ao desenvolvimento do presente trabalho, em razão das diversas interpretações e discussões sob os mais diversos aspectos que o tema acarreta.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Responsabilidade Cível; Danos Morais; *Punitive Damages*;

### **Abstract**

The so decanted impunity attached to the violation of what is proposed in the Universal Declaration of Human Rights, in special the conduct practiced by transnational companies, which settle in developing countries, were an inspirational source for the present work. The main focus of this work was the study of the Brazilian Legal System and the possibility of filling gaps found in the Institute of Civil Responsibility, and, in it, the matters referring to moral damage through the application of the civil penalty. The Institute of Punitive Damages used in the legal system of countries of the “Common Law”, in our view, is a mechanism that, if implemented in Brazil, can contribute to attend the necessity of averting the delict, acting preventively while punishing eventual transgressors. The so decanted impunity linked to violation of what is proposed by the Universal Declaration of Human Rights, especially the practiced conduct by transnational corporations, which set up themselves in developing countries, was an inspiring source for the present work. The main focus of this work was the study of the Brazilian Legal System and the possibility of filling gaps found in the Institute of Civil Liability, and in it, the matters related to moral damage caused by the application of the civil penalty. The Institute of “Punitive Damage”, used in the legal system of “Common Law” countries, as we see it, is a mechanism that if implemented in Brazil can contribute to addressing the need to prevent crime by acting preventively while punishing eventual transgressors. In this context, the present investigation will conduct some analyzes on the application of the civil penalty to moral damages in the system of private and public law. It will be evaluated the damage, the guilt, as well as the civil penalty and its autonomy, as well as their application requirements. Have as general objective to reflect and pose questions inherent to contemporaneity, situating the homeland legal system on a broad aspect, inserted in a global context and the particularities of this new society. The research will begin with a bibliographic survey, not only of the doctrine and its derivatives but even in articles and works in the area of Law, Sociology, Anthropology, and History of Economics. The deductive/inductive method will be adopted, this being the most appropriate means for the development of the present work, due to various interpretations and discussions under the most diverse aspects of the theme.

**Keywords:** Human Rights; Civil Responsibility; Moral Damages; Punitive Damages;

**Sumário:** Introdução; 1. Patrimônio moral: conceito, natureza e proteção jurídica; 2. Punitive damages: histórico e critérios de avaliação no direito comparado; 3. O dolo, a culpa e a pena civil em face dos danos morais; Considerações finais;

## INTRODUÇÃO

Empresas transnacionais, ao deslocarem suas sedes de origem, bem como seu setor produtivo, conseguem manter em outros países, especialmente aqueles em desenvolvimento, a permanente violação de direitos de personalidade e de direitos humanos, independentemente de acordos internacionais dos quais seus países de origem sejam signatários. Nele observa-se um padrão comportamental reiterado, elevando as questões de responsabilidade civil a um nível vultoso e inimaginável quando se fala sobre a evolução da humanidade através de séculos e, sobretudo, da ameaça insana de retrocessos e anulação de direitos duramente conquistados.

Necessário se faz, assim, ao Direito moderno, assumir novos papéis, atuando com firmeza para mediar a complexa sociedade, proporcionando mecanismos de pacificação social. Portanto, buscar-se-á compreender a natureza jurídica e a proteção ao patrimônio moral, seja ele público ou privado, no sentido de trazer reflexões sobre o ordenamento jurídico brasileiro na atualidade.

Em suma, o caminho percorrido, por essa investigação, conduzirá a algumas análises acerca da aplicação da pena civil aos danos morais no sistema de direito privado e público, as polêmicas que o assunto provoca entre doutrinadores, legisladores e aplicadores, além da sociedade civil, a quem o ordenamento se destina.

Serão também avaliados o dolo, a culpa, a pena civil e sua autonomia face aos danos morais, seus critérios de aplicabilidade, tendo como norteador o histórico e critérios de avaliação dos *punitive damages* no direito comparado.

Em síntese, a proposta dessa pesquisa tem como objetivo geral refletir e colocar questões inerentes à contemporaneidade, situando o ordenamento jurídico pátrio num aspecto amplo, inserido em um contexto global e nas particularidades dessa nova sociedade. Visa levantar situações em que existam favorecimentos para que o ser humano deva ser protegido e preservado.

O exame desses pressupostos e dos instrumentos legais que os ordenam, será decisivo para apontar novas questões, estas pulsantes no tocante não apenas à força da lei e suas interpretações, mas sobretudo apontar lacunas que pretendem ser preenchidas com as alterações contidas no novo Código Civil.

Portanto, a pesquisa iniciar-se-á com levantamento bibliográfico, não apenas da doutrina e seus derivados, mas através de artigos e livros assinados por doutrinadores consolidados na área do Direito, como também com aportes inestimáveis da Sociologia, da Antropologia, da História e da Economia.

