

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu

Marcelo Vieira Rabelo De Freitas

DANOS PUNITIVOS: A indenização por dano moral como violação de direito fundamental da personalidade e a função garantidora do texto Constitucional como método desestimulante de violação da norma *inviolável*

Belo Horizonte

2022

Marcelo Vieira Rabelo de Freitas

DANOS PUNITIVOS: A indenização por dano moral como violação de direito fundamental da personalidade e a função garantidora do texto Constitucional como método desestimulante de violação da norma *inviolável*

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação *stricto sensu*, na área de concentração em Direito Privado da Faculdade Mineira de Direito-PUCMINAS, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Privado em 2022.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

Área de concentração: Direito Privado

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F866d Freitas, Marcelo Vieira Rabelo de
Danos punitivos: a indenização por dano moral como violação de direito fundamental da personalidade e a função garantidora do texto Constitucional como método desestimulante de violação da norma inviolável / Marcelo Vieira Rabelo de Freitas. Belo Horizonte, 2022.
218 f.

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. [Constituição (1988)]. 2. Direitos e garantias individuais. 3. Indenização. 4. Punição. 5. Reparação do dano. 6. Direitos da personalidade. 7. Responsabilidade civil. I. Souza, Adriano Stanley Rocha. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.426

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Marcelo Vieira Rabelo de Freitas

DANOS PUNITIVOS: A indenização por dano moral como violação de direito fundamental da personalidade e a função garantidora do texto Constitucional como método desestimulante de violação da norma *inviolável*

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação stricto sensu, na área de concentração em Direito Privado da Faculdade Mineira de Direito-PUCMINAS, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Privado em 2022.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

Professor Membro: Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli

Professor Membro: Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Membro: Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza

Professor Membro: Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende

Belo Horizonte 14 de dezembro de 2022

A objetivação é o processo que torna concreto o que é abstrato, que materializa a palavra, que transforma o conceito em objeto. Na realidade, ela substitui o conceito pelo que é percebido, o objeto pela sua imagem, a imagem tornando-se o objeto e não sua representação. (ROUQUETTE, 1994, 172)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente, ao Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende por ter me iniciado no ramo da pesquisa quando este me orientou no curso de mestrado. Em seguida, ao Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza por ter me incentivado a iniciar o curso de doutorado, servindo como mola propulsora dos meus estudos.

A todos os professores da Faculdade Mineira de Direito. Em especial aos professores: Prof.(a). Dra. Wilba Lúcia Maia Bernardes; Prof. Dr. Marcelo Galuppo; Prof.(a). Dra Taisa Maria Macena; Prof. Juventino Gomes de Miranda Filho; Prof. Dr. Moacyr Lobato; Prof. Dr. Davidson Malacco; Prof. Dr. Carlos Henrique Soares; Prof.(a). Dra. Maria Emília Naves; Prof. Dr. Bruno Torquato Naves; Prof. Dr. Alberico Alves da Silva Filho; Prof. Dr. Dimas Lopes, por terem me proporcionado o compartilhamento do conhecimento através dos debates na sala dos professores.

Por fim, aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, pela excelência e dedicação à causa da educação, em especial, ao meu orientador, Prof. Dr. Adriano Stanley por toda paciência que teve ao longo da elaboração da tese, bem como aos Profs. Dr. Leonardo Macedo Poli e Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães por terem me incentivado no final do meu percurso.

*E veio a pandemia...passou-se fome,
passou-se necessidade, acabou o lazer e
sobrou a angústia. Acreditar na tese significou
acreditar na mudança de vida.*

RESUMO

O intuito da obra é desvendar o sentido da norma constitucional inviolável que assegura o direito a indenização por dano moral, para trazer objetivação científica e afastar interpretações extensivas oriundas da doutrina civilista que apoiam a fundamentação da ocorrência do dano moral na formação dos pressupostos de ato ilícito *stricto sensu*. Dentre os objetivos, pretendeu-se demonstrar, por meio de literatura, que a falta de objetivação do conceito jurídico do dano moral gera uma inconsistência no sistema jurídico, tornando ineficaz o instituto punitivo protetor dos direitos invioláveis da personalidade. O procedimento metodológico eleito foi a revisão de literatura. Abordaram-se questões relativas à possibilidade de aplicação de pena privada no Brasil; à importância de se objetivar os fenômenos sociais para o Direito e para a sociedade; o respeito à hierarquia das normas para afastar os problemas decorrentes da subjetividade do conceito de dano moral. Conclui-se que os elementos da norma jurídica definidora do dano moral, tomando como base a Ciência do Direito e os direitos fundamentais invioláveis, confirmam a natureza jurídica punitiva da indenização. Desenvolveu-se então, a partir do estudo da norma jurídica e dos pressupostos de formação do ato ilícito *lato sensu* o conceito de danos punitivos, utilizando como referência a teoria dos *punitive damages* para ultimar que o modelo de danos punitivos pode ser uma alternativa otimista e eficaz para aplicação de uma indenização punitiva no ramo do Direito Privado.

Palavras chave: Dano moral. Direitos Invioláveis. Danos Punitivos.

ABSTRACT

The purpose of the work is to unravel the meaning of the inviolable constitutional norm that ensures the right to compensation for moral damage, to bring scientific objectification and to remove extensive interpretations from the civil doctrine that support the justification of the occurrence of moral damage in the formation of the presuppositions of illicit act *stricto sensu*. Among the objectives, it was intended to demonstrate, through literature, that the lack of objectification of the legal concept of moral damage generates an inconsistency in the legal system, making the punitive institute protecting the inviolable rights of the personality ineffective. The methodological procedure chosen was the literature review. Issues related to the possibility of applying a private penalty in Brazil were addressed; the importance of objectifying social phenomena for the Law and for society; respect for the hierarchy of norms to remove the problems arising from the subjectivity of the concept of moral damage. It is concluded that the elements of the legal norm defining moral damage, based on the Science of Law and inviolable fundamental rights, confirm the punitive legal nature of compensation. The concept of punitive damages was then developed from the study of the legal norm and the assumptions of the formation of the *lato sensu* tort, using the theory of punitive damages as a reference to conclude that the model of punitive damages can be an optimistic and effective application of punitive damages in the field of Private Law.

Keywords: Moral Damage. Inviolable Rights. Punitive Damages.

ABREVIATURAS

CRFB/1988 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CC/02 Código Civil de 2002

CDC Código de Defesa do Consumidor de 1990

CNJ Conselho Nacional de Justiça

STJ Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 EM BUSCA DE UMA TEORIA OBJETIVA PARA O CONCEITO JURÍDICO DE DANO MORAL.....	23
2.1 A objetivação dos fenômenos sociais	23
2.1.1 A importância da objetivação dos conceitos jurídicos através da referência evolutiva das teorias da posse	24
2.1.2 Um breve paralelo entre as teorias da posse e as teorias do dano moral para a elaboração de um conceito jurídico que parte do ponto de vista da norma jurídica..	26
2.1.3 Os problemas decorrentes da falta de objetividade do conceito de dano moral....	28
2.1.4 Delineando uma reflexão relativa aos problemas do dano moral	30
2.2 Estabelecendo contornos iniciais doutrinários que limitam o ato ilícito absoluto à reparação do dano	36
2.2.1 Limites do direito privado: Introduzindo o histórico reparador da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito absoluto.....	36
2.2.2 O cotejo de argumentos favoráveis e contrários à natureza punitiva do dano moral	40
2.2.3 Críticas relativas à norma punitiva e a quantificação do dano moral	42
2.3 Examinando a teoria da norma jurídica na norma constitucional e afastando as normas de direito civil do instituto do dano moral.....	44
2.3.1 Uma análise da localização geográfica do instituto do dano moral no ordenamento jurídico e a observância à hierarquia das normas	44
2.3.2 A diferença normativa entre os direitos fundamentais e garantia de sua inviolabilidade e os direitos da personalidade violáveis	46
2.3.3 Aplicando a Ciência do Direito nas normas constitucionais e infraconstitucionais. A estrutura da norma jurídica em Kelsen.	48
3 A CONSTRUÇÃO DE UMA NATUREZA JURÍDICA PUNITIVA DOS DANOS MORAIS.....	53
3.1 Críticas e apontamentos acerca da evolução do dano moral na história e sua natureza punitiva	53

3.2 Introduzindo o conceito de dano moral e suas incompatibilidades com o modelo do ato ilícito absoluto	56
3.2.1 As inovações da doutrina civilista pós Constituição Federal de 1988 para adequar o dano moral ao sistema jurídico civil: dano moral direto e dano moral indireto	59
3.2.2 A desnecessidade de prova do dano moral: uma aproximação de uma teoria punitiva dos direitos fundamentais personalíssimos em contraponto à doutrina moderna.....	60
3.2.3 O conceito atual sobre o dano moral e sua amplitude no direito brasileiro. Ofensa ao princípio da legalidade penal: Nula poena sine lege	62
3.2.4 A banalização do dano moral decorrente dos conceitos abertos e sua falta de aplicação da estrutura da norma primária e secundária.	64
3.3 Aplicação do imperativo categórico de Immanuel Kant. Relação Jurídica e Relação Moral.....	68
4 A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COMO RESULTADO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO DA PERSONALIDADE FUNDAMENTAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM OS PRESSUPOSTOS DO ATO ILÍCITO ABSOLUTO	75
4.1 Analisando a história da construção dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras e suas garantias como forma de proteção dos direitos invioláveis.....	75
4.1.1 O período ditatorial e a relação com os direitos fundamentais individuais	77
4.1.2 A constituição cidadã e sua finalidade social pós-ditadura militar	79
4.1.3 Os direitos fundamentais e suas garantias na visão da doutrina	80
4.2 Os direitos violáveis e invioláveis: Assegurando a inviolabilidade dos direitos da personalidade invioláveis.....	82
4.2.1 Os direitos invioláveis e as formas de garantia constitucional.....	82
4.2.2 Os direitos violáveis e as formas de proteção no sistema jurídico	85
4.3 A inserção da norma punitiva do dano moral na Constituição Federal de 1988 e sua finalidade.....	87
4.4 A coerência do sistema jurídico civil que regula o ato ilícito absoluto com a reparação civil: aplicabilidade de normas infraconstitucionais civilistas nos direitos fundamentais invioláveis como ferramenta da punição	89
4.4.1 O sistema próprio da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito absoluto.	89
4.4.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	92
4.4.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	94

4.4.4 O ato ilícito absoluto e seus pressupostos para a responsabilidade civil reparadora.....	98
4.5 O conteúdo filosófico da responsabilidade civil decorrente de ilícito absoluto com base na justiça corretiva de Aristóteles	101
4.6 Comparando a indenização por violação de direito fundamental da personalidade com a indenização civil reparatória.	107
4.7 A indenização punitiva: procedimento especial de natureza punitiva constitucional.	110
4.7.1 Separando os direitos da personalidade violáveis e invioláveis e suas formas de proteção.	111
4.7.2 A natureza imprescritível para a punição indenizatória dos direitos da personalidade invioláveis.	114
4.7.3 A incompetência do Superior Tribunal de Justiça para decidir sobre aplicação e quantificação de indenização por ofensa a Direito Constitucional da Personalidade.....	117
4.8 A Ferramenta de Inviolabilidade dos direitos fundamentais nos países do <i>Common Law</i>	118
4.8.1 Os Punitive Damages	118
4.8.2 Antecedentes remotos do punitive damages	119
4.8.3 O surgimento dos punitive damages estadunidense	121
4.8.4 Teses favoráveis.....	122
4.8.5 A reaproximação da pena na responsabilidade civil através dos punitive damages.....	123
5A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS OU MATERIAIS DECORRENTES DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE	125
5.1 Os sistemas quantificatórios	125
5.1.1 O caráter punitivo do dano moral e o enriquecimento sem causa	127
5.1.2 A subjetividade na quantificação do dano moral.....	128
5.2 Testando a premissa da natureza punitiva constitucional na quantificação da indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação da norma constitucional.....	129
5.3 Testando a nomenclatura dos “danos punitivos” nos direitos invioláveis da personalidade.....	130

5.3.1 Os critérios de quantificação dos danos punitivos decorrentes de violação de direito inviolável	134
5.3.2 Objetivos da quantificação	134
5.4 O Parâmetro dos <i>punitive damages</i> para aplicação e quantificação da pena ..	138
5.5 A previsibilidade das condenações por dano moral	141
5.5.1 A análise econômica do direito.....	141
6 O DANO PUNITIVO: UMA LEITURA CIENTÍFICA E HISTÓRICA DOS DIREITOS INVOLÁVEIS E SUA FORMA DE GARANTIA DA INVOLABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE	143
6.1 Os direitos fundamentais invioláveis da personalidade e sua inserção no direito Constitucional brasileiro. A análise histórica e cronológica do instituto da inviolabilidade nas Constituições Brasileiras	143
6.1.1 Significado de “inviolabilidade”	149
6.1.2 Significado de “assegurados”	150
6.2 A leitura dos direitos e garantias fundamentais sob a ótica da doutrina.....	151
6.3 Analisando os direitos e garantias fundamentais invioláveis sob a luz da interpretação gramatical e teleológica da Constituição.....	154
6.4 A norma punitiva decorrente de violação a direitos fundamentais da personalidade sob a luz da Ciência do Direito em Kelsen	157
6.5 O surgimento dos danos punitivos no Brasil	163
6.6 A classificação dos danos punitivos	166
6.6.1 O dano moral punitivo	166
6.6.2 O dano material punitivo.....	167
6.7 Denominação, conceito e classificação.....	168
6.7.1 Denominação	168
6.7.2 Conceito	171
6.7.3 Classificação: geral e específica	171
7 A POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE INVOLÁVEIS: O PODER PUNITIVO DO ESTADO	175
7.1 A proteção dos direitos violáveis da personalidade.....	175
7.1.1 A proteção de outros direitos.....	178
7.2 A proteção dos direitos invioláveis da personalidade	179
7.2.1 O sistema atual unificado de “proteção” aos direitos da personalidade invioláveis.	

7.3 A quantificação dos danos punitivos.....	183
7.3.1 A quantificação do dano moral no modelo atual :método bifásico	187
7.3.2 Os problemas do sistema bifásico: reparatório e punitivo.....	188
7.4 A aplicação dos <i>punitive damages</i> de forma velada no ordenamento brasileiro.....	189
7.5 O mecanismo de funcionamento dos danos punitivos: pontos positivos e pressupostos.....	190
7.5.1 Legitimidade e legalidade	190
7.5.2 A desnecessidade de aplicação velada do instituto punitivo	191
7.5.3 As condições legais e legítimas para punir o ofensor	191
7.5.4 As condições legais para quantificar a pena e não o dano	192
7.5.5 A finalidade social	192
7.5.6 O respeito ao sistema jurídico vertical	193
8 OS EFEITOS POSITIVOS DA PUNIÇÃO NOS DANOS PUNITIVOS	195
8.1 O funcionamento do sistema atual quantificatório do dano moral.....	195
8.1.1 Efeitos sociais	195
8.1.2 Efeitos jurídicos.....	197
8.1.3 Efeitos econômicos.....	197
8.2 Como funcionaria no sistema constitucional dos danos punitivos	198
8.2.1 Efeitos sociais	198
8.2.2 Efeitos jurídicos.....	199
8.2.3 Efeitos econômicos.....	199
9 CONCLUSÃO	201
REFERÊNCIAS.....	204

1 INTRODUÇÃO

How juries decide? Essa expressão oriunda do *punitive damages*¹ busca compreender o sentido de como os jurados decidem as punições decorrentes de ofensa a valores ou sensações negativas do ser humano. Inaugura-se a questão a ser debatida, tomando como ideia central a mesma pergunta, que no Brasil seria: Como os juízes decidem? Ao contrário do direito Norte-Americano que o corpo de jurados decide os critérios de punição para os atos que violem bens jurídicos contidos como valores, o Direito Brasileiro deixa a cargo de o julgador constatar a ocorrência ou não, de violação a direitos que geram danos morais. A doutrina dos *punitive damages*, ao conceder ao corpo de jurados o dever de julgar as condutas antijurídicas que afetam valores sociais, invoca uma postura imparcial ao extrair da condução do magistrado a responsabilidade pelo julgamento de uma pena privada. Essa postura punitiva adotada pelo direito consuetudinário nos países de sistema *Common Law*, transportou-se para o Brasil com a mesma finalidade, qual seja, a de reprimir condutas antijurídicas mediante punição. Contudo, o Direito Brasileiro adota mecanismos diferentes do Direito Norte-Americano que se traduzem em julgamentos discrepantes e carregados de subjetividade.

O primeiro deles seria a condução do processo pelo singular e não pelo Tribunal do Júri. No Brasil, apesar de existir a instituição do Tribunal do Júri, ela está constitucionalmente ligada à ocorrência de crimes dolosos contra a vida, os quais são julgados por um corpo de jurados sob o fundamento de que, qualquer cidadão poderia cometer aquele ato, e, portanto, a sociedade é quem deveria julga-lo², entendendo ser o conteúdo axiológico da conduta reprovável ou não. Logo, não poderia ser tomado como referência sistemática para aplicar punições privadas no Brasil.

O Direito Brasileiro oriundo do sistema *Civil Law* também teria criado o seu instituto de punição para casos de ofensa a direitos carregados de valores sociais e contemplou no seu ordenamento jurídico a tipificação da reprovabilidade de condutas

¹ HASTIE, Reid; W. Kip Viscusi. **Punitive Damages. How Juries Decide**. The University of Chicago Press, Chicago. 2002.