Para tanto, será adotado o método dedutivo/indutivo, pelas razões já apontadas, sendo este o meio mais adequado ao desenvolvimento do presente trabalho, tendo em vista o tema atual e patente de interpretações e discussões sob os mais diversos aspectos.

# 1 PATRIMÔNIO MORAL: CONCEITO, NATUREZA E PROTEÇÃO JURÍDICA

Para definir o conceito de patrimônio moral, sua natureza e respectiva proteção jurídica, necessário se faz estabelecer distinção entre o público e o privado e, nesta linha, esclarecer outro conceito que é o do patrimônio moral da pessoa jurídica, para diferenciá-lo do patrimônio moral da pessoa física.

O patrimônio público está protegido e explicitado na Lei da Ação Popular de 4.717 de 29.06.1965, em seu art. 1º, que define como sendo o conjunto de bens e direitos que possuam valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, pertencentes à administração pública de forma direta ou indireta. Ou seja, incluem-se nesse patrimônio bens materiais e imateriais cujo pertencimento é de um ente público que pode ser a União, um Estado, um Município, uma autarquia ou uma empresa pública.

Para o Código Civil, no art. 98, a distinção é clara ao classificar como patrimônio público aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, dispondo que *“são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”*

Incluídos em bens públicos, ou bens comuns, estão os rios, mares, estradas, ruas e praças, bem como edifícios ou terrenos destinados como sedes da administração pública, sejam elas municipais, federais, estaduais, inclusive de suas autarquias, estes últimos sendo considerados bens de uso especial.

O patrimônio público é, portanto, um direito difuso, de natureza indivisível e que não tem uma titularidade individualizada, seu pertencimento é da ordem do coletivo, dos cidadãos, do Estado, da administração pública.

No tocante ao patrimônio moral é preciso esclarecer que o mesmo é abrangente e inclui tanto o patrimônio público quanto o privado. O primeiro é regido por princípios éticos, estes resumidos no art. 37 da Constituição Federal, que exige lisura de todos os agentes públicos, os quais devem agir dentro da moral, da boa-fé, da honestidade, requisitos essenciais para o bom funcionamento da administração dos bens públicos.

As formas de controle da atividade administrativa dos bens públicos devem ser exercidas por órgãos competentes e designados para tal fim, como os Tribunais de contas, as controladorias e corregedorias entre outros, que devem punir exemplarmente, utilizando os institutos da responsabilidade civil, penal e administrativa.

Lamentavelmente, embora o ordenamento jurídico seja claro no tocante a deveres e condutas de seus representantes, na prática amplamente difundida pela mídia o que se percebe é que o patrimônio público tem sofrido ataques inimagináveis por parte dos que deveriam zelar pela sua integridade.

O Direito Privado possui conceito composto por um conjunto de normas jurídicas de natureza privada, portanto, aquela que disciplina as relações particulares, sendo sua natureza diferenciada das normas jurídicas de natureza pública, como descrito anteriormente.

Por serem distintos no que concerne à aplicação de regimes jurídicos diferenciados, o direito público, anteriormente mencionado, obedece no ordenamento jurídico brasileiro a um outro tipo de regime, diverso do direito privado.

No Direito Privado se compreende ainda dois tipos de patrimônio: o físico, representado por bens, e o moral, que significa tudo o que fere os valores fundamentais da personalidade, que ao serem violados podem ser enquadrados no dano moral.

O dano moral, no âmbito do direito civil, representa os efeitos por ele causados, como dor, sofrimento, desconsideração social, no descrédito à reputação, a humilhação, entre tantos outros, justificando o reconhecimento de uma indenização, sendo fundamento para a pena civil.

Ao se inserir na Constituição os direitos de personalidade e, por consequência, dos danos morais, constata-se que os dois institutos vêm passando por notável evolução. Considerando que se trata de direitos extrapatrimoniais, os direitos de personalidade têm perfeita afinidade com o instituto do dano moral, dada a natureza de ambos, que têm em comum a proteção de bens que integram o interior da pessoa, ou seja, aquilo que lhe é inato, por sua condição humana, bens imateriais e que devem merecer a tutela do direito.

A aceitação da função punitiva no Brasil é recente e necessita de uma nova definição no tocante a sua funcionalidade, bem como de requisitos para sua aplicabilidade, uma vez que a forma no ordenamento jurídico pátrio diverge da teoria alienígena, que não se enquadra na doutrina normativa do Código Civil vigente.

Na conceituação de responsabilidade civil, sob a ótica do Direito Privado, a agressão que pode se manifestar de maneiras variadas, se dirige ao interesse de ordem particular e, nesse caso a pena se traduz em forma de compensação pecuniária à vítima no sentido de reparação do dano causado, na tentativa de recolocar o lesado na situação anterior ao dano.