² PELLIZARO, Mariana; WINCK, Daniela Ries. **A Implantação do Tribunal do Júri no Brasil e suas Características nos Principais Países do Mundo**. 2018, p. 53. Periódicos Uniarp. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/1501-Texto%20do%20Artigo-6416-1-10-20190207.pdf>. Acesso em: 08/10/2022.

morais que estão sujeitas a uma indenização punitiva. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estampa a norma punitiva asseguradora de indenização decorrente de violação de direitos da personalidade invioláveis, cumprindo o seu dever de positivizar a norma no ordenamento, conquanto o Direito Norte-Americano utiliza-se dos seus costumes e precedentes para autorizar o júri a decidir sobre matérias punitivas privadas que teriam relação direta com valores e sensações do seu humano. Comparativamente, por se tratar de um costume jurídico oriundo do sistema *Common Law*, os *punitive damages* são aplicados em 45 Estados, enquanto o sistema *Civil Law* exige a positivação da norma para sua aplicação em todo território nacional.

Como o Direito Civil não tem função punitiva dentro do sistema *Civil Law* porque dependeria de um pressuposto formal para se materializar, ou seja, de uma norma específica autorizadora da punição, com base na filosofia do direito foi possível analisar que a Constituição da República de 1988 tem normas protetoras com função punitiva que se adequam exatamente ao instituto do dano moral. Partindo dessa premissa, a tese apresenta conceitos filosóficos e dogmáticos que através de um ponto de vista estrutural do ordenamento jurídico, demonstra uma construção punitiva no que se refere à norma de conteúdo moral.

Ao alterar o ponto de vista do dano para a norma, apontam-se premissas em relação ao entendimento sobre o conceito de dano moral e qual foi o ponto de partida utilizado para a formulação dos conceitos atuais. Após alterar o ponto de vista do dano para à norma, tomando como referência a Teoria da Posse desenvolvida por Rudolph Von Jhering, iniciou-se um caminho filosófico para desvendar um conceito objetivo para o dano moral, aplicando a Ciência do Direito através da Teoria da Norma Jurídica para verificar se os elementos da norma jurídica constitucional revelavam uma premissa e uma sanção.

Superada a verificação dos elementos da norma jurídica traça-se o estudo dos direitos fundamentais para demonstrar a relevância desses direitos e o porquê de se localizarem no topo da Constituição Federal, bem como qual é a ligação das garantias fundamentais com esses direitos, em busca de um sistema que garantisse a inviolabilidade dos direitos fundamentais invioláveis. Inicia-se um esboço comparativo entre direitos da personalidade violáveis e invioláveis para dar início à justificativa de afastar do Direito Privado o instituto da punição privada.

Ao separar o sistema civilista que foi estruturado para reparar danos decorrentes do ato ilícito puro mediante o intuito da responsabilidade civil, apresenta-

se a análise comparativa entre a norma punitiva constitucional e a norma definidora do ato ilícito absoluto, o qual dá suporte à responsabilidade civil reparadora, para desvendar que essa última impede que a norma jurídica punitiva constitucional tenha eficácia desestimulante, devido aos demais institutos do Direito Privado que fazem parte da responsabilidade civil reparadora e que estão vinculados às limitações da indenização à extensão do dano, como por exemplo, a cláusula geral de enriquecimento sem causa. Deparando-se com esse conflito, a obra separou o elemento do ato ilícito que gera o dano exclusivamente moral dos demais elementos do ato ilícito absoluto, fazendo com que se sobressaísse que o ato ilícito puro se refere a uma responsabilidade civil reparadora por exigir o dano, conquanto, o ato ilícito exclusivamente moral se revelou sendo um ato ilícito *lato sensu* decorrente de um comportamento antijurídico, contrário à norma, como determina a Constituição. Com essa distinção de que o ato ilícito que dá pressuposto à indenização por dano moral decorreria apenas do ato contrário à lei, abriu-se o caminho científico para uma provável aplicação da pena pecuniária pelo Direito Privado com a devida proteção dos direitos da personalidade invioláveis denominados atualmente de forma bem ampla de Danos Morais.

A obra inova no sentido de trazer ao intérprete uma leitura objetiva da norma jurídica que reflete o puro conceito do dano moral, bem como se ele é ou não punitivo e deva ser utilizado na sistemática do direito privado, mais precisamente na sistemática do ato ilícito puro. O que não se inova são as teorias utilizadas para formar as premissas, uma vez que não se discute na obra se os *punitive damages* são aplicados no Brasil ou de qual forma são aplicados. Isso é demonstrado que sim e não se torna discutível. A ideia inovadora de alterar o ponto de vista de construção do conceito de dano moral causou reflexo na resolução dos problemas que, em tese, já estavam resolvidos dentro da Constituição. Quando alterado o ponto de vista do conceito de dano para à norma, para a criação de um novo conceito objetivo de dano moral, observou-se que o problema da subjetividade que desagua em todos os outros problemas encontrava resposta dentro do ordenamento.

Após encontrar a norma jurídica e objetivar o conceito de dano moral, ou melhor, de ato violador de norma inviolável, o próprio ordenamento jurídico cuidou de solucionar os demais problemas, como: da possibilidade de punição pelo Direito Privado; da quantificação que gera enriquecimento sem causa; da banalização e o problema da falta de eficácia da pena pecuniária.

Através da leitura das premissas que foram extraídas da Teoria da Norma Jurídica, do Direito Constitucional e do Direito Civil, foi utilizada a pirâmide do Direito para trazer coerência ao instituto do dano moral, retirando e reorganizando de tal forma uma premissa sobre a outra, até formar uma estrutura coerente e legítima de entendimento sobre a natureza jurídica do dano moral dentro do ordenamento jurídico e como se daria sua aplicação sem ferir os princípios do Direito Privado.

Através da filosofia do direito percorreu-se o caminho pela busca de uma objetivação do conceito de dano moral, fazendo testes estruturais da posição das normas dentro do ordenamento jurídico, bem como testes de aplicação da norma constitucional protetora dos direitos invioláveis na teoria da estrutura da norma jurídica, para se chegar a um resultado científico do conceito de dano moral no intuito de afastar a subjetividade dos conceitos atuais doutrinários e o posicionamento dos tribunais, tornado aquele julgamento legítimo.

Observou-se que o dano moral é um fenômeno social de sentimentos e sensações³ decorrentes de violação de direitos naturais e fundamentais. Logo, tornou-se relevante definir quais fatores desencadearam a normatização da indenização que regulasse este fenômeno. O crítico da indenização por dano moral buscou objetivar os conceitos já publicados e praticados no campo do Direito Civil, aplicando métodos de objetividade através da desconstrução analítica das diversas proposições doutrinárias e jurisprudenciais, no que se refere à possibilidade de punição e seu *quantum* indenizatório, mais especificamente, nos pressupostos de formação do ato ilícito puro e da responsabilidade civil inerente a este, bem como suas regras de quantificação, visando demonstrar que o conceito objetivo para o dano moral vincularia a condenação ao ato contrário à lei, com regras e procedimento próprio e sem exigir o dano, inclusive no que tange ao *quantum* da indenização afastando a ideia de punição pelo Direito Privado.

Cronologicamente, delineou-se que o Código Civil de 2002, sancionado 24 anos após a Carta Constitucional de 1988 absorveu o modelo de ato ilícito *lato sensu* para ser aplicada a responsabilidade civil por dano moral decorrente de violação de norma inviolável, contudo, a doutrina entendeu que o ato ilícito que gera dano moral advém do ato ilícito absoluto. Apontou-se que o código Civil de 2002 alterou o conteúdo do art. 159 do CC/1916 o adaptando em seu art. 186 foi ao dano moral

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 359.

previsto na Constituição de 1988, delineando um ato ilícito decorrente de um comportamento antijurídico, não deixando margem para conflitos de natureza reparatória quanto ao ato ilícito puro.

A ausência de conceito objetivo atrelada à leitura equivocada do microssistema constitucional de proteção da pessoa humana, fez com que os pesquisadores civilistas encampassem o instituto do dano moral para o ato ilícito puro, impelindo de certa forma regras e princípios civilistas inerentes à reparação do dano, ou pelos menos tentando fazê-lo até os dias atuais, mas sem sucesso.

Fazer uma interpretação dos dispositivos invioláveis e suas garantias já seria o bastante para libertar o dano moral das amarras do Direito Civil, porque a própria premissa constitucional já prevê o dano moral como descumprimento de norma tida como inviolável, e, portanto, não quantificável reparatoriamente, mas punitivamente, porque o que se viola é a norma e não o bem jurídico. Violar algo inviolável seria um pleonismo, já que o inviolável não pode ser violado. A partir do pressuposto de que o bem juridicamente tutelado é passível de ser violado como qualquer outro que esteja no mundo dos fatos, no mundo do direito não. Por isso a norma não se configuraria um pleonismo, uma vez que a inviolabilidade é uma determinação legal e não física. A Constituição de 1988 diz que a norma não pode ser violada para repelir a violação real do direito ou do bem juridicamente tutelado.

No desenvolvimento, apresenta-se uma ideia de que manter o entendimento civilista aplicado ao dano moral afastaria a possibilidade punitiva do instituto que é sua finalidade garantidora maior, porque o Direito Civil, ou melhor, o ato ilícito puro exige a exteriorização do dano para que o agente seja responsabilizado e repare aquele dano sem punição. Em outras palavras, estaríamos diante um *trade off* entre: permitir que o ato ilícito exija o resultado danoso para se valer do instituto reparatório (nunca punitivo) ou aprofundar-se em uma nova leitura científica dos direitos fundamentais invioláveis para defender que o dano moral, como descumprimento de preceito fundamental inviolável, não exige o resultado danoso, contrariando a doutrina majoritária que coloca o regramento do dano moral dentro da mesma norma do ato ilícito absoluto reparatório.

A metodologia utilizada que se refletiu no desenvolvimento da tese, utilizou de obras bibliografias que trata do conceito de dano moral, dos direitos fundamentais, da estrutura da norma jurídica, da filosofia do direito, do ato ilícito, da responsabilidade civil e dos *punitive damages*, bem como jurisprudências e legislações que envolvem

o tema, recorrendo ao método dialético, consistente na busca por argumentos favoráveis e contrários à hipótese traçada, qual seja demonstrar que a indenização por dano moral é punitiva porque decorreria de violação de norma constitucional inviolável e, portanto, o ato ilícito se formaria através da antijuridicidade da conduta.

Para o teste de verificação das premissas foram utilizados de forma proposital os manuais de direito que se refletem na jurisprudência do país, além de teses e artigos científicos que reafirmam os conceitos de dano moral subjetivo, de direitos fundamentais e do ato ilícito absoluto, os quais se desenvolvem na mesma linha de ideias dos manuais, para estruturar um raciocínio que tenha reflexo jurídico e social concretos. Justificou-se, portanto, a necessidade de trazer objetivação ao conceito de dano moral partindo da leitura filosófica da norma jurídica inviolável e, separando do instituto o caráter reparatório civilista decorrente do ato ilícito puro para alcançar a finalidade social de proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana dando margem a uma modalidade de punição concreta.

2 EM BUSCA DE UMA TEORIA OBJETIVA PARA O CONCEITO JURÍDICO DE DANO MORAL

2.1 A objetivação dos fenômenos sociais

A Ciência exprime o estudo sistemático e objetivo acerca dos fenômenos, com o conjunto dos conhecimentos resultantes desse processo⁴. A procura constante de uma objetividade na análise do fenômeno social imprime ao pesquisador o respeito a métodos científicos de observância e reflexão sobre o respectivo fenômeno. O respeito a um conjunto de procedimentos racionais que permitem a reflexão científica descobrir e demonstrar a efetiva estrutura dinâmica do fenômeno analisado⁵.

As Ciências Físicas e Biológicas têm uma objetividade mais satisfatória na análise dos seus fenômenos, não obstante, a Filosofia da Ciência tem discutido os limites da objetividade que se pode alcançar nas conclusões das ciências sociais⁶, posto que diversamente das ciências exatas, a ação humana aplica sempre um dado de inventividade no fenômeno e, portanto, de dúvida ao objeto focado por aquelas ciências.

Resguardadas suas limitações, entende-se plausível que os fenômenos humanos e sociais podem ser objeto de pesquisa e reflexão fundamentalmente objetivas, hábeis a descobrir e demonstrar a essência de sua estruturação e dinâmica específica. Inquestionável a validade científica desses ramos especializados de conhecimento e a diversidade entre os modelos paradigmáticos de abordagem científica que compõe tais ciências⁷. Neste caso a validade científica comportamental humana toma como destaque um elemento nuclear. O elemento nuclear parte de início de um comportamento humano, sem a qual o próprio fenômeno não existiria⁸.

⁴ WILIAN, Kolb. Ciência. In: **dicionário de ciências sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas/instituto de documentação, 1986. p. 182.

⁵ BERNÉS, M., in: André Lalande. **Vocabulário Técnico y critico da filosofia**, Buenos Aires-Barcelona: El Ateno, 1966. p. 11-36.

⁶ LOWY, Michael. **Método Dialético e Teoria Política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975, p. 11-36.

⁷ BOOBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 58-60.

⁸ COSTA, Cristina. **Sociologia: introdução à ciência da sociedade**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1997, p. 61.

No caso em questão, ajustando esse comportamento humano para dentro da análise do dano moral estaríamos diante da construção do conceito físico, químico ou biológico de dano, uma vez que o dano para essas áreas do conhecimento é o resultado do comportamento, o que não poderia ser objetivado no campo das ciências sociais por se tratar de um valor social axiológico.

Já a Ciência do Direito, como uma ramificação das ciências sociais tem como seu objeto de estudo a norma jurídica⁹, que por sua origem constitui um conjunto ordenado e sistemático de princípios e regras que tem por tarefa definir e sistematizar o ordenamento jurídico. Através do estudo da norma jurídica, o dano moral pode ser analisado cientificamente pelo ponto de vista da norma que se refere à conduta proibitiva, ao contrário do estudo dos comportamentos sociais que não alcançam o nível de objetividade alcançado pela Ciência do Direito.

2.1.1 A importância da objetivação dos conceitos jurídicos através da referência evolutiva das teorias da posse

Inicia-se a compreensão da busca pela objetivação do conceito de dano moral através da comparação de outro instituto do Direito Civil que alcançou a mesma finalidade que se perquire neste trabalho, qual seja objetivar o conceito proposto pela norma jurídica. Utilizando como exemplo as Teorias da Posse criada por *Savigny* (Teoria Subjetiva) e aprimorada por *Jhering* (Teoria Objetiva) já se torna possível obter a atenção do leitor para o caminho a ser percorrido.

Savigny foi o pioneiro a definir o fato “posse” e publicou a obra intitulada “O Tratado da Posse” em 1803. Friedrich Carl Von *Savigny* apresenta sua definição de posse a partir de dois elementos que sempre existiram desde a Roma antiga e que deveriam ser exercidos simultaneamente: o *corpus*, sendo o poder físico que alguém exerce sobre a coisa e o *animus domini*, que seria a exteriorização de ter a coisa possuída como sua, trazendo, portanto, dentro de sua teoria um primeiro elemento objetivo ou outro subjetivo. Dessa forma, para obter conhecimento concreto acerca da intenção do possuidor era imperioso que se perguntasse àquele que possuía o *corpus* se ele tinha a coisa em seu poder como sua. Dependendo da resposta, poderia ser

⁹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 99.

ou não considerado possuidor¹⁰. Nesse cenário surgiram críticas à Teoria da Posse proposta por *Savigny*, uma vez que o julgador dependeria de uma manifestação pessoal daquele que detivesse a coisa em seu poder tornando a teoria impraticável por envolver fatores subjetivos¹¹. Bebendo na mesma fonte de *Savigny*, Rudolph Von Jhering lança em 1868 a obra denominada de “Teoria Simplificada da Posse” objetivando os conceitos propostos por *Savigny*.

Jhering alterou o ponto de vista da teoria subjetiva defendendo que o *corpus* não era o poder físico exercido sobre a coisa, mas a mera aparência de propriedade diante da sua destinação econômica. No que tange ao elemento *animus domini* proposto por *Savigny*, Jhering modifica este comportamento subjetivo para outro comportamento objetivo, consistente no fato de transparecer um cuidado social com a coisa como sua¹² dando à coisa uma utilização econômica da propriedade que tem como condição a posse. Assim, uma vez examinado o fato “posse” por terceiros já se tornaria possível determinar se ali haveria ou não o fato jurídico da posse em razão da sua finalidade econômica, denotando a objetividade do fato jurídico. Essa teoria foi absorvida pelo Código Civil Brasileiro de 2002 no art.1196¹³.

Partindo desta referência da evolução da ciência do direito é que a procura pela objetivação dos fenômenos sociais se torna latente e contribuí para o alcance da finalidade da norma. Notemos a diferença entre a objetivação do conceito de posse e do conceito de dano moral, para delinear uma trama de ideias iniciais que justificam que as diferenças de ponto de vista alteram os conceitos jurídicos.

No caso da teoria subjetiva da posse, o ponto de vista partia da análise subjetiva de exigir uma manifestação de o possuidor ter a coisa como se fosse sua. Utilizando um ponto de vista diferente, a teoria objetiva de *Jhering* observou que a posse teria relação direta com o direito de propriedade e que, o olhar correto da análise do fato “posse” deveria partir do direito de propriedade, o qual exprime uma atividade econômica, para então, concluir que a posse também exige uma finalidade

¹⁰ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Direito das coisas**. Belo Horizonte: Del Rey. 2016, p. 10

¹¹ *Ibid*, p. 10.

¹² JHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Tradução de Pinto Aguiar. Bauru: Edipro, 1999, p. 13.

¹³ Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. (BRASIL, 2002, art. 1.196).

econômica e faz com que a objetividade da conduta social se externe no mundo dos fatos.

Para elaborar um conceito objetivo de dano moral, o ponto de vista se iniciaria a partir do estudo da norma jurídica e não dos comportamentos sociais. Os comportamentos sociais e suas consequências, no caso do dano moral, refletem valores¹⁴ diferentes das pessoas, não sendo possível objetivar a relevância dos valores do ser humano a partir das suas sensações, mas a partir da norma jurídica proibitiva. Dessa forma, partindo do pressuposto de que o dano moral é um valor íntimo do ser humano¹⁵, o conceito objetivo tem seu estudo inaugural a partir da norma jurídica. Designar um fundamento jurídico científico que realmente empregue proteção ao bem jurídico tutelado sem entrar em conflito com outros ramos do Direito se torna o caminho a ser percorrido, extraindo ao máximo a subjetividade da norma jurídica que dá ensejo à conceituação do instituto do dano moral, como feito por *Jhering* a partir da alteração do ponto de vista do fenômeno.

2.1.2 Um breve paralelo entre as teorias da posse e as teorias do dano moral para a elaboração de um conceito jurídico que parte do ponto de vista da norma jurídica

As teorias da posse como visto no item 2.1.1 sofreram uma evolução científica que extraiu a subjetividade do fato jurídico “posse” para tornar possível a tutela do direito possessório com objetividade e segurança jurídica. Com o dano moral se pretende chegar ao mesmo resultado, ou a um resultado bem próximo, fazendo o exercício de extração de subjetividade dos conceitos através da análise da norma jurídica que define o dano moral.

¹⁴A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (artigo 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (artigo 5o, incisos V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental”.(SILVA, 2000, p. 201)

¹⁵PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. **A reparação do dano moral**. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 90, p.178. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67294/69904>. Acesso em: 29/09/2022.

O primeiro ponto em comum negativo que se destaca nas teorias desenvolvidas acerca do dano moral é que são cobertas de subjetividade¹⁶. Pedroso (1995, p. 170) ao afirmar que o dano moral é uma lesão a componentes do complexo valorativo da pessoa, contempla a referida subjetividade:

O dano moral decorre de ações realizadoras de responsabilidade *ex contráctu* e *ex delicto*. Mas o fundamento da responsabilidade advém da injustiça de condutas que afetam os valores da esfera moral do ser humano. Realmente, o dano moral é lesão a componentes do complexo valorativo da pessoa.

Em referência à subjetividade alude-se aquela que visa separar o dano moral indenizável de meros aborrecimentos¹⁷. Essa concessão feita ao magistrado demonstra que o grau de subjetividade é latente, quando fica a critério do julgador decidir o que é dano moral passível de indenização e o que é um mero dissabor do cotidiano que não justificaria uma indenização.

Outro ponto peculiar contaminado de subjetividade é a dificuldade de se produzir prova contundente sobre a ocorrência do dano moral¹⁸, ficando a critério da parte ofendida, informar ao julgador se sofreu um dano moral decorrente de uma conduta ilícita, mas que terceiros não são capazes verificar aquele dano de forma objetiva ou concreta porque ele é moral. Ou seja, é um dano interno¹⁹.

Sendo este tipo de dano extrapatrimonial não exteriorizável no mundo concreto é que se volta ao estudo da objetivação do dano moral, partindo de um primeiro questionamento prático: o dano moral é mero descumprimento de preceito de norma constitucional atrelado a uma sanção indenizável ou seria o próprio resultado danoso?

Aqui é possível fazer um exercício preliminar didático que responderia a questão, partindo de outros questionamentos: se o dano moral não é passível de quantificação, por que a doutrina civilista o interpreta como um instituto do direito privado decorrente de ato ilícito puro? O dano moral, ou melhor, o direito a uma indenização por dano moral não decorreria do mero descumprimento da norma

¹⁶ CAVALIERI FILHO. **Programa de responsabilidade civil**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193-197.

¹⁷ *Ibid*, 2008, p. 78.

¹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1714.

¹⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

constitucional sem a necessidade de se chegar ao resultado danoso? Significaria então afirmar que a indenização por dano moral é um instituto do ramo do Direito Constitucional que não está sujeito às regras e princípios do Direito Civil, porque os ramos do Direito são autônomos e hierarquicamente estruturados? Parece que sim.

Utilizando a teoria de Hans Kelsen²⁰ justifica-se que é imprescindível que o dano moral deve ser lido normativamente do topo da pirâmide para baixo. E não de baixo para cima, invertendo a lógica do ordenamento jurídico. Esse seria o ponto de partida do caminho a ser percorrido para se chegar ao resultado objetivo que reflita quais as hipóteses legais limitadas a norma constitucional concede ao Estado o direito de aplicar uma sanção pecuniária pelas vias do direito privado com intuito de reprimir potenciais condutas que causem violação aos direitos invioláveis.

Assim, como as teorias da posse surgiram no direito a partir de pontos de vista diferentes que foram capazes de apontar comportamentos subjetivos e objetivos decorrentes do mesmo fato, o argumento de alterar o ponto de vista da análise do dano moral (sensação) para a norma jurídica se torna plausível. Reforça-se o contexto nesse ponto de que a norma constitucional que tutela a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem não pode ser violada. Existindo, portanto, uma indenização pecuniária que é assegurada no caso de violação da norma inviolável, uma vez que, estando positivado o comando normativo dentro de um microssistema de direitos fundamentais invioláveis, abre-se caminho para a aplicação da ciência do direito demonstrar como foi construída a norma inviolável.

2.1.3 *Os problemas decorrentes da falta de objetividade do conceito de dano moral*

Iniciando a exposição das dificuldades de solução dos conflitos sociais decorrentes da subjetividade dos conceitos de dano moral, aborda-se o mais recente deles, o qual sustenta que o dano moral não pode ter natureza punitiva porque o Direito Civil não é um ramo do direito punitivo, de forma a impossibilitar condenações punitivas baseadas no instituto dos *punitive damages*:

Os *punitive damages* ocorrem no direito norte-americano. Um sistema jurídico bem diferente do nosso. Diferentemente dos países de tradição romano-germanica, este sistema jurídico não se desenvolveu nas mesmas bases que

²⁰KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. [tradução João Baptista. Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

o nosso. O sistema jurídico norte-americano admite algo impensável para o nosso sistema: conjugar em uma mesma sentença, uma condenação de caráter civil (reparação) e uma condenação de caráter penal (punição). (SOUZA, 2009, p.259)

Contudo, partindo da premissa de que já existe na doutrina brasileira uma aceitação do caráter punitivo que compõe a indenização por dano moral, torna-se necessário entender o porquê das controvérsias geradas entre o instituto da punição oriundo do direito público e o instituto da reparação oriundo do direito privado que geram conflito na fundamentação da indenização punitiva.

Acompanham a premissa, mas com fundamentos diferentes, quando se expõe que a indenização punitiva não é aplicável no Brasil por ser incompatível com a ordem jurídica, vejamos:

A indenização punitiva é, portanto, incompatível, neste momento, com a ordem jurídica brasileira, por representar a aplicação de pena sem cominação legal, devendo haver a incorporação do instrumento jurídico analisado à ordem jurídica pátria, caso se entenda desejável, por meio de alteração legislativa. (ROCHA; MENDES, 2017, p. 249)

O problema da natureza jurídica do dano moral se estende na doutrina e se desenvolve nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Superiores, quando na prática, o primeiro aplica uma condenação que exprime um alto valor econômico indenizatório como forma de punição e, o Tribunal Superior (STJ) reforma aquela decisão decotando o valor com base nas limitações do enriquecimento sem causa, externando o conflito entre princípios do direito público e privado ou adequando ao dano moral o ato ilícito puro, que limita o valor da indenização à extensão do dano para evitar o enriquecimento sem causa²¹. Da mesma forma o contrário. Quando os Tribunais de Justiça aplicam uma condenação modesta contaminada de subjetividade buscando apenas uma reparação, os Tribunais Superiores podem rever aquela decisão para majorar o valor com fundamento na Teoria do Valor do Desestímulo para justificar a elevação do *quantum* indenizatório como uma forma de punição. Nesse cenário quem estaria certo? Aquele que condena com intuito de reparar e vedar o enriquecimento sem causa ou aquele que condena com intuito de punir/desestimular, mas gera o

²¹ Enriquecimento ilícito ou sem causa, também denominado enriquecimento indevido, ou locupletamento, é, de modo geral, todo aumento patrimonial que ocorre sem causa jurídica, mas também tudo o que se deixa de perder sem causa legítima. (FIUZA, 2009, p. 262).

enriquecimento sem causa? A partir do estudo da norma jurídica será possível verificar qual dos dois está equivocado.

2.1.4 Delineando uma reflexão relativa aos problemas do dano moral

De acordo com o que foi exposto em linhas precedentes, enquanto uma corrente doutrinária defende que se deve quantificar a indenização decorrente de dano moral com valores que desestimulem o ofensor, outra corrente defende que a indenização deve ser limitada à extensão do dano para afastar o enriquecimento sem causa porque o Direito Civil não contempla o instituto punitivo²².

A partir da premissa²³ de que o dano moral punitivo não pode ser aplicado no Brasil, a investigação se desenvolveu em busca de uma solução hipotética para os problemas reflexos, quais sejam: a possibilidade de aplicação de pena pecuniária no ramo do direito privado e os critérios dessa punição no *quantum* indenizatório.

Algumas discrepâncias estruturais e principiológicas foram se sobressaindo em comparação com os dogmas do direito. Dentre diversos pontos de incoerência sistemática destacou – se a seguinte questão: como aplicar o método punitivo inspirado nos *punitive damages* sem provocar o enriquecimento sem causa e dar efetividade à teoria do Valor do Desestímulo?

Dentro da atmosfera do problema, algumas hipóteses surgiram ao analisar os questionamentos adiante que fizeram parte da evolução da investigação, como: qual é a relevância de se objetivar o conceito jurídico de dano moral e qual é a importância da busca pela natureza jurídica do dano moral para a economia, para a sociedade e para o direito? O instituto do dano moral se sujeitaria às normas do sistema jurídico civilista? Quais benefícios concretos os conceitos já consolidados trazem para a interpretação, aplicação e eficácia das normas jurídicas relativas ao dano moral no campo social, econômico e político?

²²Não se cogita de nenhuma pena no direito brasileiro, seja de natureza penal, seja de natureza privada, seja até mesmo de natureza processual, que não esteja prevista expressamente na lei, constatando-se a atenção do legislador ao princípio constitucional da legalidade. (ROCHA; MENDES, 2017. p. 249)

²³Com o texto constitucional reconhecendo expressamente a existência e o dever de reparar o dano moral, e não possuindo o Brasil nenhuma referência no sentido de como se reparar esta espécie de dano, nossos tribunais buscaram no exterior a solução do problema implantado. Passaram a adotar, pois, os chamados *punitive damages* (danos punitivos). Instituto amplamente empregado pelos tribunais norte-americanos, nas causas que versam sobre danos morais. Lá, ao contrário do Brasil, há décadas já se reconhece o dano moral como dano há ser reparado. (SOUZA, 2013, p. 5-6).

Desde a introdução do instituto do dano moral no direito brasileiro tem se desenvolvido pesquisas debatendo os problemas levantados, mas até o momento sem soluções hipotéticas consistentes, ou que não trazem uma coerência sistemática piramidal que permita a punição²⁴. Antes mesmo da promulgação da Carta de 1988 o dano moral já era fortemente criticado²⁵ no Brasil, e até os dias atuais as correntes de pensamento se chocam com suas diferentes posições sem chegar a um consenso científico e objetivo que tutele os direitos essenciais previstos no art. 5º da CR/88.

No desenvolvimento da investigação destacam-se três correntes divergentes sobre a natureza jurídica do dano moral. A primeira corrente acredita que a indenização por dano moral tem mero instituto reparatório ou compensatório, afastando qualquer caráter disciplinar ou pedagógico. Isso significa na prática, que aplicando uma reparação ou compensação será necessário constatar o dano de forma concreta para tentar repará-lo²⁶. Esta tese já foi superada pela jurisprudência, mas sem fundamentos científicos objetivos.

A segunda corrente utiliza a hipótese de que a indenização tem caráter punitivo ou disciplinador, sendo esta a tese praticada nos Estados Unidos da América denominada *Punitive Damages*, a qual no Brasil se insere na indenização por dano moral com a denominação de Teoria do Valor do Desestímulo²⁷. Essa corrente, apesar de críticas não era aceita pela Corte brasileira devido sua natureza estritamente punitiva e de ampla liberdade quantificadora para alcançar seu fim punitivo. Contudo, vem sendo aplicada pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo que de forma incoerente com princípios e normas do Direito Civil.

²⁴A pirâmide de Kelsen é uma teoria criada por um “jurisfilósofo” chamado Hans Kelsen, e está baseada no princípio da hierarquia existente entre as normas legais. (KELSEN, 2009, p. 32)

²⁵Citando o Recurso Extraordinário nº 11.786, de Relatoria do Ministro Hahnemann Guimarães do Supremo Tribunal Federal, assim se manifestam: Em relação ao dano moral, o STF, até meados dos anos sessenta, dizia, de modo peremptório, que “não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material”. Ou seja, não se compensavam, no Brasil, os danos morais, apenas os danos patrimoniais seriam indenizáveis. (ROSENVALD, 2014, p. 329)

²⁶ Remeta-se à citação nº8 que confirma a impossibilidade de constatar o dano para repará-lo.

²⁷No Brasil podemos encontrar, aqui e ali, nas discussões doutrinárias, menções à teoria do desestímulo. Rui Stoco, enfatiza que “os fundamentos básicos que norteiam a fixação do *quantum* em hipóteses de ofensa moral encontram-se no seu caráter punitivo e compensatório”. Sugere ao juiz, ao arbitrar os danos morais, a observância da *teoria do valor do desestímulo*, criticando qualquer posicionamento que desconsidere, nessa fixação, as condições econômicas das partes e a culpa do ofensor. (STOCO, 2011, p. 1295-1296)

A terceira e última corrente defende que o dano moral está revestido de caráter principal (reparatório) e assessório (pedagógico/punitivo) visando coibir novas condutas²⁸. Mas também, sem nenhuma fundamentação coerente ou sistemática que trouxesse uma solução para o problema da reincidência por exemplo. A teoria apenas mesclou as outras correntes e as classificou, não trazendo de forma científica uma coerência com o sistema jurídico. Adverte-se que o interesse social que sustenta as duas últimas teorias é plausível, qual seja o de restringir novas condutas ilícitas como no *punitive damages*.

Mas como a doutrina sustentaria a hipótese de aplicação de norma punitiva no direito privado em contraponto a cláusula geral do enriquecimento sem causa? Neste momento a resposta seria: de forma velada ou não fundamentada, já que as pesquisas apresentadas nesse sentido apontam hipóteses resolutivas de diversas modalidades²⁹, mas em desacordo com o que se refere à norma constitucional punitiva. Mesmo que se utilize do instituto do *punitive damages* denominando-o de Teoria do Valor do Desestímulo³⁰ (externando a aplicação de penalidade) para justificar a quantificação das indenizações por danos morais, a finalidade social da punição não foi alcançada,³¹ tendo em vista o número de ações com pedido de dano moral que são relatados pelo CNJ³² em detrimento do respeito à cláusula geral de

²⁸TARTUCE, Flávio. **Direito Civil- Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, Vol 2, 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.516.

²⁹SILVA, Fernanda Cristina Campolina e, **A Lógica da Exemplaridade e a desnecessidade de Aplicação dos Punitive Damages no Brasil**. 2017, p. 83. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade católica de Minas Gerais, 2017.

³⁰A teoria do valor do desestímulo é um instituto que através da condenação a uma soma milionária, pretende obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e proporcionar um exemplo à sociedade, como meio preventivo e profilático. (DELGADO, 2011, p. 306)

³¹ Das novas ações trabalhistas com pedido de indenização por dano moral, no ano de 2018, foram iniciadas 2.165, e, em 2019, 2.139. (MINAS GERAIS, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO - 3ª REGIÃO, 2021).

³²Publicado em 20/09/2017 O Relatório Justiça em Números 2017 revelou que, no ano passado, 79,7 milhões de processos tramitaram no judiciário do País, com 29.351.145 novas ações. Além de informações sobre a litigiosidade, produtividade e despesas, o estudo apresenta uma análise dos assuntos mais demandados por ramo da Justiça. Responsável por aproximadamente 67% do total de processos ingressados no Poder Judiciário, a Justiça Estadual trata de uma ampla gama de assuntos do cotidiano do cidadão. O tema Direito Civil aparece entre os cinco assuntos com maiores quantitativos de processos em todas as instâncias desse segmento. O destaque fica para as ações relativas a Obrigações/Espécies de Contratos (1.944.996), Responsabilidade civil/Indenização por dano moral (1.760.905) e Família/Alimentos (853.049). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

vedação do enriquecimento, que reduz o valor das indenizações e cria consequentemente a reincidência e a banalização. Nesse caso, o Estado (juiz) se utilizando das teorias contemporâneas não compensa ou repara o dano causado à vítima e também não dá eficácia ao desestímulo de novas condutas ilícitas, eis que, mesmo indo ao desencontro do princípio da reparação civil³³ as teorias sobre a natureza jurídica do dano moral se veem barradas pela cláusula geral do enriquecimento sem causa, que por sua natureza, reduz o valor da indenização e invalida o desestímulo porque a indenização se mede pela extensão do dano nos termos do art. 944 do CC/02.

Na exposição feita até o momento foi possível extrair elementos conclusivos que compõe o problema, quando se delimita que: a regra civil limitativa da indenização vinculada à extensão do dano pelo ato ilícito absoluto estampado no art. 186 do Código Civil/02³⁴, interligada a ideia de repelir ou desestimular as relações jurídicas que geram danos morais, não surte efeito concreto quando se aponta o número de ações³⁵ envolvendo pedido de danos morais no Brasil. Ou seja, a busca social pelo desestímulo das condutas ilícitas que geram danos morais não tem efeitos concretos quando se aplica os pressupostos formadores do ato ilícito absoluto.