Entretanto o dano ao patrimônio moral, por se tratar de bens não mensuráveis, causa um certo incômodo no tocante à definição do *quantum* indenizatório, tendo em vista a necessidade de se manter o equilíbrio, tanto para reparar devidamente a vítima quanto para evitar a possibilidade do enriquecimento ilícito.

Outro aspecto a ser considerado é o dano causado à imagem por meio das redes sociais, ou seja, aqueles praticados via *internet*, a partir dos chamados “negócios virtuais”,

*(...) o direito à imagem é de grande elasticidade, cuidando da proteção conferida à pessoa em relação à sua forma plástica e aos respectivos componentes identificadores (rosto, olhos, perfil, busto, voz, características fisionômicas) que a individualizam na coletividade, deixando antever um amplo espectro, formado por um conjunto de características que permitem a sua identificação no meio social... A tutela jurídica do direito à imagem (CC, art. 20) segue, em linhas gerais, a regra do art. 12 do Código Civil, que tem caráter geral. Basicamente a proteção do direito à imagem se aperfeiçoa através da tutela preventiva (inibitória), com o escopo de impedir que o dano ocorra ou se alastre. Não afasta, de qualquer modo, a possibilidade da tutela repressiva, através de ação de indenização por danos extrapatrimoniais (comumente chamados de danos morais), quando o dano já. Se concretizou, independentemente de causar prejuízos (ROSENVALD; CHAVES, 2007, p.140).*

A internet não está excluída do ordenamento jurídico. Pelo contrário, existem leis que regem essa “geografia virtual”, visando coibir e punir devidamente aqueles que cometem ilícitos nesta área de atuação. O controle na rede é efetuado através da identificação das máquinas (computadores) que deram origem a ofensa se tornando, portanto, possível provar o dano e proceder a penalização.

*(...) se faz necessário que o Direito Virtual torne-se, cada vez mais, estudado pelos juristas e, sobretudo, tratado pelos tribunais com a seriedade, imputando de forma implacável aos que ali operam a responsabilidade por seus atos. Nesta seara, isto é, na imputação da responsabilidade pelo dano à imagem perpetrado virtualmente, quer na atividade empresarial ou não, que se faz necessário um estudo mais aprofundado, utilizando-se da Ciência Jurídica e da Informática, para a correta atribuição e efeitos indenizatórios. (REZENDE, 2010, p. 9).*

A questão do dano moral em ambiente virtual, embora já tenha proteção legal, ainda necessita de muitos ajustes e de uma interação do Direito com os profissionais de informática e, claro, de um trabalho conjunto para que seja cada vez mais célere e efetivo.

A distinção de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, tem o mesmo significado. O primeiro trata de prejuízo econômico material e o segundo, versa sobre o abalo psíquico sofrido e que, portanto, não são representativos de danos econômicos.

Na jurisprudência brasileira, são diversos os ordenamentos que protegem os direitos nas duas esferas, tais como a Constituição de 1988, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor entre muitos dispositivos legais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, tem respaldo na Constituição, já em seu 1º art., que se baseia na lógica jurídica, através do reconhecimento dos direitos da personalidade e da indenização, preceitos naturalmente acompanhados pelo Código Civil em vigor.

Apesar de todos os mecanismos protetivos encontrados no ordenamento jurídico pátrio, o instituto dos *punitive damages* acabou se evidenciando em razão de a compensação através da indenização por danos morais não conseguir, isoladamente, resolver os conflitos existentes.

*Assim, atualmente o conceito de punitive damages mostra-se desvinculado de sua ligação originária com a indenização dos danos extrapatrimoniais. Porque suas finalidades precípua passaram a ser a punição e a prevenção, o foco passou a incidir não sobre a espécie do dano, mas sobre a conduta do seu causador. (PARGENDLER, 2004, p. 12).*

O instituto traz um meio de tornar efetivo o princípio constitucional à dignidade da pessoa humana, além de funcionar também como prevenção no tocante a coibir abusos muitas vezes cometidos por empresas, ora contra cidadãos, seus próprios consumidores, ora contra seus empregados/funcionários.

## 2 **PUNITIVE DAMAGES: HISTÓRICO E CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO NO DIREITO COMPARADO**

O principal questionamento que se apresenta é no sentido de averiguar se os *punitive damages* seriam mecanismos eficazes no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale salientar que a expressão *punitive damages* foi utilizada pela primeira vez em 1973, no Direito Inglês no caso *Huckle v. Money*, e a partir do século XX, passou a ser desenvolvido no Direito norte-americano, em decorrência do crescimento demográfico e do desdobramento da industrialização. A aplicação do instituto *punitive damages* sofre influência do federalismo norte-americano, havendo assim a ausência de aceitação do instituto por cinco Estados americanos, Louisiana, Nebraska, Washington, Massachusetts e Hampshire.