Nesta linha de raciocínio, evidenciaram-se as divergências de entendimentos em relação à natureza jurídica do dano moral. Não obstante erguido o problema ora exposto, são trabalhados subproblemas decorrentes da subjetividade dos conceitos de dano moral e do conflito desta com os princípios e normas do Direito Civil, como: a indenização punitiva e o enriquecimento sem causa, o dano moral e os meros aborrecimentos.

Atento ao exame científico do contexto histórico dos direitos e garantias fundamentais invioláveis e sua aplicação pelo Direito Civil, inicia-se o diagnóstico acerca da possibilidade lógica, histórica e teleológica de aplicação do dano moral punitivo no Brasil com permissão estritamente constitucional. No percurso da investigação e da solução hipotética para os problemas, apresentam-se algumas teses publicadas relativas ao tema da natureza jurídica punitiva e os enigmas assessórios referentes ao *quantum* indenizatório.

³³ O princípio da reparação integral projeta - se *an quantum debeatur* (aferição da reparação) e no *quantum debeatur* (quantificação da reparação). (FONTES, 2009, p. 63)

³⁴ A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL, 2002, Art . 944).

Começamos pela defesa do efeito social da punição oriundos dos *punitive damages*:

No que pertine aos *punitive damages* – modelo jurídico celebrado na experiência estadunidense -, eventual pena civil fixada pelo magistrado em razão de ilícitos aquilianos, não se restringirá a atender interesses particulares da vítima. Muito pelo contrário, para além de uma mera lesão a uma obrigação pré-constituída, a finalidade primária da pena civil é preventiva e dissuasiva, objetivando tutelar o interesse geral de evitar que o potencial ofensor pratique qualquer comportamento de perigo social. Isso é, o interesse do particular só será relevante enquanto coincidir com o interesse público de intimidar uma pessoa natural ou jurídica, por media de desestímulo, a adotar um comportamento que não coloque em risco interesses supraindividuais. (ROSENVALD, 2013, p.44)

Delgado (2011, p. 306) descrevendo a proximidade da teoria do valor do desestímulo com o *punitive damages*, compartilha do mesmo entendimento e dispõe que:

A teoria do Valor do Desestímulo é um instituto que através da condenação a uma soma milionária, pretende obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e proporcionar um exemplo á sociedade, como meio preventivo e profilático.

Santos (2003, p. 162), atrelado os conceitos acima defende a possibilidade de punição no campo do Direito Civil ao afirmar que a indenização por dano moral tem objetivo de dar um *sansão* exemplar:

A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como *sanção* exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas.

Trazendo coerência com o exposto até o momento, se sobressaí um conflito de normas e princípios que não permitirem afirmar que o dano moral atualmente tem natureza punitiva. Mas permitem afirma que a natureza punitiva é aplicada.

Para elucidar a questão apresenta-se o julgado que reconhece a aplicação da teoria do valor do desestímulo pelo Superior Tribunal de Justiça, deixando expressa a intenção de punir o ofensor na seara do direito privado³⁶:

³⁶ Vide também na mesma linha: (STJ, REsp 665.425/AM, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.04.2005, DJ 16.05.2005, p. 348). (STF, AI 455.846, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo n. 364). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501872684&dt_publicacao=01/06/2006. Acesso em: 29/09/2022.

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 4. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 604.801/RS, Recurso especial, 2003/01800314, Ministra Eliana Calmon T2 – Segunda Turma 23.03.2004, DJ 07.03.2005).

O julgado do Superior Tribunal de Justiça proferido 09 anos após o acórdão acima, confirma a manutenção da aplicação da Teoria do Valor do Desestímulo na esfera privada:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RAZOABILIDADE. REVISÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 2. AGRAVO IMPROVIDO. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a revisão do valor arbitrado a título de indenização por danos morais apenas será viável quando irrisório ou exorbitante o montante fixado, em evidente ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Na espécie, para formar seu convencimento, a instância de origem valeu-se do exame da "intensidade e da repercussão do dano, da condição sócio-econômica do ofendido, do grau de culpa do ofensor, das condições financeiras do ofensor, bem como do que a doutrina denomina de Teoria do Desestímulo"(fl. 95). Assim, para se alterar tal entendimento, notadamente considerando que a quantia estipulada - R\$ 8.000,00 (oito mil reais) - não se mostra excessiva, necessário o revolvimento do material probatório, o que encontra óbice no enunciado 7/STJ. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg no AREsp 563211 / PE. Ministro Marco Aurélio Bellizze DJe 26/09/2014.

Contemporaneamente o instituto do dano moral é reconhecidamente punitivo conforme se expõe no julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais do ano de 2021:

EMENTA: DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR - LEGITIMIDADE PASSIVA - CANCELAMENTO DE VOO INTERNACIONAL, A RESULTAR EM ATRASO RELEVANTE NA VIAGEM - INCLUSÃO DE TRECHO OPERADO POR COMPANHIA AÉREA DIVERSA DAQUELA CONTRATADA PELA PARTE AUTORA - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO EVENTO DANOSO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR RESTRITA AO FORNECEDOR ORIGINAL - DANO MORAL CONFIGURADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO - PRINCÍPIOS ORIENTADORES - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - PLEITO, DA PARTE RÉ, DE REDUÇÃO - ACOLHIMENTO - EXTRAVIO TEMPORÁRIO DE BAGAGEM - TRANSPORTE DE BENS DE VALOR EM BAGAGEM DESPACHADA - INOBSERVÂNCIA DE NORMAS REGULAMENTARES E CONTRATUAIS

QUE REGEM O TRANSPORTE AÉREO - AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - RESSARCIMENTO INDEVIDO - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. - Para se aferir a legitimidade passiva ad causam, é preciso verificar se, em tese, é possível atribuir ao réu a obrigação reclamada na peça de ingresso, ou seja, se está sujeito a responder pela pretensão deduzida pelo autor da demanda. - Procede o pedido de reparação pecuniária baseado em dano moral causado por cancelamento de voo pela companhia aérea, por questões afetas ao seu funcionamento operacional, que tenha resultado em longo período de espera para o passageiro, aplicando-se a teoria da responsabilidade objetiva. - Não pode ser responsabilizada por danos decorrentes de atraso de viagem internacional a companhia aérea que, sem ter estabelecido qualquer relação jurídica com o consumidor, atua a pedido daquela por ele contratada, operando trecho inicialmente não previsto, incluído justamente em virtude do cancelamento do voo original. - Inexiste critério objetivo para a estipulação do valor da indenização por danos morais, pelo que incumbe ao julgador arbitrá-lo, de forma prudente, com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e atento às circunstâncias do caso concreto. - A indenização por danos morais deve ter caráter reparatório, sem ensejar enriquecimento sem causa, representando, ao ofendido, uma compensação justa pelo sofrimento experimentado, e, ao ofensor, um desestímulo à reiteração do ato lesivo. - Descabe a condenação de empresa de transporte aéreo de passageiros por danos materiais motivados em alegada perda de objetos que, ditos acondicionados em bagagem despachada e temporariamente extraviada, nela não se comprovou efetivamente estivessem, nem poderiam estar, em razão de normas do próprio transportador e das entidades governamentais competentes. - Em se tratando de ilícito contratual, a incidência dos juros de mora inicia-se da citação válida. TJMG. 0012364.55.2019.813.0210. Des.(a) Márcio Idalmo Santos Miranda. 14/12/2021.

As comparações propostas demonstram que as Cortes brasileiras utilizam a Teoria do Valor do Desestímulo para fundamentar o *quantum* punitivo arbitrado nas indenizações, mesmo em desacordo com a cláusula geral de enriquecimento sem causa, superando a aplicação de sanção pelo Direito Civil, mas afastando o efeito na prática.

2.2 Estabelecendo contornos iniciais doutrinários que limitam o ato ilícito absoluto à reparação do dano

2.2.1 Limites do direito privado: Introduzindo o histórico reparador da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito absoluto

Em 1824 a Constituição do Império determinou e garantiu no art. 179, XVIII a criação de um Código Civil e um Código Criminal fundados na Justiça e Equidade³⁷

³⁷A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

para separar a pena criminal da reparação civil. Esse modelo de reparação do dano adstrito do direito punitivo chegou ao Brasil em 1830 atendendo as determinações da Constituição, quando o Código Criminal transformou-se em um Código Civil e Criminal, prevendo a reparação natural do dano e, quando possível, a indenização, como se observa na lição de Neto:

A Constituição do Império (25/3/1824), como se sabe, prescreveu em seu art. 179, inciso XVIII: "Organizar-se-á quanto antes um código civil, e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade". O Código Civil não veio o quanto antes, posto que só seria dado a lume em 1916 (Lei 3.071/16), mas, o código criminal sim, aprovado em 1830 e, por consequência, o código de processo criminal em 1832. Tais códigos, isto é, o criminal e o seu instrumental revogaram, naturalmente, o Livro V das Ordenações Filipinas. (NETO, 2005, p.01)

Numa primeira fase, a indenização era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e criminal e a reparação civil se dissociou completamente da responsabilidade criminal. Diante desta distinção jurisdicional, o Código Civil, no que tange à responsabilidade civil filiou-se em 1916 à teoria subjetiva, ou da culpa, aplicando os pressupostos do ato ilícito puro para responsabilizar o agente violador da norma e causador do evento danoso. Dessa forma, os pressupostos normativos condutores da responsabilidade civil decorrentes de ato ilícito absoluto foram inseridos no Código patrimonialista de 1916³⁸ e absorvidos pelo Código Civil de 2002³⁹.

A doutrina classificou os atos ilícitos em dois pontos primordiais, quais sejam: ato ilícito *lato sensu* e ato ilícito *stricto sensu*, sendo esse último subdividido em: ato

XVIII. Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade. (BRASIL, 1824, art. 179, XVIII)

³⁸ Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (BRASIL, 1916, Art. 159).

³⁹ Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002, Art. 186).

ilícito absoluto⁴⁰ e ato ilícito relativo⁴¹. O primeiro se refere ao ato ilícito decorrente de relação contratual, conquanto, o segundo se funda na materialização do dever de indenizar danos decorrentes de relação jurídica extracontratual, abarcando uma reparação de natureza patrimonial ou moral⁴². O ato ilícito *lato sensu* seria toda atuação humana, omissiva ou comissiva, contrária ao Direito⁴³.

Pela definição de VENOSA (2013, p. 24) significa dizer que:

[...] os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento. O ato voluntário é, portanto, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil [...]. O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve reverter-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever. Como já analisamos, ontologicamente o ilícito civil não difere do ilícito penal; a principal diferença reside na tipificação estrita deste último.

O elemento básico necessário para que exista a responsabilidade pela prática do ato ilícito é que haja a conduta ou fato praticado pelo agente, que é um fato passível de controle pela vontade do indivíduo, um comportamento ou uma forma de expressão humana, porque somente em relação às condutas ou fatos dessa natureza são cabíveis as ideias acerca da ilicitude de tais atitudes e dos demais pressupostos da reparação civil.

A conduta é primeira forma da expressão do ato ilícito *lato sensu* subjetivo, e é exteriorizada, conforme prescrição descrita no art. 186 do CC/2002 da seguinte forma: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência*”. Por conta disso, é o requisito necessário para que se inicie a análise da responsabilidade civil. Para Maria Helena Diniz (2005, p. 43) a conduta se resume em:

⁴⁰Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002, art. 186).

⁴¹Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002, art. 187).

⁴²KÜMMEL, Marcelo Barroso. **A Classificação dos fatos Jurídicos**. Revistas Unijui. 2003. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/758-Texto%20do%20artigo-3012-1-10-20130328.pdf>. Acesso em: 08/10/2022.

⁴³FIUZA, César. Para uma releitura da Teoria Geral da Responsabilidade e do Ato Ilícito. In: FIUZA, César. **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 557-568.

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Em relação à ilicitude, o ato ilícito apresenta um duplo aspecto, sendo eles: o aspecto objetivo e subjetivo. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 10): “A antijuridicidade de uma conduta é normalmente estabelecida à luz de certos valores sociais, valores que podem ser englobados na noção tradicional de bem comum”. Assim, o ilícito no enfoque objetivo nada mais é que a transgressão de um dever jurídico. Já a subjetividade da conduta ilícita implica fazer um juízo de valor ao seu respeito, sendo possível apenas caso a conduta a analisar seja resultante de ato humano livre e consciente, ou seja, que tenha acontecido de maneira dolosa, culposa ou omissiva.

Os atos ilícitos são atos antijurídicos, mas para que nasça o elemento responsabilidade é necessário que contenham, como regra, outros elementos afora da antijuridicidade (elemento objetivo do ato ilícito), isto é, os elementos destacados no art. 186 do Código Civil de 2002, quais sejam, a culpa, o nexo causal e o dano. Nesse ponto, remeter-se-á à responsabilidade civil subjetiva, pois a culpa é elemento imprescindível para a caracterização do dever de indenizar, posto que é o próprio comando legal que prescreve a essencialidade do elemento subjetivo⁴⁴. Leonardo Poli⁴⁵ aponta de forma precisa a classificação que se pretende entender ao afirmar “que responsabilidade civil decorrente da prática de ilícito absoluto é denominada extracontratual ou aquiliana; no caso de ilícito relativo, será contratual”.

A partir do entendimento dos pressupostos formadores do ato ilícito absoluto é possível constatar que as Cortes brasileiras condenam e definem o valor das indenizações por dano moral com fundamento nessa modalidade de ato ilícito, aplicando contornos punitivos em desacordo com o comando normativo que pressupõe a exteriorização de um dano para que se configure o ato ilícito puro ou absoluto e o dever de indenizar na modalidade reparatória.

Os contornos reparadores propostos são iniciados por Venosa, o qual defende que a responsabilidade civil funda-se no primado do restabelecimento do equilíbrio

⁴⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2, p. 668.

⁴⁵POLI, Leonardo Macedo. Ato Ilícito. In: FIUZA, C. (Org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 572.

jurídico e patrimonial ou moral afetado por uma conduta que transgrediu norma preexistente (frisa-se), recuperando o *status quo ante*, afastando, em tese, a natureza punitiva do instituto e, realçando a natureza reparatória:

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. (VENOSA, 2010, p. 2-3)

Seguindo os dogmas do sistema civilista, subentende-se que o instituto da reparação do dano oriundo da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito puro, visa restabelecer o equilíbrio prejudicado pelo dano injusto que, em outras palavras, restitui ao prejudicado o estado anterior ao dano. O prejuízo deve ser indenizado por quem o causou o dano e sem aplicação de pena, restabelecendo a pacificação na sociedade. A responsabilidade civil baseada no ato ilícito puro é o método ou ferramenta utilizada pelo direito civil para reparar o dano.

Diniz, ao conceituar a responsabilidade civil atraiu a ideia do ato ilícito puro que prescinde de dano para utilizá-lo também na reparação do dano moral, vejamos:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. (DINIZ, 2012, p. 37)

Apresentada prematuramente a utilização do ato ilícito puro ou absoluto para justificar as condenações punitivas por dano moral, o que não ocorria desde a separação do Código Civil e Criminal, agrega-se caminho para a resolução do problema exposto para proceder às críticas específicas decorrentes da aplicação ou não, de pena pecuniária fundadas no ato ilícito absoluto em ações que envolvem pedido de dano moral.

2.2.2 O cotejo de argumentos favoráveis e contrários à natureza punitiva do dano moral

Dentre as críticas apresentadas no decorrer deste capítulo, como por exemplo, a da inaplicabilidade de punição no direito privado, percorre-se em primeira análise o

caminho de argumentos que sustentam a impossibilidade de punição no Direito Civil. Rocha e Mendes iniciam a matéria destacando que:

A falta de previsão expressa do caráter punitivo da norma ofende o princípio da legalidade, e, portanto, não se torna legal, juridicamente, aplicar pena sem lei anterior que defina o fato típico com passível de punição, configurando-se uma hipótese de que não se cogita de nenhuma pena no direito brasileiro, seja de natureza penal, seja de natureza privada, seja até mesmo de natureza processual, que não esteja prevista expressamente na lei, constatando-se a atenção do legislador ao princípio constitucional da legalidade. (ROCHA; MENDES, 2017, p. 249).

Significa dizer que a doutrina trata como elemento nuclear a falta de previsão de norma punitiva no ramo do direito privado. Em contraponto a esta afirmação legalista orientada pelo princípio constitucional da legalidade, Araújo Filho entende que a aplicabilidade do dano moral punitivo não ofende princípios constitucionais, desde que feito com atenção aos princípios também constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, observemos:

De fato, adotada com razoabilidade e proporcionalidade, a aplicação da doutrina do *Punitive Damages* não se mostra ofensiva à Constituição da República. As garantias tratadas nos incisos V e X do art. 5º têm por destinatário o titular do direito à honra, à imagem e à privacidade, expressões do direito fundamental à dignidade humana e dos direitos da personalidade, a quem, em caso de violação, a Carta Magna assegura indenização por dano moral e material. Mas, ao assegurar a indenização, com total ressarcimento do dano sofrido, não proíbe seja também proporcionada à vítima reparação, pelo ofensor, considerando-se o aspecto punitivo-pedagógico com majoração do valor reparatório. (ARAÚJO FILHO, 2014, p. 338)

Rocha e Mendes contrapõem o argumento ao afirmar que para superar a hipótese de violação ao princípio da legalidade, a doutrina majoritária alega que o princípio da legalidade não é aplicável nas penas de natureza privada, sendo este posicionamento coerente com o sistema civil:

Por fim, no que se refere à possível violação ao princípio da legalidade, tem-se entendimento no sentido de que, tratando-se a indenização punitiva, por definição, de uma pena, está ela submetida ao imperativo de que sua instituição ocorra pela via legal, o que não ocorreu no caso brasileiro, inexistindo base legal para a pena privada no Brasil... Pretendendo refutar tal argumento, tem-se posição doutrinária no sentido de que o princípio da legalidade não se aplicaria à pena privada, seja por assumir estrutura de sanção pecuniária, seja por tutelar a dignidade da pessoa humana. (ROCHA; MENDES, 2017, p. 249)

O cotejo de argumentos demonstra que existe um experimento de se fazer valer o instituto punitivo no direito privado mediante interpretações dos próprios institutos do direito privado, o que foge à Ciência do Direito porque a interpretação partiria da norma constitucional e não de outros institutos de direito privado, como a hipótese de aplicação da teoria do valor do desestímulo. Por este motivo o estudo da norma jurídica é relevante para trazer luz ao obscuro e alcançar a finalidade da premissa constitucional.