*Por conseguinte, o instituto dos **punitive damages** se apresentam de forma diversificada nos Estados norte-americanos que o utilizam, mesmo que substancialmente seja conceituado da mesma forma, como dispõe o § 908 do **Restatement of Torts**, elaborado pelo **American Law Institute**: indenização que não a compensatória, concedida contra uma pessoa para puni-la por sua conduta ultrajante e dissuadi-la, e outras como ela, de praticarem condutas semelhantes no futuro. (BONNA, 2018, p. 193)*

Cumprido salientar que a responsabilidade civil e seu desenvolvimento sempre visou a proteção da vítima, embora anteriormente a conduta ilícita do lesante ficasse sem proteção, pois era colocada como algo menos importante, já que o objeto principal era proteger o ofendido. Assim, surgiu a teoria dos *punitive damages*, com o intuito de punir o ofensor através de um *quantum* indenizatório majorado que pudessem compensar a vítima de maneira satisfatória.

*Não basta reconhecer os amplos aspectos da personalidade e os direitos inerentes a ela, é preciso, sobretudo, que o instituto jurídico ofereça mecanismos aptos a proteger os importantes valores das pessoas. Isto porque, de nada adiantaria dimensionar a personalidade das pessoas, sem permitir, ao mesmo tempo, normas que sejam capazes de assegurar aos seus titulares a tutela contra agressões de terceiros. (REIS, 2017, p. 8)*

Para o autor, supramencionado, o reconhecimento dos aspectos da personalidade e seus direitos são insuficientes e o instituto jurídico deve conter mecanismos que protejam efetivamente os valores das pessoas, uma vez que além de conceituar e definir a personalidade, é preciso que existam normas capazes de assegurar sua tutela contra agressões.

No entanto, se faz imprescindível traçar algumas considerações acerca do instituto *punitive damages*, cuja questão nos é apresentada pelo professor americano Zirpuski, que nos leva a refletir se a teoria absorvida pelo ordenamento jurídico americano pode ser incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

*The Need for a Theory of Punitive Damages What does the word “punitive” mean in the phrase “punitive damages”? – The standard answer is that punitive damages are intended to punish a defendant who has engaged in a form of tortious conduct that is particularly egregious. (ZIRPUSKY, 2005, p. 105)*

Em tradução livre, podemos compreender o pensamento do professor Zirpusky como uma forma de responder à expressão de “dano punitivo”, como sendo aquele que tem a intenção de responsabilizar o ofensor que cometeu uma conduta tortuosa e especialmente odiosa com relação a um terceiro. Para o autor, além dessa definição, a expressão tanto cabe juridicamente no sentido civil quanto no penal, justificando:

*The answer is that the word “punitive” has two connotations. One meaning-as already indicated-is that punitive damages are intended to punish a defendant who has acted egregiously. But a more fundamental meaning within tort law is that punitive damages are permitted in light of our legal system’s recognition that the plaintiff has a right to be punitive. (ZIRPUSKY, 2005, p. 106)*

Na visão de Zipursky, a dupla função do termo “punitive” justifica a utilização do sistema, pois a um só tempo serve para punir o ofensor, que agiu de forma odiosa, e permite o reconhecimento do uso do direito de ser punido pelo ilícito cometido.

*Para os americanos, o instituto em apreço refere-se a indenizações especiais e altamente excepcionais determinadas por um Tribunal contra um acusado onde o ato ou omissão por ele praticado era de uma natureza particularmente odiosa, maliciosa ou arbitrária. São, portanto, sanções impostas pelo ordenamento ao causador do dano em razão de peculiaridades inerentes nesta conduta. (RESEDÁ, 2008, p. 228)*

Na interpretação de Resedá, o instituto dos *punitive damages* é admitido em situações excepcionais, ou seja, quando a indenização é determinada por um tribunal diante de um acusado que teve comprovada sua atitude delituosa.

*(...) nos países integrantes da chamada “família do common law”, integrada pelo Direito Inglês e, com algumas exceções, pelos Direitos dos demais países de língua inglesa, essa divisão foi sensivelmente relativizada. É largamente difundido, no Direito norte-americano, o entendimento de que o tort law tem por finalidade não apenas a reparação ou compensação do dano ocorrido, mas também a prevenção de danos futuros. A idéia de que a responsabilidade civil atuaria como fator de dissuasão (deterrence) de certos ilícitos é recorrente na doutrina e na jurisprudência. (ANDRADE, 2017, p. 4)*

A indenização punitiva ou, como vem sendo tratada aqui com o nome original em inglês *punitive damages*, representa o reconhecimento de ato ilícito passível de indenização, mas com o objetivo *a priori* de desestimular a reincidência, uma vez

que são aplicadas em ilícitos civis não aceitos e, caso fique clara a intenção de prejudicar terceiros, simplesmente ignorando os direitos da outra pessoa.