2.2.3 Críticas relativas à norma punitiva e a quantificação do dano moral

Para se quantificar a indenização por dano moral a doutrina e os tribunais têm entendimentos divergentes. O *quantum* indenizatório tem dois pontos de conflito na própria jurisprudência, pois, as Cortes Brasileiras reconhecem o caráter punitivo do instituto e, ao mesmo tempo a limitação inerente à reparação do dano, a qual serve para afastar o enriquecimento sem causa, abduzindo a possibilidade de punição concreta. Extrai-se da passagem abaixo a confirmação:

Nesse sentido, verifica-se que a jurisprudência brasileira, apesar de reconhecer a utilização de critérios punitivos na quantificação da indenização por danos morais, aponta expressamente que o *quantum* indenizatório encontra limite, nesses casos, na vedação ao enriquecimento sem causa. Isto é: a condenação do agressor deve superar a mera reparação dos danos, mas não pode ser tão elevada a ponto de enriquecer a vítima. (ROCHA; MENDES, 2017, p. 238).

Em contraposição ao citado, com proposta de resolver o problema da limitação e da punição, Araújo Filho afirma:

No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das “*punitive damages*” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor 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. Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte 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 e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. (ARAÚJO FILHO, 2014, p. 341)

As proposições divergentes dão ensejo a novos questionamentos da seguinte natureza: como punir com intuito de desestimular o ofensor se o valor da indenização do dano moral pode ser reduzido para afastar o enriquecimento sem causa? O desestímulo constitucional esperado não estaria corrompido por falta de eficácia da pena pecuniária que foi decotada ao limite da extensão do dano como determina o direito privado?

Para responder essas questões, preliminarmente invoca-se a análise mais ampla dos ramos do direito público e do direito privado para dirimir incongruências com o ordenamento jurídico, tomando como base nas hipóteses dos autores citados, para destacar pontos fundamentais de estudo, como: a inobservância na fundamentação do conceito de dano moral sob a ótica da teoria da pirâmide de Hans Kelsen, combinando ao mesmo tempo normas e princípios constitucionais e infraconstitucionais; a ausência de ofensa ao princípio da legalidade vinculado do direito penal, quando se trabalha a ideia de pena sem crime anterior previsto, porque o dano moral tem previsão expressa na Constituição de 1988; a ausência de contextualização dos direitos e garantias fundamentais (normas invioláveis) com momento pré e pós-constituição da República de 1988, para a elaboração do conceito de dano moral e sua finalidade garantista/punitiva; a aplicação direta das normas e princípios do Direito Civil em detrimento da Constituição da República de 1988, que cita como direito fundamental a inviolabilidade do direito à privacidade, à intimidade, à imagem e à honra. Contudo, a doutrina civilista se baseando nas palavras: indenização, dano moral, dano material, vida, privacidade, intimidade, imagem e honra, justifica a aplicação da lei civil mediante a imposição do ato ilícito absoluto por se tratar de direitos da personalidade, enquanto não se atentam que na mesma norma do art.5º, X da CF/88 existem mais outras duas palavras e expressões que são destacadas na interpretação literal e teleológica da própria norma, quais sejam: inviolabilidade e assegurar, além da expressão “decorrente de sua violação”.

Decisivamente a doutrina civilista absorveu o instituto do dano moral para dentro da interpretação do ato ilícito puro, o qual engloba: a reparação civil; os direitos da personalidade; o enriquecimento sem causa e a teoria do valor do desestímulo, afastando a interpretação primária da ciência do direito que analisa a localização geográfica da norma jurídica que tutela o bem jurídico, e a qual sistema (punitivo ou reparatório) aquela norma esta sujeita.

Em outras palavras, o instituto do dano moral pode até tutelar os direitos da personalidade, mas antes de serem direitos da personalidade previstos no Código Civil de 2002, se encontram positivados na norma Maior, motivo pelo qual se deveria observar a estrutura hierárquica da norma jurídica para estabelecer um conceito jurídico que conceba a tutela constitucional específica dos direitos fundamentais invioláveis.

2.3 Examinando a teoria da norma jurídica na norma constitucional e afastando as normas de direito civil do instituto do dano moral.

2.3.1 Uma análise da localização geográfica do instituto do dano moral no ordenamento jurídico e a observância à hierarquia das normas

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas reunidas por um elemento unificador, ou seja, um conjunto dotado de regras e princípios do direito de um Estado, com unidade, coerência e completude. Esse ordenamento que também se revela em um sistema, de acordo com Kelsen⁴⁶ deve seguir uma estrutura piramidal hierárquica, fazendo com que as normas superiores (CF/1988) e inferiores se respeitem de modo vertical. Aplicando uma separação fundamental situando as normas constitucionais no topo da pirâmide, tem-se, portanto, regras e princípios constitucionais próprios, devendo as normas infraconstitucionais seguir suas regras e se submeter aos princípios e as normas mais elevadas. Significa que a norma constitucional não deve se adequar às normas infraconstitucionais porque a Constituição se coloca no vértice da pirâmide como afirma Silva:

A Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que elas o reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às normas jurídicas. (SILVA, 2006, p. 45)

⁴⁶KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª ed., 1999, p. 30.

Neste caso, a norma constitucional que deu origem⁴⁷ ao instituto do dano moral no Direito brasileiro, está sendo interpretada sem observância da ciência do próprio direito e utilizada para suprir o instituto da responsabilidade civil reparadora, que exige que o ato ilícito absoluto venha acompanhado do dano, e que em nada corresponde com os comandos normativos da Constituição e suas normas e princípios autônomos. Diante do raciocínio, surge a indagação: por que interpretar a norma constitucional que regula o dano moral com regras e princípios do direito civil deslocando a interpretação do direito do topo da pirâmide para a parte inferior? E mais, por que invocar um conflito de princípios do direito penal⁴⁸, do direito civil⁴⁹ e do direito constitucional⁵⁰ para tentar resolver um problema que por si só, em tese, está resolvido de forma científica e proposital na estrutura da norma da constitucional?

Para exemplificar o argumento, apresentar-se-á outra análise preliminar dos dados que foram extraídos do disposto legal do texto Constitucional e que será aprofundado em tópico específico. Consta no art. 5, X da CF/88 que: “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” (BRASIL, 1988). Vejamos que o conteúdo jurídico e gramatical da norma exprime algumas características, como: é classificada como direito fundamental; há

⁴⁷São 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. (BRASIL, 1988, Art. 5º, X)

⁴⁸*Nulla poena sine lege*: significando que para a existência de um crime ou delito, deverá haver em vigência uma norma penal, bem como, a cominação. (BITENCOURT, 2002, p.09)

⁴⁹O princípio do enriquecimento sem causa não foi talhado num bloco único; ele representava uma espécie de mosaico, formado por múltiplas aplicações díspares, recolhidas tímidamente, lentamente e sem método. (GEROTA, 1925, p.7)

⁵⁰O princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei surge como uma das vigas mestras de nosso ordenamento jurídico. A sua significação é dúplice. De um lado representa o marco avançado do Estado de Direito, que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. Nesse sentido, o Princípio da Legalidade é de transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o absolutista, este último antes da Revolução Francesa. Aqui havia lugar para o arbítrio. Com o primado da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, que se presume ser a expressão da vontade coletiva. De outro lado, o Princípio da Legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre os Poderes do Estado, da qual resulta ser lícito a apenas um deles, qual seja o Legislativo, obrigar aos particulares. Os demais atuam as suas competências dentro dos parâmetros fixados pela lei. A obediência suprema dos particulares, pois, é para com o legislativo. Os outros, o Executivo e o Judiciário, só compelem na medida em que atuam a vontade da lei. Não podem, contudo, impor ao indivíduo deveres ou obrigações *ex novo*, é dizer, calcados na sua exclusiva autoridade. (BASTOS, 1990, p. 172)

uma definição típica de quatro direitos invioláveis; assegura⁵¹ o direito à indenização por dano morais ou materiais; decorrentes da violação (da norma). Localizada a norma jurídica no vértice da Constituição de 1988 e, extraídos os elementos gramaticais e estruturais que compõe a mesma norma, toma-se como uma nova premissa o estudo dos direitos e garantias fundamentais.

2.3.2 A diferença normativa entre os direitos fundamentais e garantia de sua inviolabilidade e os direitos da personalidade violáveis

Direito fundamental pode ser definido como direitos inerentes à pessoa humana e essenciais à vida digna⁵². Ou seja, são direitos essenciais que teoricamente não devem ser violados por estarem elevados a uma condição de inviolabilidade em respeito e promoção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos considerados da personalidade estão descritos no Código Civil de 2002 em título próprio, mas os direitos da personalidade invioláveis são aqueles direitos típicos outorgados na Constituição da República de 1988 com fim de promover o princípio da dignidade humana, não permitindo sequer, violação à norma protetora desses direitos que são: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

Para dar eficácia à condição de proteção extraordinária dos direitos selecionados no art.5º da Constituição da República de 1988, o texto da norma jurídica garante⁵³ a inviolabilidade dos direitos mencionados e ao mesmo tempo determina a

⁵¹Assegurar: Verbo Transitivo direto e bitransitivo: tornar infalível, seguro; garantir. (AURÉLIO, 1988, p. 47)

⁵²[...] são 'direitos fundamentais' todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a "todos" os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendido por 'direito subjetivo' qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um indivíduo por uma norma jurídica; e por 'status' a condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas. (FERRAJOLI, 2004, p. 37)

⁵³Art. 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: 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; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XXII - é garantido o direito de propriedade; XXX - é garantido o direito de herança; (BRASIL, 1988)

forma de promover a inviolabilidade da norma, aplicando uma sanção pecuniária com finalidade desestimulante⁵⁴.

Reparando que a Constituição da República trabalha com dois verbos⁵⁵ no seu art. 5º (violar e assegurar), a própria norma garante que aqueles direitos não devem ser violados e, caso ocorra um ato ilícito objetivo (violar norma) decorreria automaticamente uma punição indenizatória, por não se ter como quantificar o dano moral cientificamente ou mesmo comprovar o dano nas regras do ato ilícito puro.

Nesse contexto analítico, aponta-se uma divergência de aplicação da norma civil que define o ato ilícito puro para a norma civil que define o ato ilícito *lato sensu* contido dentro da mesma norma, o que pode ser extraído da leitura fracionada do art. 186 do Código Civil: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito”* (BRASIL, 2002, art. 186), sendo esse o comando normativo do ato ilícito puro. Agora o comando normativo do ato ilícito *lato sensu* contido no final da norma: *também comete ato ilícito aquele que causa dano exclusivamente moral. (BRASIL, 2002, art. 186)*. Nessa apresentação analítica da norma jurídica civil, inclui-se a leitura da norma constitucional ao citar que: *“no caso de violação de direito fundamental inviolável é assegurado ao cidadão uma indenização por danos morais e materiais decorrentes da violação da norma”* (BRASIL, 1988, art. 5º, X), se refletindo no ato ilícito inerente ao dano exclusivamente moral que decorre apenas da conduta antijurídica.

Isso significa dizer que o mero descumprimento da premissa gera ato ilícito (contrário à lei) com uma sanção determinada em forma de indenização, sendo este um ilícito de natureza punitiva ou *lato sensu*. Já a norma civil que prevê o ato ilícito puro, afirma em sua estrutura que a configuração do ilícito depende de uma ação ou

⁵⁴ “A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (artigo 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (artigo 5o, incisos V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental”. (SILVA, 2000, p. 201)

⁵⁵ Assegurar. Verbo: Transitivo direto e bitransitivo. Tornar seguro; assegurar. (AURÉLIO, 1988, 47)

omissão, da violação do direito e do dano. Reparamos que existe um conjunto sistemático de pressupostos que define o ilícito como absoluto⁵⁶.

No que se refere ao ato ilícito do dano exclusivamente moral, fazendo novamente uma leitura constitucional, significa dizer que o citado dano moral exclusivo decorre da violação de direito fundamental que se configura na violação da própria norma, motivo pelo qual não se depende da conjunção do dano para que haja a responsabilidade e uma indenização pecuniária, bastando o mero descumprimento de direito, sendo este ato tratado ou classificado como ato ilícito do dano exclusivamente moral por não prescindir de todos os pressupostos da formação do ato ilícito puro, tão apenas a violação da norma que conduz a antijuridicidade⁵⁷.

Orientando-nos da análise do conceito de ato ilícito absoluto, temos a fórmula de aglutinação de pressupostos, qual seja: conduta, mais violação do direito, mais dano, o que será igual a ato ilícito puro. Já, o ato ilícito *lato sensu* decorrente de descumprimento de premissa constitucional segue a premissa: violação de direitos tipificados atrai uma punição/indenização. Ou seja, se reflete no próprio comportamento contrário á lei.

2.3.3 Aplicando a Ciência do Direito nas normas constitucionais e infraconstitucionais. A estrutura da norma jurídica em Kelsen.

Há de se reparar que a estrutura da norma constitucional inviolável é completa⁵⁸, ao passo que a configuração de violação do direito fundamental é uma espécie de ato ilícito dissociado dos pressupostos do ilícito absoluto. Logo, fazendo a releitura comparativa entre as normas definidoras do dano moral e do ato ilícito, chegar-se-á, a conclusão de que o ato ilícito pode ser classificado em ato ilícito *lato sensu* subjetivo e objetivo, figurando ambos para hipóteses em que ocorra a contrariedade da ação com a norma jurídica.

⁵⁶GONÇALVES, Patrícia Antunes; GONÇALVES, Fábio Antunes. **Categorias da Antijuridicidade: O Ato ilícito e o Ato Abusivo**. Periódicos UMFG. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/715-Texto%20do%20artigo-3331-1-10-20171019%20(1).pdf. Acesso em: 05/10/2022.

⁵⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 10.

⁵⁸Norma jurídica primária e secundária in: Teoria Pura do Direito. Se “A” é, deve ser “B”; se não “B”, dever ser “C”. (KELSEN, 1934, p. 30).

Isso significa que o problema da legalidade ou falta de previsão legal do dano moral punitivo foi brevemente superado, tendo em vista que a norma constitucional é completa prevendo a conduta e a sanção referente à violação dos quatro direitos ali previstos, regulando por completo o instituto punitivo do dano moral e material decorrentes de violação de direitos fundamentais invioláveis, bem como porque transferiu para o Código Civil a missão de tipificar o ato ilícito que se adequa ao procedimento punitivo.

Noutro giro, também resta afastada a hipótese de aplicação da cláusula geral do enriquecimento sem causa pelos mesmos motivos, uma vez que a Constituição da República de 1988 quando invoca para si o instituto da indenização por dano moral como violação de direito inviolável passível de punição, o Direito Civil não teria fundamentos para aplicar uma pena baseada no ato ilícito absoluto, porque a norma punitiva não se adapta aos pressupostos do ato ilícito *stricto sensu*.

Para as primeiras resoluções de que não se aplica no conceito e na quantificação do dano moral e material os pressupostos do ato ilícito puro, sobrepõe-se a teoria da norma jurídica nas fontes legislativas objetos da análise, para demonstrar que a sanção é mera consequência ou simples resultado de uma posição perante o Direito⁵⁹. Ou seja, cumprida a norma não há possibilidade de sanção. Por outro lado, havendo previsão legal, e, não sendo cumprida a norma, deverá ocorrer uma sanção punitiva. Assim, formulada a proposição jurídica, esta é identificada por Trivossosso como “a norma jurídica em sua forma primária”. Por outro lado, “a norma que determina a conduta que evita a coação só pode valer como norma jurídica secundária”⁶⁰.

Somente a “proposição jurídica” pode enunciar o conteúdo do direito, a saber, que mediante a prática de determinada conduta deve ocorrer um ato coativo como consequência⁶¹. Nesse caso, violar direito à vida privada, à intimidade, à honra e a imagem, gera um ato coativo por resultado. Somente com a antijuridicidade a ordem

⁵⁹BARBOSA, José Olindo Gil. **A norma em Kelsen: a sanção como fundamento da norma**. Revista Jus avigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4696, 10 maio 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44659>. Acesso em: 17 mar. 2022.

⁶⁰TRIVOSSONNO, Alexandre Gomes Travessoni. **A Teoria da estrutura hipotética das Normas Jurídicas de Kelsen. –Características, evolução e balanço de sua importância**. Revista Brasileira de Estudos Políticos 2020. p. 77.

⁶¹*Ibidem*. 2020. p. 77.

jurídica cumpre a sua função⁶². Essa ideia é central para a concepção de que a autêntica norma jurídica é aquela que estabelece um ato de coação como sanção.

Aplicando a teoria da estrutura da norma jurídica de Kelsen no art. 2º do código civil, que afirma que, *“ao estabelecer que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”*, a norma aqui descrita se destaca como, integrativa, promocional, programática, não se sobressaindo como normas jurídicas completas ou proibitivas pela ausência da sanção.

A norma constitucional preenche a dualidade de imposição e coação⁶³ (sanção), posto que contém como devida a fixação de um condicional de coação por parte de um órgão judicial para o caso de violação dessa norma: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Enquanto a conduta estabelecida para cumprimento dos sujeitos de direito é denominada de norma jurídica secundária, essa se sobressaiu quando se afirma que é assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Verifica-se na análise da norma que quando ela prescreve uma sanção a um comportamento, este comportamento será considerado um delito civil, penal ou constitucional. O seu oposto, o comportamento que evita a sanção, será um dever jurídico.

A sanção é a segurança jurídica dessa concretização de sistema punitivo de direito constitucional, que eleva à pessoa humana a nível superior dentro da própria Carta Magna, criando um sistema de direitos invioláveis que se difere de qualquer outro sistema constitucional ou infraconstitucional por contém sanções e garantias.

Significa que o conceito de dever jurídico é determinado com base na norma primária: “um ser humano está obrigado a determinado comportamento (não violar direitos da personalidade expressos) na medida em que o oposto desse comportamento é estabelecido na norma jurídica como condição para um ato de coação qualificado como consequência do ato antijurídico”⁶⁴, como: não violar direito fundamental. Se violado. Punição indenizatória.

Pedroso (1995, p. 174) ao tecer críticas à teoria da reparação por dano moral, defende que o dano moral é um simples problema de subsunção decorrente da

⁶²*Ibidem*. 2020, p. 79 *apud* KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1923 p. 349.

⁶³*Ibidem*. 2020. p. 104.

⁶⁴*Ibidem*. 2020, p. 83 *apud* KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1923 p. 46.

violação de um bem jurídico normativamente previsto no ordenamento, se configurando em uma questão de tipicidade:

(...) referente à incerteza do direito violado, basta considerar que a configuração desse direito é simples problema de subsunção. O dano moral é a violação de um bem jurídico normativamente previsto no ordenamento jurídico, ao reconhecer aos membros da comunidade, direitos subjetivos extrapatrimoniais, tipifica os elementos necessários à sua configuração. É questão de tipicidade. Logo, o direito violado não é incerto. O desvalor do injusto não pode ser relegado pela ordem jurídica. Sua estrutura despenda do sistema jurídico.

De modo científico o julgado da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça confirma o exposto:

DIREITO CIVIL. DANO MORAL. OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANO IN RE IPSA. Sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta. STJ. REsp 1.292.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.

Sobrepondo uma análise científica no acórdão pode-se extrair o comando normativo primário: *“onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano”*. Em seguida, diz: *“Sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral”*. Estamos diante da estrutura da norma jurídica criada por Hans Kelsen e sua confirmação pelo STJ. O acórdão, ao afirmar que a simples violação do direito constitucional inviolável acarreta por consequência uma compensação (leia-se: indenização punitiva), contempla a fórmula proposta e estruturada pela Ciência do Direito, qual seja: se “A” é, deve ser “B”; se não “B”, dever ser “C”. Essa fórmula significa que uma vez descumprida a premissa, como por exemplo, violar direito inviolável da personalidade, acarretaria uma sanção, configurando o dano moral em uma norma punitiva.

3 A CONSTRUÇÃO DE UMA NATUREZA JURÍDICA PUNITIVA DOS DANOS MORAIS

3.1 Críticas e apontamentos acerca da evolução do dano moral na história e sua natureza punitiva

A construção de uma natureza jurídica punitiva dos danos morais se inicia através da confirmação sancionatória dos danos em estudo:

A sanção correspondente aos danos morais é de outra ordem; ela consubstancia uma medida de ordem compensatória e pena privada. Seu objetivo é o de atender ao postulado do Direito Natural, segundo o qual, em atenção à defesa dos direitos humanos e à manutenção do bem comum, a ofensa deve ser reparada através de medidas adequadas. A sanção tem outro objetivo, diverso do que se refere à equivalência de ordem econômica entre a ação danosa e o evento lesivo. Sua função é a de assegurar o respeito às prescrições da ordem jurídica, que não pode permanecer inerte às transgressões que atentam à dignidade da pessoa. Cabe também uma satisfação à pessoa do lesado. Aliás, é esta a função dos *exemplary damages* da *Common Law*. (PEDROSO, 1995, p.174)

Tal afirmação inaugura a ideia de que os danos morais são uma espécie de pena privada com objetivo de atender à defesa dos direitos humanos, devendo a ofensa ser reparada através de mecanismos adequados.

Historicamente,⁶⁵ a codificação mais antiga que trata da defesa dos direitos oriundos dos danos morais é o Código de Ur-Nammu. Após trezentos anos o Código de Hamurabi (1792-1750 a.c), que possuía 282 dispositivos legais, tinha como ideia central a defesa do mais fraco que pudesse ser prejudicado ou ofendido pelo mais forte. Como exemplo, o §127 do código, transcrito por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2004, p. 58):

§127: Se um homem livre estendeu o dedo contra uma sacerdotisa, ou contra a esposa de um outro e não comprovou, arrastarão ele diante do juiz e raspar-lhe-ão a metade do seu cabelo” (BABILÔNIA, 1772, a.c)

Comentando o disposto legal da época, Gagliano e Pamplona fazem uma leitura que defende a ideia de que pena corporal teria o condão de reparar o dano e não de punir:

⁶⁵SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e Sua Reparação Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 75.

A noção de reparação de dano encontra-se claramente definida no Código de Hamurabi. As ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, à causa de ofensas idênticas. Todavia o Código incluía ainda a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário. (REIS apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, p. 61).

Nesta introdução que aponta a diferença entre o texto normativo do Código de Hamurabi que é punitivo, e a interpretação divergente da doutrina que defende o caráter reparatório, cabe uma análise mais profunda da história e dos dispositivos legais inerentes à honra e ao dano moral.

Analisado o dispositivo legal do §127 do Código de Hamurabi, o qual seria responsável à época por tutelar a responsabilidade civil é possível verificar um entendimento diverso daquele da doutrina majoritária⁶⁶, porque os Códigos antepassados trazem uma noção de defesa da honra através de uma punição para esta ofensa, não se verificando caráter reparatório nesta norma.

Entende-se da leitura científica da norma histórica punitiva protetora da honra que ela se encontra completa⁶⁷, contendo uma premissa e uma sanção que lhe dá o caráter punitivo. Sobressai também o fato de as ofensas não serem repelidas com intuito reparador, pelo contrário, destaca-se uma pena corporal ou física para aquele que praticasse a ofensa⁶⁸.

Tem-se ainda a condição geográfica do §127 no Código de Hamurabi que está estruturado no título regulatório do Direito de Família nos artigos 127 a 195 e, logo em seguida vinham às leis destinadas a punir lesões corporais - artigos 196 a 214, fatores estes que evidenciam a natureza punitiva histórica⁶⁹.

Posterior ao Código de Hamurabi as Leis de Manu, com origem na sociedade hindu e vigente na Índia antiga também apresentavam referência ao dano moral e apontavam uma evolução destas leis em comparação ao Código de Hamurabi.

⁶⁶Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. (VENOSA, 2010, p. 2-3)

⁶⁷Norma jurídica primária e secundária in: Teoria Pura do Direito. Se “A” é, deve ser “B”; se não “B”, dever ser “C”. (KELSEN, 1934, p. 30).

⁶⁸BABILÔNIA. **Código de Hamurabi de 1772 a.c.** História. seed. pre.gov.br. Disponível em http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/codigo_hamurabi.pdf. Acesso em: 05/06/2021.

⁶⁹*Ibid*, 1772, §127.

Enquanto neste último havia geralmente uma sanção através da violência física, no primeiro, esta pena foi substituída por um valor pecuniário, mas não perdeu sua natureza punitiva⁷⁰. Silva confirma a natureza punitiva do Código de Manu ao regular o dano extrapatrimonial decorrente de crime ao asseverar que:

(...) havia pena pecuniária para certos danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, a condenação penal injusta. Também em Roma se admitia a reparação por danos à honra, mas, a exemplo dos Códigos de Hamurabi e Manu, a sanção era aplicada a certos fatos, e não genericamente. (SILVA, 1969, p. 253)

No direito Romano também estava presente à preocupação com a honra assim como nas legislações mais antigas. Nesta sociedade, a vigência das Leis das XII Tábuas previa penas patrimoniais para crimes como a injúria e o dano:

Os cidadãos romanos, que eventualmente fosse vítimas de injúrias, poderiam, valer-se da ação pretoriana a que se denominava *injuriarum aestimatoria*. Nesta, reclamavam uma reparação do dano através de uma soma em dinheiro, prudentemente arbitrada pelo Juiz, que analisaria, cautelosamente, todas as circunstâncias do caso. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2004, p. 62)

Os dados denotam o caráter punitivo e reparatório das normas que deram origem ao dano moral no Direito Brasileiro, mas agora com penas patrimoniais. No decorrer da evolução legislativa, o Código Civil de Napoleão absorveu, mas não delineou de forma expressa os limites da reparabilidade do dano moral ou extrapatrimonial. O Codex⁷¹ Napoleônico apenas estabelecia que o causador do dano era obrigado a repará-lo, desde que configurada a sua culpabilidade, passando uma noção bem ampla do instituto que tanto poderia abranger as lesões de ordem material ou não patrimonial. Sendo esta a influência no Código Civil de 1916.

As fontes legislativas utilizadas pela doutrina para justificar o dano moral através da proteção da honra apresentam um histórico punitivo do instituto, mas com intuito reparatório com penas corporais ou pecuniárias. As ofensas morais à honra

⁷⁰Os livros nono e décimo são uma mistura de leis criminais e civis, regulando as relações familiares, tipificando os crimes e cominando as respectivas penas de acordo com as regras prescritas para cada uma das quatro castas sociais hereditárias. (GARCIA-GALLO, 1972, p. 89)

⁷¹Artigo 1.382, estatui: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”. Tradução: “Qualquer ato do homem, que cause dano a outro, obriga aquele por cuja culpa ocorreu a repará-lo” (FRANÇA, 1804)

praticadas ao longo da história eram respondidas com penas corporais ou patrimoniais, não se verificando nas exposições tendência de uma reparação civil material na mesma proporção, mas de imposição da honra através de uma pena civil física ou pecuniária decorrente de violação de direitos extrapatrimoniais, o que só veio a ser alterado com o Código de Napoleão.

A partir materialização histórica punitiva da honra que se desencadeou nos conceitos de dano moral, passa-se ao estudo no sentido de apurar qual foi o momento em que a doutrina civilista alterou o curso da história dando um novo caráter reparador ao dano provocado à honra.

3.2 Introduzindo o conceito de dano moral e suas incompatibilidades com o modelo do ato ilícito absoluto

Na fase histórica foi possível absorver que a natureza jurídica das normas que deram fundamento ao dano moral no Direito brasileiro era punitiva. A busca de uma solução referente à divergência dos conceitos de dano moral e sua fonte de inspiração formam o elemento que agora se perquire. A análise dos conceitos de dano moral aponta uma ligação ilógica com o contexto histórico proposto. De forma cronológica serão analisados os diferentes conceitos de dano moral que foram sendo construídos pela doutrina brasileira ao longo da história.

Tomando de início o estudo das legislações comparadas, destaca-se como vanguarda a positivação do dano moral na Constituição da República de 1988⁷², o que não se constata nas legislações comparadas que deram suporte ao nosso Direito Civil. Ao contrário da inovação constitucional brasileira, o Direito Francês aplica entendimentos idênticos ao do nosso Direito Civil, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência a interpretação das normas referentes a contratos e delitos⁷³. No sistema civil Francês dentre os comandos normativos que tratam dos atos ilícitos, se destaca os arts. 1382 e 1383:

⁷²São 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. (BRASIL, 1988, Art. 5º, X)

⁷³PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. **A reparação do dano moral**. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 90, p.178. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67294/69904>. Acesso em: 29/09/2022.

Tout faí quiconque de l'homme qui cause à auíri um dommage, oblige celui pour lafauí duquel il esí arrivé, a la reporer; chacun est responsable du dommage qu'il a cause non seulementpar unfaií, mais encore par sa négligence au par son imprudence. (FRANÇA, 1804, Arts. 1382 e 1383)⁷⁴

Os citados dispositivos não se referem uma transcrição ou definição objetiva dos danos morais, assim como o Código Civil brasileiro. Nesse limbo legislativo que confere abertura às hipóteses de ocorrência de dano moral, Pedroso (1995, p.178) se remete à solução francesa ao afirmar que:

A indenização repousa na interpretação que a doutrina e a jurisprudência apresentam relativamente à inexecução das obrigações (art. 1.142) e aos atos ilícitos (arts. 1.382 e 1.383). A indenização, em ambas as hipóteses, alcança os danos morais, já que os esquemas normativos se referem a *dommages* sem outros qualificativos ou restrições.

O termo “*dommages*” extraído da norma jurídica, atualmente dá alicerce à possibilidade de reparação por danos morais nos tribunais franceses decorrendo de análises semânticas e teleológicas do termo⁷⁵. Nesse sentido, Dias (1997, p. 750) aponta que:

No Direito espanhol a indenização decorre do entendimento que se tem dado ao art. 1.092 do seu Código Civil, que diz: “*El que por acción causa dano a oíro, iníerveniendo culpa o negligencia, esíá obligado a reparar o dano causado*”. Inexiste referência expressa ao dano moral. Mas a expressão é interpretada sem restrição de modo a abranger o dano moral. É o entendimento da jurisprudência que, à semelhança dos sistemas francês e belga, tem acolhido a tese da reparação.

Sistematicamente, o Código Civil de 2002 também não positivou o dano moral diretamente como uma violação de norma e deixou a critério da doutrina da jurisprudência a sua definição. De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2003, p. 55) o dano moral é conceituado como sendo “*lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro*”. Nesse caso, vê-se um conceito nada agregador na visão científica da norma, eis que, reduz o dano moral a uma lesão de direitos não monetários. Ou seja, o define como valores do se humano,

⁷⁴Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano; Cada um é responsável pelo dano que provocou não somente por sua culpa, mas ainda por sua negligencia ou por sua imprudência.. (FRANÇA, 1804, Arts. 1.382 e 1.383)

⁷⁵PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. **A reparação do dano moral**. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 90, p.174. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67294/69904>. Acesso em: 29/09/2022.

já afastando o conceito do dano moral da leitura de sua norma criadora, uma vez que este conceito foi absorvido pelo Direito Civil.

Maria Helena Diniz (2003, p. 84) estabelece o dano moral como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo ato lesivo”, o que também não contribuí para a finalidade social que está atrelada à tutela do bem jurídico, pois, se limita a definir o dano moral como ato de lesão de bens jurídicos não patrimoniais e não de violação de norma inviolável.

Seguindo as posições mais próximas à promulgação do Código Civil de 2002, Carlos Roberto Gonçalves ao conceituar o dano moral assevera que:

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, 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. (GONÇALVES, 2009, p. 359).

O autor conceitua o dano moral na sua essência e não na norma que define a hipótese de indenização desse dano. A definição exposta esbarra na ideia central de que a violação a direitos fundamentais da personalidade geram e asseguram uma indenização pecuniária para evitar o dano. Entretanto, a leitura denota que os direitos da personalidade previstos no Código Civil devem ser lesados e não apenas violados.

Nehemias Domingos de Melo (2011, p. 9) se aproxima da ideia proposta na obra ao afirmar que “*dano moral é toda agressão injusta aqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, insuscetível de quantificação pecuniária*”.

Outra corrente conceitua dano moral como o efeito da lesão violadora do bem jurídico, e não a lesão em si, como é o caso de Yussef Said Cahali que assim conceitua:

Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial. (CAHALI, 2011, p. 28)

Aguiar Dias também sustenta esta espécie de definição, ao delinear a lesão de direito e não do bem juridicamente tutelado em si:

O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretar, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não

patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais (DIAS, 1987, p. 852).

Em primeira análise, considera-se que a doutrina inaugurou o conceito de dano moral a partir do Direito Comparado, ou seja, afastando a norma reguladora primária e buscando a lesão do bem juridicamente tutelado, como a dor, a angústia, sofrimento ou a tristeza, formando uma discussão acerca da expressão “dano moral” e seu significado pra encaixa-lo nos pressupostos do ato ilícito puro, o que para a doutrina é entendido através de conceitos que tentam exteriorizar o dano para o mundo dos fatos como prescinde o ato ilícito *stricto sensu*, o qual se refere aos pressupostos da responsabilidade civil patrimonialista.

A discrepância sistêmica absorvida das legislações comparadas leva ao entendimento de que, ao contrário das fontes que deram origem ao dano moral no Direito Civil brasileiro, a Constituição da República de 1988, ao regular o dano moral afastou a possibilidade de interpretação desse instituto através de conceitos subjetivos que decorrem da exteriorização dos fatos, uma vez que, dentro do sistema *Civil Law* a legislação brasileira prevê o comando normativo para a configuração do referido dano moral, que teria como finalidade primária impedir ou prevenir a ocorrência do próprio dano.

3.2.1 *As inovações da doutrina civilista pós Constituição Federal de 1988 para adequar o dano moral ao sistema jurídico civil: dano moral direto e dano moral indireto*

A doutrina civilista absorveu para si a tarefa de conceituar o dano moral assim como nos países de sistema *Civil Law*, classificando-o como dano moral em direto ou indireto, levando em consideração a causalidade entre o dano e o fato, que são pressupostos do direito civil responsabilizador. Verifica-se o dano moral direto quando ocorre lesão específica de um direito imaterial, conforme o ensinamento de Maria Helena Diniz:

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou o gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família).

Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). (DINIZ, 2005, p. 93)

Já o dano moral indireto sobrevém quando há lesão a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo a um bem de natureza extrapatrimonial.⁷⁶ Portanto, para as correntes tradicionais, entende – se que o dano moral é caracterizado pela dor psíquica sofrida pela vítima e afetação do seu estado anímico, sendo este o dano direto e, o dano indireto decorreria de modo reflexo a outro dano. Com esta rasa exposição é possível verificar que essa classificação já consta norma constitucional definidora do dano moral, afirmado a norma que, a indenização pecuniária é assegura em casas de dano por ser exclusivamente moral, ou moral decorrente de dano material, deixando mais reluzente à crítica⁷⁷.

3.2.2 *A desnecessidade de prova do dano moral: uma aproximação de uma teoria punitiva dos direitos fundamentais personalíssimos em contraponto à doutrina moderna.*

Utilizando as hipóteses doutrinárias que dão suporte ao desenvolvimento da ideia central, afirmar-se que a causação de dano moral independe de prova, ou melhor, que comprovada a ofensa moral o direito a indenização desta decorre, sendo dela presumido⁷⁸. O que por si só afastaria a hipótese de ocorrência de um ato ilícito puro. Nesse caso, a obrigação de reparar é consequência da verificação do evento danoso, mas porque se dispensar a prova do prejuízo se ele é um pressuposto de formação do ato ilícito? Pedroso (1995, p. 174) se refere à dificuldade de prova das lesões, e afirma que:

Atualmente, tem-se entendido que a prova do prejuízo é dispensável já que ele advém da ocorrência da própria transgressão. A verificação da relação causal entre a ação e o resultado é suficiente para evidenciar os reflexos na esfera jurídica do lesado. Não há que se cogitar de prova do caráter atentatório à dignidade, inerente ao dano moral.

⁷⁶GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87.

⁷⁷Vide Art. 5º, X. (BRASIL, 1988)

⁷⁸STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.1714.

No mesmo sentido Sergio Cavalieri (2010, p. 86) leciona que por se tratar de algo imaterial, *“a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para comprovar os danos materiais. Quais sejam os meios do Direito Civil”*. Este posicionamento é o adotado de forma majoritária na jurisprudência brasileira, a exemplo do seguinte julgado:

INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – PROVA – DESNECESSIDADE. “Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam”. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação do art. 334 do Código de Processo Civil” TJSP. (753811220098260224 SP0075381-12.2009.8.26.0224, Relator: Orlando Pistoresi, Data de Julgamento: 18/01/2012, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/01/2012).

Essa ementa traz a possibilidade de testar mais uma vez a aplicação da possibilidade punitiva da norma constitucional quando se pinça na frase: *“Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação”*.

Aplicando a teoria da estrutura da norma jurídica para o caso em comento, quando não se fala em prova do dano, mas tão apenas a prova do fato (norma primária), tem-se uma condenação por dano moral condicionada à norma secundária decorrente do fato antijurídico. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2004, p. 87) se aproximam da realidade da norma constitucional quando afirmam que: *“provado assim o fato, impõe-se a condenação”*. Ao definir que a prova do descumprimento da premissa da norma (fato antijurídico) enseja automaticamente a sanção, estar-se-á, em tese, concordando com a possibilidade de dar à norma constitucional natureza punitiva.

Para a corrente mais moderna, o dano moral é ofensa a direito da personalidade. Qualquer violação a um direito da personalidade, como a privacidade, a honra, a intimidade, o nome, dentre outros bens jurídicos cujo tipo é aberto, ensejaria indenização por dano moral. Eventual afetação do estado anímico, de acordo com esse posicionamento serve para aumentar o quantum indenizatório. Nesse sentido, ensina Sergio Cavalieri Filho que:

O dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética - razão pela qual revela - se mais apropriado chamá-lo de dano

não patrimonial, como ocorre no Direito Português. (CAVALIERI FILHO, 2005, p.102)

Contrariando os entendimentos, Pedroso (1995, p. 170) afirma que o dano moral é uma lesão a componentes do complexo valorativo da pessoa e que o fundamento que gera a responsabilidade seria diverso do ordinário proposto pela doutrina civil:

O dano moral decorre de ações realizadoras de responsabilidade *ex contráctu* e *ex delicto*. Mas o fundamento da responsabilidade advém da injustiça de condutas que afetam os valores da esfera moral do ser humano. Realmente, o dano moral é lesão a componentes do complexo valorativo da pessoa.

Isso significa que o fundamento da responsabilização deve partir do fato antijurídico e não da lesão em si. Desta forma, analisada a “evolução” e a amplitude generalizada do conceito de dano moral para tutelar a todos os bens personalíssimos, caminhamos para a análise crítica da amplitude do conceito do dano moral e sua repercussão negativa no sistema jurídico brasileiro.

3.2.3 O conceito atual sobre o dano moral e sua amplitude no direito brasileiro.

Ofensa ao princípio da legalidade penal: Nula poena sina lege

Ludwig Andreas Feuerbach desenvolveu a Teoria da Coação Psicológica, onde via a pena como uma medida preventiva e não retributiva. Percebeu Feuerbach que a coerção física não era o suficiente para proteger os direitos reparáveis e irreparáveis, destacando a necessidade de impedir as lesões jurídicas construindo um sistema que afetasse psicologicamente o ofensor, evitando assim a consumação da lesão jurídica:

Se é necessário impedir de todas as formas as lesões jurídicas, então deve haver outra coerção junto à física, que antecipe a consumação da lesão jurídica e que, proveniente do Estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que seja requerido um conhecimento prévio da lesão. Uma coação dessa natureza só pode ser de índole psicológica. (FEUERBACH, 1989, p. 60)

Trabalhando uma ideia de aplicação de direito punitivo no campo do dano moral temos um conflito diante da ampliação do conceito⁷⁹ quando se aplica a natureza punitiva ora defendida na tese, na doutrina e nos tribunais. Isso porque, traduzindo a expressão “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*” desenvolvida por Feuerbach⁸⁰ restou materializado que no direito punitivo “*não há crime, nem pena, sem prévia lei*”, sintetizando o princípio da legalidade, da reserva legal e da anterioridade da lei penal, como concluiu Rafael Mafei:

Do ponto de vista histórico, é muito importante anotar que houve uma relativa mudança funcional no princípio da legalidade penal: ele tem, hoje, a principal função de atuar como uma garantia do indivíduo perante o poder estatal. Sua função é, sobretudo, garantista: ‘o princípio da legalidade’, diz Roxin, ‘serve para evitar uma punição arbitrária e incalculável sem lei, ou baseada em uma lei obscura ou retroativa’ (Roxin, 2006: 139). (...) Em Feuerbach (...) tal princípio só parcialmente tem relação com a preservação de garantias individuais: em termos teóricos, seu papel é delimitar o campo de estudos da ciência do direito penal; e, em termos políticos, garantir a efetividade da coação psicológica. (QUEIROZ, 2008, p. 194).

A norma jurídica punitiva, no caso de admitir uma punição nos moldes atuais do direito deveria prever a conduta ilícita justamente em respeito ao princípio do direito punitivo, que alerta ao receptor da norma quais situações não podem ser descumpridas, sob pena de aplicação de punição física ou patrimonial. Pedroso (1995, p. 174) ao tecer críticas à teoria da reparação por dano moral, defende que à configuração do direito à indenização decorre da mera subsunção do fato à norma, revelando uma proximidade com a necessidade de respeito à normatividade do bem jurídico:

(...) referente à incerteza do direito violado, basta considerar que a configuração desse direito é simples problema de subsunção. O dano moral é a violação de um bem jurídico normativamente previsto no ordenamento jurídico, ao reconhecer aos membros da comunidade, direitos subjetivos extrapatrimoniais, tipifica os elementos necessários à sua configuração. É questão de tipicidade. Logo, o direito violado não é incerto. O desvalor do injusto não pode ser relegado pela ordem jurídica. Sua estrutura desponta do sistema jurídico.

⁷⁹O dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano não patrimonial, como ocorre no Direito Português. (CAVALIERI FILHO, 2002, 85-86)

⁸⁰FEUERBACH, Paul J. A. R. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania**. Editorial Hamurabi: Buenos Aires. 1989.

Ao contrário do princípio da legalidade penal que delimita as hipóteses de comportamento contrário à norma educando o receptor que aquele ato é proibido, a doutrina civilista ao ampliar o fato (premissa) de forma genérica considerando a violação de direitos atualmente exemplificativos⁸¹, faz com que o receptor da norma geral e abstrata não tenha condições fazer a subsunção do fato à norma, e assim poder evitar a prática do ato ilícito devido à sua falta de previsão objetiva, perdendo a possibilidade de caráter preventivo do direito punitivo por não ter como saber se o ato praticado é antijurídico, gerando um contrassenso com o instituto punitivo.

3.2.4 *A banalização do dano moral decorrente dos conceitos abertos e sua falta de aplicação da estrutura da norma primária e secundária.*

Demonstrado que o dano moral surge na história com natureza punitiva⁸² e que as normas de natureza punitiva são estruturalmente completas ao determinar uma premissa e uma sanção⁸³, percorrer-se-á os reflexos negativos da interpretação civilista do dano moral decorrentes de uma tipologia aberta dos atos ilícitos que absorve diversas situações jurídicas e morais para o dano moral, trazendo-as para o bojo da configuração da conduta ilícita.

Apesar da aparente facilidade em conceituar o dano moral, a grande dificuldade encontra-se em saber o que configura e o que não configura o dano, já que existem diversas posições diferentes. Na falta de pensamentos científicos e objetivos essa questão se torna adversa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de legislador. Isto porque como se verificará na colheita de julgados, o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade são apresentados como dano moral em busca de indenizações.

Para cogitar uma indenização por dano moral existe a necessidade de que o ofendido demonstre de forma cabal que o ato tido como causador do dano tenha

⁸¹Em suma, existem outros direitos da personalidade tutelados no sistema, como aqueles constantes do Texto Maior. O rol do Código Civil é meramente exemplificativo (numerus apertus) e não taxativo (numerus clausus).” (TARTUCE, 2016, p. 98)

⁸²SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e Sua Reparação Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 75.

⁸³TRIVOSONNO. Alexandre Gomes Travessoni. **A Teoria da estrutura hipotética das Normas Jurídicas de Kelsen. Características, evolução e balanço de sua importância**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2020. P 79

ultrapassado a esfera daquilo que deixa de ser razoável, aquilo que o homem-médio aceita como fato comum à sociedade⁸⁴. Mas como comprovar o razoável? O magistrado ao invés de conceder reparação por dano moral da maneira que já ocorre na prática, ou seja, aplicar a lei independente da lesão ao bem jurídico tutelado, fica sujeito ao convencimento da efetiva ofensa à dignidade – consubstanciada na violação às integridades física, psíquica e moral – não devendo tratar-se de mera frustração ou dissabor devido ao risco de banalização do instituto⁸⁵.

A indenização por danos morais como um direito constitucional⁸⁶, não deve ser resguardada daqueles que a utilizam de modo incoerente, mas pelo contrário, a ação que visa uma indenização por danos morais sob o ponto de vista exposto, deve ser limitada ao comando normativo constitucional e não deixar a critério do magistrado presumir que o fato violador da norma gerou um dano moral ou um mero aborrecimento. Ou seja, do simples fato antijurídico observado pelo julgador decorreria uma indenização. A propósito do tema, pertinente é destacar o trecho abaixo que confirma que existe uma distinção subjetiva entre dano moral e meros aborrecimentos:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (CAVALIERI, 2008, p. 78)

⁸⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 543028-00/8. Dano Moral – Especificação Das Consequências –Necessidade. Não basta o alegado fato objetivo do dano para fulcrar pretensa indenização por dano moral que reclama; mas, sim, a especificação das consequências do fato danoso na integridade do autor, sob pena de inépcia por ausência de causa de pedir” (TJSP. 2º TACiv. SP – Ac. Unân. Da 9.ª Câm. Julg. Em 28-4-99 – Ap. sem Ap. sem Ver. 543028-00/8 – Capital – Rel. Juiz Ferraz de Arruda; in ADCOAS 8174457). Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/dano-moral-um-estudo-sobre-seus-elementos>. Acesso em: 22/09/2022.

⁸⁵Vide: STJ. Resp 718618 responsabilidade civil. Dano moral. Registro no cadastro de devedores do serasa. Existência de outros registros. Indenização. Possibilidade.

⁸⁶Consta no art. 5, X da CF/88 que: “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”. (BRASIL, 1988, Art. 5º, X).

Na realidade, os mais triviais aborrecimentos do dia a dia estão sendo hoje equiparados a um sofrimento qualificado como insuportável resultado de forte dor moral. Chega-se poder afirmar que qualquer contrariedade, mesmo que corriqueira, é para alguns, taxada de dano moral, visando unicamente o recebimento da indenização⁸⁷.

Ao contrário, têm-se decisões que negam a existência de dano moral por mero aborrecimento:

O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar de dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angustias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial não conhecido” (STJ – 4º T- REsp. 403.919 – Rel. Cesar Asfor Rocha – j. 15.05.2003 – RSTJ 171/351). Os dissabores do cotidiano não podem ser confundidos com os sintomas caracterizadores do verdadeiro dano moral, sob pena de, por obra dos tribunais, se tornar insuportável, a ponto de se inviabilizar, a própria vida em sociedade” (TJDF – 1º T. – A.p. 2004.01.1062485-0 – Rel. José Guilherme de Souza – j. 07.06.2005 – DJU 01.07.2005 – RT 838/284).

Mas a norma constitucional admite o caráter punitivo descumpridor da premissa justamente para afastar a possibilidade de se tentar aferir as sensações do ser humano, limitando as sensações morais negativas a uma presunção de acontecimento decorrente do descumprimento da norma como ocorre no direito punitivo. Conforme já citado, na contemporaneidade ocorre um excesso de demandas⁸⁸ que movem a máquina do judiciário de maneira desnecessária, fazendo com que a finalidade da lei não seja alcançada. Notoriamente o efeito desestimulador da conduta violadora da norma não esta sendo alcançado devido à redundância das ações de indenização por dano moral que são propostas.

⁸⁷SANTOS, Pablo de Paula. **Dano Moral: um estudo sobre seus elementos**. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. 2012, p.01. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/dano-moral-um-estudo-sobre-seus-elementos>. Acesso em: 21/09/2022.

⁸⁸Publicado em 20/09/2017 O Relatório Justiça em Números 2017 revelou que, no ano passado, 79,7 milhões de processos tramitaram no judiciário do País, com 29.351.145 novas ações. Além de informações sobre a litigiosidade, produtividade e despesas, o estudo apresenta uma análise dos assuntos mais demandados por ramo da Justiça. Responsável por aproximadamente 67% do total de processos ingressados no Poder Judiciário, a Justiça Estadual trata de uma ampla gama de assuntos do cotidiano do cidadão. O tema Direito Civil aparece entre os cinco assuntos com maiores quantitativos de processos em todas as instâncias desse segmento. O destaque fica para as ações relativas a Obrigações/Espécies de Contratos (1.944.996), Responsabilidade civil/Indenização por dano moral (1.760.905) e Família/Alimentos (853.049). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Mencionam-se as jurisprudências que seguem o entendimento de que para se pleitear a reparação/indenização do dano moral, é necessário que se demonstre cabalmente as consequências do fato danoso na integridade psíquica da vítima:

DANO MORAL – ESPECIFICAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS – NECESSIDADE. Não basta o alegado fato objetivo do dano para fulcrar pretensão indenização por dano moral que reclama; mas, sim, a especificação das consequências do fato danoso na integridade do autor, sob pena de inépcia por ausência de causa de pedir” (TJSP. 2º TACiv. SP – Ac. Unân. Da 9.ª Câm. Julg. Em 28-4-99 – Ap. sem Ap. sem Ver. 543028-00/8 – Capital – Rel. Juiz Ferraz de Arruda; in ADCOAS 8174457)

DANO MORAL – PREJUÍZO DE IMAGEM – PRESSUPOSTOS. A reparação de dano por prejuízo de imagem da pessoa somente é cabível quando a prova da lesão de imagem ou do desprestígio da pessoa for completa, inequívoca e convincente. Não se pode confundir, para efeitos de danos morais, o sentimento de dor profunda com o ódio, a ira ou a cólera, sentimentos próprios daqueles que se julgam intocáveis. (TJ-MG – Ac. unân. da 4ª Câm.Cív. publ. em 28-3-96 – Ap. 32.710/6-Itaúna – Rel. Des. Corrêa de Marins – Adv^{as}.: Roberta Espinha Corrêa e Tereza Cristina da Cunha P. Reis; in ADCOAS 8149664);

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano Moral. Configuração. Princípio da Lógica do Razoável. Na tormentosa questão de saber o que configura o dano moral, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da sensibilidade ético-social normal. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível e o homem de extrema sensibilidade. Nessa linha de princípio, só devem ser reputados como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada.” Acórdão da 2ª Câ. Cív. do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro-RJ, exarado nos autos da apelação Cível nº 8.218/95.Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho.