Essa punição específica surge a partir da constatação de que é impossível o ressarcimento ser promovido apenas por uma compensação financeira, por se tratar de danos imateriais, difíceis de serem quantificados. A dificuldade se dá, em especial, por serem danos emocionais, que prejudicam a pessoa em sua integridade emocional e às vezes com consequências físicas, abalando sua autoconfiança, a depender de uma avaliação de um especialista. Enfim, esse tipo de indenização, comum na Europa e nos EUA, tem como propósito punir exemplarmente o autor a ponto de fazê-lo repensar sua conduta.

A doutrina dos *punitive damages* nos Estados Unidos faz parte do sistema jurídico conhecido como *Common Law*, ou Direito Costumeiro, isto é, o que tem como fundamento a doutrina do *Stare Decisis*. Este tem origem no direito inglês e decorre da expressão latina *stare decisis et no quieta movere*, sendo também conhecido como *Doctrine of Precedents*, determinando que uma ou várias decisões de uma *appellate court*, devem ocorrer no mesmo tribunal, ou entre os juízes a ele subordinados.

Nos Estados Unidos, o Direito Constitucional, faz com que a expressão signifique que as Cortes devem dar o devido peso e valor ao precedente, levando em conta que se a decisão anterior é impositiva, deverá seguir sem reconsideração.

O *stare decisis* e o Estado Democrático de Direito, já que a primeira assegura que o segundo não se altere de forma constante e errônea, favorece para que a sociedade pressuponha que os princípios fundamentais estão fundados no direito e não nas vontades individuais.

É esta forma de pensar coletiva que mantém a sociedade sob os ditames legais, tanto por ter ciência de que se não o fizer, será exemplarmente punido (a) e também por saber que de outro lado, está protegido enquanto cidadão caso tenha seus direitos de alguma forma ameaçados. A crença de que os princípios estão preservados em comum acordo com os anseios sociais, leva a maioria a agir dentro dos padrões exigidos pelo ordenamento jurídico.

Há ainda que ser mencionado a duas classificações para o *stare decisis*, ou ideia de respeitar seus próprios precedentes, ou seja, tem o efeito vinculante, mas interno, o que seria um *stare decisis* horizontal. No sentido vertical, as decisões vinculam externamente e atingem a todos, sendo obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário, pois “(...) a *Common Law* constrói se a partir de fatos concretos, ou seja, de experiências vivenciadas, de forma que a evolução das regras e critérios de aplicação dos *punitive damages* se deu com base em casos concretos e emblemáticos.” (ZANON, 2016, p.8)

É consenso, portanto que a *Common Law* deve ser aplicada a partir de dados concretos, de experiências vividas e não a partir de hipóteses como acontece em outros casos.

Para se compreender a questão do dano punitivo na Europa, é preciso entender que os sistemas europeus continentais geralmente o desaprovam, pois em questões territoriais é preciso estar atento se aquela região da Inglaterra faz ou não parte da União Européia, pois quando não está claramente definido pode causar certo desconforto. O sistema de direito comum é bem mais familiarizado com indenizações punitivas, embora não com a mesma extensão que os Estados Unidos. Essa diferença é importante porque a lei da União Européia reflete através da incoerência o contraste entre direito comum e direito civil continental na Europa, como nos esclarece KOZIOL:

*Regarding European law, it is true that, in principle, the continental civil law systems disapprove of punitive damages (although one has to confess that there are some departures from this idea). Further more, one has to remember that England and Ireland are part of Europe and the European Union (although England sometimes gives the impression that it prefers to forget this). The English and Irish common law system is, of course, familiar with punitive damages, although not to the same extent as the U.S. This is important because it seems to influence, to some extent, EU law, which is inconsistent in reflecting the contrast between common law and continental civil law in Europe". (KOZIOL, 2008, p. 748)*

A compreensão do sistema europeu e das inúmeras subdivisões entre os países que estão ou não inclusos no bloco dos que pertencem à União Europeia, esclarecem os motivos pelos quais as interpretações dos *punitive damages* ganham contornos tão diferenciados dos Estados Unidos. Essa comparação logicamente depende de questões geopolíticas e seus consequentes desdobramentos.

Especialmente no tocante aos danos extrapatrimoniais, o valor é imputado aos bens subjetivos, o que ocorre nas Cortes de Justiça. No Direito Comparado, é observado que são adotados critérios de fixação das indenizações por dano moral, tais como no direito inglês, no Reino Unido, na Irlanda e em Portugal, cujos ordenamentos oferecem tabelas como parâmetros para a aplicação dos *punitive damages*.

Os critérios adotados, em geral, são a razoabilidade e proporcionalidade, a análise de circunstâncias, as condições socioeconômicas do ofendido e do ofensor e, no caso deste último, os benefícios obtidos com a prática do ilícito.

A jurisprudência consolidada de nossos tribunais superiores é no sentido de se “*adotar critérios mais ou menos lineares, escorando-se em julgamentos anteriores e em parâmetros desenvolvidos pela doutrina (...)*.” (BATISTA, 2014, p.120)

Sendo assim, a aplicabilidade do instituto dos *punitive damages* já é aceita com raras exceções no ordenamento jurídico brasileiro. As críticas de sua aplicabilidade se encontram na argumentação, tendo como fundamento o fato de que as mesmas poderiam se transformar em enriquecimento ilícito, fato que é desconstruído pela ponderação da fixação do quantum indenizar, e assim se evitando a chamada “*indústria do dano moral*”.

Os critérios adotados pelos tribunais superiores brasileiros, ao fixar o *quantum* devido, são o da razoabilidade e da proporcionalidade em relação ao grau de culpa, nível socioeconômico do ofendido e porte econômico do ofensor, de forma suficiente a restaurar o bem-estar da vítima, desestimular o ofensor em repetir a falta, não podendo, além disso, implicar o enriquecimento sem causa do ofendido.

Deve ser observado que ao assim proceder, diferentemente do sistema norte americano, o foco não é o dano, deixando de observar o comportamento do agente e sua reprovabilidade pela sociedade, havendo que responsabilizado, no sentido punitivo e pedagógico, sem qualquer diferença entre o dano patrimonial e o moral.

Adotando-se a função punitiva, o dano moral poderia ser utilizado como forma preventiva, atuando junto ao ofensor como um fator de desestímulo à lesão de direitos humanos, o que permite certa segurança jurídica.

### 3 O DOLO, A CULPA E A PENA CIVIL EM FACE OS DANOS MORAIS

Antes de adentrar ao mérito da pena civil e de sua autonomia face aos danos morais, é preciso estabelecer as diferenças entre dolo e culpa, assim como os desdobramentos deles advindos. Assim, o dolo, é quando o agente quis o resultado do ato ilícito intencional ou assumiu o risco de produzi-lo, ou seja, aquele que tem o objetivo de causar o dano, em manifesta vontade livre e consciente.

*A verdadeira ruptura na experiência do Direito Privado brasileiro não se encontra no advento do novo Código Civil, mas na assunção de uma nova postura hermenêutica, com fundamento na ideia de que a Constituição vige com supremacia também nas relações privadas. Contudo, é evidente o grande desafio de superar uma proclamação apenas aparente, na busca de um ideal de uma democracia verdadeira, com “concreta” efetivação das normas jurídicas e a consolidação de uma cidadania inclusiva. (SANTOS; COELHO, 2017, p.3)*

A culpa resta configurada quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, podendo ser definida como voluntaria omissão de diligência em calcular as consequências possíveis e previsíveis do fato, porém sem a livre intenção de causar o dano.

A negligência, que se caracteriza pela responsabilidade que começa de modo subjetivo, pode vir a causar o dano, resultando em culpabilidade pelo ato. Já a imprudência pode ser definida quando o agente causador do dano tem consciência do risco da atividade, mas assim mesmo a realiza acreditando que não causará danos a terceiros. A imperícia se dá em casos aonde há falta de experiência e de prática para determinadas atividades (erro médico ou técnico, por exemplo), e ao executar o serviço ou o atendimento, acaba causando danos a alguém. Em quaisquer das três situações a culpa está presente, do ponto de vista jurídico.

*Formado por um elemento intelectual (consciência) e por um elemento volitivo (realizar) o dolo significa a vontade livre e consciente de querer praticar uma conduta descrita em uma norma penal incriminadora. Assim, bastará apenas que o agente queira a realização dos componentes objetivos do tipo naquele caso específico e concreto e saiba exatamente aquilo que faz, para que se possa atribuir-lhe o resultado lesivo típico a título de dolo. Para que uma ação dolosa pressuponha a existência de um crime é necessário que a conduta criminosa se amolde em um injusto penal. Eis que o injusto penal é a confirmação da presença do fato típico com a ilicitude. (MIASHIRO, 2009, p.2).*

Para efeitos de conceituação, a culpa é um elemento do fato enquanto a culpabilidade é a análise do crime. No dolo o que é levado em conta é à vontade, ou intenção do agente para a prática do ilícito, enquanto na questão da culpabilidade o que se analisa é a

reprovação da conduta, levando em conta as circunstâncias em que foi aplicado, de acordo com a autora.

O dolo e a culpa no ilícito civil assumem significados distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o ilícito penal, fazendo parte integrante do elemento subjetivo da culpabilidade, não sendo duas espécies de um mesmo gênero.

No sistema brasileiro a função punitiva foi eliminada pela evolução da responsabilidade civil, contribuindo para a neutralização de qualquer distinção entre culpa e dolo, “à medida que a transferência dos danos ao ofensor passa a se exprimir objetivamente pela extensão dos danos que causou o ofendido, sem qualquer relevo para a intencionalidade ou não de seu agir.” (ROSENVALD, 2017, p. 222).

Contudo, necessário que os legisladores se ocupem de fundamentar a legalização do instituto, ainda inexistentes no ordenamento jurídico pátrio. O Código Civil abre espaço com suas alterações para que isso ocorra, no sentido de ampliar a ação da responsabilidade civil, com o devido ajuste legal visando não apenas compensar danos, mas, sobretudo, prevenir que condutas lesivas se deem continuamente.

*(...) do autor do ilícito, passou-se a utilizar o art. 944 do Código Civil Brasileiro com a finalidade de reduzir o montante da compensação devida. O argumento é que o objetivo principal seria de evitar a desproporção entre a ação e o dano, porém, se a função da responsabilidade civil fosse apenas de reintegração, sem se destinar a punir, seria irrelevante apurar-se a culpa. (LOURENÇO, 2006, p. 252).*

As sanções não punitivas, no ordenamento jurídico brasileiro, possuem finalidade tão somente reparatória. No entanto, sabidamente, o comportamento humano encontra-se em constante mutação, exigindo do direito a evolução de seus propósitos, onde há socialização do dano, para não somente reparar, mas também coibir condutas lesivas, as quais são objeto, em muitos casos, de enriquecimento do ofensor. A responsabilidade civil, no presente contexto, não possui instrumentos satisfatórios para prevenir e punir o ofensor, se prestando tão somente a reparar o dano na exata medida deste.

*(...) se a repressão é função do direito penal e a indenização, incumbência da responsabilidade civil, por vezes ocorre uma interpenetração entre as funções reparadora e punitiva. Nos dias atuais, mesmo o direito penal não se preocupa apenas com a punição, mas igualmente com a reparação do prejuízo causado à vítima ou à própria coletividade (prestação de serviços à comunidade, reparação do dano “ex delicto”. Assim, v.g., os serviços comunitários, ainda que se trate de pena, distingue-se das sanções repressivas clássicas, porquanto permite ao delinquente pagar sua dívida por meio de atividade socialmente útil, uma contribuição positiva, que visa a compensar os dissabores causados pela infração. (KFOURI; SOUSA, 2017, p. 164)*

Uma reflexão importante é no sentido de que o Direito Privado é a área específica do Direito voltada para o campo das restituições, compensações e reparações, tendo no *punitive damages* a função de desestímulo ao ilícito, exigindo restituição em dobro por cobrança indevida, por exemplo, se o dano for cometido por má fé, conforme preconiza art. 940 Código Civil Brasileiro.

Outro aspecto a ser apontado é que a pena privada, para ser assim considerada, deve distinguir, no instituto do dano moral, as diferenças entre o que é simples reparação ou compensação, daquilo que é o valor adicional, este como efeito de punição.

Desse modo, a aplicação das indenizações punitivas, para que se alcance verdadeiramente o papel da responsabilidade civil, deve obedecer primeiramente aos fundamentos da Constituição, de modo a realizar tanto como advertência ao ofensor, quanto para validar sua forma de ação, o cuidado de ter sempre como foco central a dignidade da pessoa humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há autores, como o insigne Humberto Theodoro Junior, que enfatizam a impossibilidade de se atribuir à compensação do dano moral a finalidade punitiva, ou sancionatória. Invoca-se o princípio insculpido no art. 5.º, inc. XXXIX, da Constituição Federal ao dispor que não há crime, sem lei anterior que o defina, nem pena, sem prévia cominação legal, vedando a imposição de pena sem expressa previsão legal. Também o art. 5.º, inc. V, da Lei Maior, ao se referir a direito de resposta, equivalente ao agravo – ou o art. 944, *caput*, do Código Civil (a indenização se mede pela extensão do dano) – vedariam essa função punitiva da compensação do dano moral.

Entende-se que o *nullum crime, nulla poena sine lege* possui aplicabilidade restrita às penas de natureza criminal. A sanção civil, nada obstante a finalidade de exercer coerção sobre o autor da ofensa – e atingi-lo em seu patrimônio – afasta-se do universo penal, para atuar em campo delimitado, de natureza civil.

Quanto à equivalência entre agravo e indenização, decorrente da interpretação já referida do inc. V do art. 5º da Constituição Federal ou, mesmo, a atenção que se deve ter à extensão do dano, como medida da indenização, não se vislumbra óbices à finalidade punitiva do dano moral. Justamente pelo fato de a lesão ao atingir o patrimônio moral do ser humano, ofender direitos da personalidade, a integridade psicofísica, os valores mais relevantes que compõem o conceito de dignidade humana, o imensurável patrimônio da consciência. A imposição de valor em pecúnia, com finalidade punitiva, justifica-se amplamente.

Ao Direito não cabe satisfazer apenas o papel de tornar a vítima indene, sem danos ou de mera recomposição patrimonial, mas sim cumprir sua função de prevenção, de desestímulo, ou seja, uma finalidade pedagógica.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Ed. Forense Universitária – Rio de Janeiro. 2007.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. Critérios para Fixação dos Danos Extrapatrimoniais. *Revista de Direito*. V. 6, n. 1, 2014, fls. 103-135. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/..ojs/revistadir/artic le/view/1673>. Acesso em: 01 mai. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Por um ensino humanista do direito civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-um-ensino-humanista>>. Acesso em: 03 mai.2019

BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages*, critérios à aplicação no direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.190-222, mar. 2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/30004/23355>. Acesso em: 03 mai.2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 mai.2019.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Lei 10.406 de 10.01.2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03 mai.2019.

BRASIL. *Lei da Ação Popular*. Lei 4.717 de 29.06.1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm). Acesso em: 03 abr.2019

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3.ed. ver., ampl. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

KFOURI NETO, Miguel; SOUSA, Angela Alves de. As Grandes Empresas, o Cidadão e a Função Punitiva do Dano Moral, Breves reflexões à luz da obra de Suzanne Carval. *Revista Unicuritiba*, v. 1, n. 18, ano 2016, fls. 160-176. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/issue/view/99>. Acesso em: 01 mai.2019.

KOZIOL, Helmut. *Punitive Damages – A European Perspective*. *Repository Citation*, V. 68, number 3, 2008. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol68/iss3/3>. Acesso em: 01 mai.2019.

LOURENÇO, Paula Meira. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil* (Portuguese Edition). Portugal, Coimbra, 2006.

MIASHIRO, Cynthia Pola. O Dolo e a Culpa fazem parte da culpabilidade ou da tipicidade de ambas? *Jurisway*, 2009. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=2287](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2287). Acesso em: 02 mai.2019.

NEGRÃO, Teotônio. *Código civil e legislação civil em vigor*. Org. Teotônio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 22. ed. atual, São Paulo, Saraiva, 2003.

PARGENDLER, Mariana. *O caráter exemplar da indenização e o Direito Civil Brasileiro*, pena privada ou punitive damages. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2004/pargendler.pdf>. Acesso em: 01 mai.2019

REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. Ed. Saraiva, São Paulo. 1978.

REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo Código Civil brasileiro. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1406](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1406). Acesso em: 01 mai.2019.

REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. Forense, Rio de Janeiro, 2001.

RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damages nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008 – Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf> , 01.05.2019 19:46:28.

ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007

ROSENVALD, Nelson, *As funções da responsabilidade civil, a reparação e a pena civil*, São Paulo, Saraiva, 2017.

REZENDE, Elcio Nacur, *O Uso da Imagem das pessoas naturais e seus reflexos nos negócios virtuais*. Conpedi, 2010. Virtuajus – PUC Minas. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2009/Docentes/O%20USO%20INDEVIDO%20DA%20IMAGEM%20DAS%20PESSOAS%20NATURAIS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NOS%20NEGOCIOS%20VIRTUAIS.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2009/Docentes/O%20USO%20INDEVIDO%20DA%20IMAGEM%20DAS%20PESSOAS%20NATURAIS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NOS%20NEGOCIOS%20VIRTUAIS.pdf)> Acesso em: 01 mai.2019.

SANTOS, Fernanda Barbosa dos; COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos. Nova Hermenêutica e Constitucionalização: A revisão paradigmática do Direito Privado e a Construção do Estado Democrático de Direito. *Parlatorium. Revista Eletrônica da FAMINAS*, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.faminasbh.edu.br/upload/downloads/201112061847427664.pdf> Acesso em: 03 mai.2019

ZANON, Patrice Barricelli, *Punitive Damages no direito do consumidor brasileiro*, Disponível em: <https://docplayer.com.br/61713157-Punitive-damages-no-direito-do-consumidor-brasileiro.html>. Acesso em: 05 mai.2019