Os três julgados exigem a prova do dano. Importante ressaltar que não se pretende negar a existência das agressões de natureza moral, o que se deseja é apontar a falta de critérios específicos, parâmetros adequados e regras mais claras na configuração do dano e no posterior julgamento. Alguns doutrinadores chegam afirmar que não existe a chamada “indústria do dano moral”, entretanto, nem mesmo esses autores negam a presença de um grande número de ações desnecessárias:

É certo que em muitos casos a vítima propõe ação sem base fática ou jurídica. Também é certo que os valores pleiteados, muitas vezes sob os auspícios da justiça gratuita, são muito elevados em comparação com o dano sofrido. Todavia, esses casos não são a regra e cada dia mais os pedidos têm sido feitos em valores compatíveis com os fixados pela jurisprudência. Assim, não existe a “indústria dos danos morais”, e sim, alguns pedidos que discrepam

do bom-senso e da proporcionalidade que deve existir entre o dano e o valor da indenização correspondente. (ANDRADE, 2006, p. 51)

Trazendo ao foco o debate da banalização e seus argumentos, neste momento serão analisadas algumas situações específicas que geram o dever de indenizar e quais situações decorrentes de relações morais estão sendo colocados na conta do dano moral.

3.3 Aplicação do imperativo categórico de Immanuel Kant. Relação Jurídica e Relação Moral.

De acordo com Comparato a norma moral se difere da jurídica pelos seguintes fundamentos:

A norma moral se difere da jurídica, pois não está positivada, logo a norma moral é aquele comportamento esperado de um indivíduo de acordo com a sociedade que vive. A Moral preocupa-se em regular o caráter interior do indivíduo, para que tal caráter esteja de acordo com a ação daquele sujeito e para que haja uma correspondência entre os planos exterior e interior. Ao Direito, importaria a convivência ordenada e o bem estar da sociedade. (COMPARATO, 2006, p. 505)

Ao contrário desta norma autônoma não positivada, a norma jurídica e heterônoma é posta por decisão. Segundo Barbosa:

É o Direito que descreve um comportamento externo e a Moral prescreve uma conduta interna, afirmando que um ato Moral somente existiria quando o indivíduo agisse por puro dever moral ou por puro respeito ao dever: "age apenas segundo uma máxima tal que possa ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal". (BARBOZA, Márcia Noll. *Apud* KANT, 2002. p. 30).

Nesse contexto, Kelsen⁸⁹ afirma que *"a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral"*. A partir dessas premissas restaram analisados julgados específicos que confirmam a ocorrência do dano moral nas relações jurídicas, como: telefonia, transporte aéreo e comércio.

Analisando os casos de condenação por dano moral referente ao transporte aéreo e trabalhando considerações primárias normativas, temos por exclusão que:

⁸⁹KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** [tradução João Baptista. Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998,p.76.

atrasos em geral não são considerados atos ilícitos extracontratuais; a situação jurídica que decorre do verbo “atrasar” ou “cancelar” não teria ligação direta com os direitos fundamentais invioláveis e o fato atrasar decorreria de um compromisso firmado entre as parte via contrato ou de uma conduta imoral. Portanto, a punição deveria decorrer de um compromisso contratual, pois o extracontratual reflete comportamentos morais. Logo, caso não seja configurado o ilícito absoluto que exige a prova do dano e o nexo causal, não poderíamos estar diante de uma relação jurídica.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende pela ocorrência de indenização decorrente de atraso de voo:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO EM VOO INTERNACIONAL. INAPLICABILIDADE DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL NO TOCANTE À REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO CDC. SÚMULA 83/STJ. CONFIGURAÇÃO DOS DANOS MORAIS E VALOR DA REPARAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. As indenizações por danos morais decorrentes de extravio de bagagem e de atraso de voo internacional não estão submetidas à tarificação prevista na Convenção de Montreal, devendo-se observar, nesses casos, a efetiva reparação do consumidor preceituada pelo CDC, conforme decidido no REsp 1.842.066/RS, de Relatoria do Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 9/6/2020, DJe 15/6/2020. Óbice da Súmula 83/STJ. 2. O acórdão concluiu pela legitimidade ativa dos genitores da menor para vindicar reparação civil, a inexistência caso fortuito ou força maior e a configuração de um quadro que não se qualificaria como mero descumprimento contratual, mas sim atuação causadora de ilícito e ofensa a direito da personalidade, configurando o ilícito moral. Essas ponderações foram feitas com base em fatos e provas, atraindo a aplicação da Súmula 7/STJ, que incide sobre ambas as alíneas do permissivo constitucional. 3. O valor da indenização por danos morais - R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para cada autor - encontra-se dentro dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade, não configurando quantia desarrazoada ou desproporcional, mas sim adequada ao contexto dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 4. Agravo interno desprovido. AgInt no AREsp 1957910 / RS. 21/02/2022. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

O julgado analisado optou pela condenação por danos morais ressaltando que a conduta antijurídica de atrasar configura ofensa a direito da personalidade (tipo aberto), e, portanto, configura ilícito moral ao invés de ilícito contratual. Permitindo, portanto, a condenação.

O próximo acórdão apontou que determinado cidadão chegou ao seu destino 10 horas depois do previsto, o que foi suficiente para o Tribunal de justiça de Minas Gerais aplicar o mesmo entendimento do STJ:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO E CANCELAMENTO DE VOO DOMÉSTICO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. REPARAÇÃO DEVIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. I - Demonstrado que a parte autora, em razão de infortúnio interno de responsabilidade exclusiva da companhia aérea, chegou ao local de destino aproximadamente 10 (dez) horas depois do previsto para o desembarque, tem-se por configurada a ofensa moral a merecer reparação. II - No arbitramento da indenização por danos morais, o julgador deve levar em conta o caráter reparatório e pedagógico da condenação, cuidando para não permitir o lucro fácil do ofendido, mas também não reduzir a reparação a valor irrisório, sempre atento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como às nuances do caso concreto. III - O termo inicial dos juros de mora deve ser contado da data da citação, já que o caso em comento trata-se de responsabilidade contratual. Recurso conhecido e não provido. TJMG. AP. 0019991-89.2019.8.13.0411 (1). Des.(a) Vicente de Oliveira Silva. 02/12/2021

Analisando cientificamente os dois exemplos já é possível fazer o teste de aplicação do imperativo categórico de Kant⁹⁰ para os casos de responsabilidade civil extracontratual. Para aplicar a teoria de uma Lei Moral que seja universal é necessário antes dissecar a norma jurídica que estabeleceu a relação jurídica.

No caso de ambos os acórdãos ocorreu um negócio jurídico expresso para a contratação de transporte aéreo. O contrato de transporte aéreo está sujeito às normas do Direito do Consumidor e do Direito Civil, diretamente. Mas o comportamento de atrasar não é positivado no sistema jurídico civil.

Desta forma, utilizando o método dedutivo, lê-se: se não existe legislação prevendo que o fato de atrasar gera ato lícito extracontratual, há não ser que tenha causado dano e tenha nexos, entende-se que o fato não é jurídico para justificar uma punição moral decorrente de uma relação jurídica. Há não ser que estivesse prevista uma cláusula penal no contrato.

Para resolver este tipo de questão, Kant desenvolveu a teoria da distinção entre Direito e Moral ampliando a ideia do imperativo categórico, enquanto valores morais emanados do elemento metafísico transcendental e racional que seria o embasamento para a fundamentação da distinção entre Direito e Moral. O mundo normativo seria caracterizado pela exterioridade; já o campo axiológico, sê-lo-ia pela interioridade⁹¹. Exemplo é o ato moral de não se atrasar ou imoral de atrasar.

⁹⁰A ética kantiana está desenvolvida, sobretudo, no livro *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785)

⁹¹BARBOZA, Márcia Noll. "Parte I: Direito e Moral". In: **O Princípio da Moralidade Administrativa: uma abordagem de seu Significado e suas Potencialidades à Luz da Noção de Moral Crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 26.

Em seu imperativo categórico, lemos o seguinte (KANT, 1980, p.115): “*Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza*”. Desse modo, uma ação moralmente correta será aquela que for universalmente válida, ou seja, aceitável sem distinção de nível hierárquico a todos os seres racionais no passado, presente e futuro.

Destacam-se algumas hipóteses exemplificativas que se adequam à lei moral universal, partindo do pensamento hipotético: Estou atrasado. Devo dirigir em alta velocidade? Para Kant, de acordo com sua proposta de uma Lei Moral universal, a resposta para esse pensamento se fundamentaria em outro questionamento: Quero que todas as pessoas que estiverem atrasadas dirijam em alta velocidade? Dai decorrente outra pergunta: Dirigir em alta velocidade deve se tornar uma lei universal para quem esteja atrasado? Não.

Seguindo o imperativo categórico, percebe-se que a ação (dirigir em alta velocidade) não deveria ser praticada. O ser racional não entenderia que dirigir em alta velocidade devesse ser uma regra. Respeitar os limites de velocidade é uma forma de não arriscar a própria vida e nem a vida dos outros.

No caso do atraso nas relações de consumo em casos de transporte aéreo, seria assim formulada a hipótese: O embarque atrasou. Devo deixar as pessoas esperando porque ocorreu *overbooking*? Para Kant, seria: Quero que todas as pessoas que tiverem um compromisso aguardem o próximo voo porque ocorreu *overbooking*? Aguardar o próximo avião em decorrência de *overbooking* deve se tornar uma lei universal para quem tem um compromisso? Está não pode se tornar uma lei universal porque respeitar os horários é uma forma de gerar confiança nas pessoas. Logicamente se o compromisso não está vinculado a um contrato. De acordo com o imperativo categórico não se deve atrasar diante de um compromisso extracontratual por ser uma lei universal da moral.

Outro tema que chama a atenção é o das operadoras de telefonia e as condenações por dano moral.

Os danos morais estão presentes em razão de o autor/recorrente ter recebido excessivas e inoportunas ligações, mensagens telefônicas e e-mails, concernentes à ofertas promocionais de produtos e serviços da empresa ré/recorrida, os quais perduraram por 2 anos, mesmo após sucessivas reclamações administrativas, havendo, na hipótese, violação à dignidade do demandante, o que enseja dano moral indenizável." 07004813420208070006, Relator: Carlos Alberto Martins Filho,

Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, data de julgamento: 26/8/2020, publicado no PJe: 1º/9/2020. Acórdão 1277474.

Neste caso, os danos morais se fizeram presentes porque o autor da ação recebeu excessivas ligações que violaram a sua dignidade. Encontrado o nexo causal da condenação, aplicar-se-á o imperativo categórico para definir se o ato deveria ser praticado como uma máxima que deveria se tornar uma lei universal.

Hipótese: Quero que todas as pessoas que têm aparelho celular atendam as ligações que oferecem produtos e serviços. Hipoteticamente, para Kant: receber ligações indevidas ou indesejadas por todos aqueles que têm telefone celular deve se tornar uma lei universal? Vejamos a seguinte hipótese: Quero adquirir um aparelho celular e receber ligações do meu interesse. Neste caso o receptor da norma entende moralmente que ao adquirir um aparelho celular ele não será importunado. Seguindo o imperativo categórico a ação (ligar insistentemente) não deve ser praticada. O ser racional não entenderia que ofertar produtos e serviços de forma insistente devesse ser uma regra. Respeitar os limites morais da liberdade e da privacidade é uma forma de não prejudicar os outros.

Continuando a análise do material a pesquisa aplica o imperativo categórico de Kant em situações ordinárias de consumo. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE APARELHO DE AR CONDICIONADO. DEFEITO DO PRODUTO COM QUATRO MESES DE USO. ARTIGO 18 DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO DE R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS) PARA R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. 1. Responsabilidade dos fornecedores. Tratando-se de relação jurídica de consumo, a responsabilidade dos fornecedores por vício do produto é objetiva e solidária, nos termos do artigo 18 da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor. 2. A relação estabelecida entre as partes e o vício do produto é fato incontroverso nos autos. Ré/apelante que não obteve sucesso em demonstrar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor, nos termos do art. 373, II, CPC/15. 3. Inegáveis os transtornos e prejuízos de ordem emocional, além da frustração na utilização de um produto defeituoso, a justificar a indenização pleiteada, considerando, ainda, que o direito consumerista previsto no art. 18, §1º, II, do CDC somente restou garantido com a sentença. 4. Redução do valor da indenização por danos morais para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. TJMG. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. 0005380-40.2016.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1ª Ementa Des(a). Mônica De Faria Sardas - Julgamento: 08/08/2018 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL- Data de Julgamento: 08/08/2018.

Estar-se-á diante de uma relação de vício de produto (ar condicionado) atrelada à frustração na utilização de um produto defeituoso. Pensamento: Meu ar condicionado estragou. Devo receber uma indenização por dano moral? Para Kant, a resposta para esse pensamento se fundamenta em outra questão: Quero que todas as pessoas que estiverem com o ar condicionado ou produto semelhante com defeito recebam uma indenização pela sua frustração? Receber indenização porque o produto adquirido deu defeito deve se tornar uma lei universal? A resposta encontrada para os exemplos citados é de que existe uma norma moral hipotética que define com lei universal os atos de: não atrasar, não telefonar, não vender produtos com pouca durabilidade, etc. Diante do exposto é esboça-se que a doutrina e a jurisprudência se utilizam do rol exemplificativo dos direitos da personalidade para justificar as condenações por dano moral inserindo paulatinamente situações decorrentes de relações morais para o campo jurídico.

Partindo do pressuposto de que as matérias que fogem ao preceito da norma constitucional⁹² e não estão positivadas nos diplomas jurídicos são condutas morais tidas como leis universais, essas relações não se confundem com o descumprimento de premissa constitucional que geram indenização por dano moral.

Nesse cenário, uma vez testado o imperativo categórico de Immanuel Kant nas situações concretas de condenação por dano moral é permissível concluir que as condutas decorrentes de relação de consumo configuram comportamentos morais que não fazer parte da tutela dos direitos fundamentais da personalidade invioláveis.

⁹²São 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. (BRASIL, 1988, Art 5º, X).

4 A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COMO RESULTADO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO DA PERSONALIDADE FUNDAMENTAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM OS PRESSUPOSTOS DO ATO ILÍCITO ABSOLUTO

4.1 Analisando a história da construção dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras e suas garantias como forma de proteção dos direitos invioláveis

Os direitos e garantias fundamentais são consolidados e inerentes a todos os cidadãos brasileiros através da Constituição Federal de 1988⁹³. A existência dos direitos fundamentais está muito atrelada à criação dos Direitos Humanos⁹⁴, porque de forma lógica os direitos humanos são fundamentais. Destaca-se como exemplo, o direito à propriedade, à igualdade formal, à liberdade de crença, à liberdade de manifestação de pensamento, o direito à vida entre outros. Tais direitos são os direitos individuais, de natureza civil e política, que foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja proteger as pessoas do poder opressivo do estado⁹⁵.

A Constituição do Império de 1824 já trazia os direitos fundamentais de primeira dimensão, ⁹⁶estando eles no Título 8º, sob a nomenclatura de *Garantia dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*⁹⁷. A Constituição da primeira República

⁹³Art. 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: (BRASIL, 1988, Art. 5º, *caput*).

⁹⁴FRANÇA, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1789. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29/09/2022.

⁹⁵CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 617-618.

⁹⁶Liberdade, propriedade e segurança do indivíduo. (BRASIL, 1824)

⁹⁷Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Cíveis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (BRASIL, 1824, art. 179).

datada de 15 de novembro de 1891⁹⁸ reforça apenas a inviolabilidade dos parlamentares por suas, opiniões, palavras e votos. A Constituição de 1934 inaugurou o Estado Social Brasileiro e assegurou vários direitos, entre eles a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, agregando caráter fundamental aos direitos sociais⁹⁹.

A Constituição de 1934 teve capacidade de inovar na consagração dos direitos fundamentais, entretanto, em 1937¹⁰⁰, com o totalitarismo, os direitos do homem foram suprimidos. A Carta Constitucional de 1946 reforçou os direitos fundamentais, estes foram reconhecidos nos capítulos referentes à Nacionalidade e a Cidadania e dos Direitos e Garantias Individuais¹⁰¹. Tal Constituição voltou a proibir a pena de morte e de prisão perpétua, restaurando, assim, mecanismos de garantia dos direitos fundamentais¹⁰². Contudo, adveio novamente o totalitarismo com mesma supressão de direitos fundamentais que podem ser encontrados nas Constituições de 1967 e 1969. Outras inovações também surgiram com o documento de 1946 tais como o habeas corpus, o mandado de segurança e a ação popular, além da observância

⁹⁸Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato. (BRASIL, 1891, Art. 19).

⁹⁹CAPÍTULO II Dos Direitos e das Garantias Individuais: A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 5- É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil. 8- É inviolável o sigilo da correspondência. 16- A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei. (BRASIL, 1934, Art 113).

¹⁰⁰A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 6- a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei; A lei pode prescrever: f) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematographo, da radio-difusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclue outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem publico, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem colectiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome della constituído e organizado nesta Constituição. (BRASIL, 1937, Art. 122).

¹⁰¹CAPÍTULO II, Dos Direitos e das Garantias individuais: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1946, Art. 141)

¹⁰²A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1946, Art. 141).

da legalidade e da irretroatividade da lei, mas a Constituição que trouxe uma proteção especial para a pessoa humana através de mecanismos garantidores de direitos invioláveis foi a Constituição da República de 1988.

4.1.1 O período ditatorial e a relação com os direitos fundamentais individuais

O histórico de violações aos direitos e garantias fundamentais durante a ditadura militar de 1964¹⁰³ confirma a dificuldade de um governo totalitário em manter o respeito pelas normas constitucionalmente protegidas. Os reflexos das violações aos direitos fundamentais iniciaram-se tão logo estas passaram a ocorrer.

O Brasil anterior ao golpe militar estava sob a égide da democrática Constituição Federal de 1946¹⁰⁴, de influência sofrida pelo processo de redemocratização posterior à queda de Getúlio Vargas. Vigorou por 18 anos, sendo interrompida bruscamente por um período de 21 anos de constantes violações de direitos. Os direitos fundamentais eram violados a partir da edição de decretos do presidente da república via Atos Institucionais. O mais intenso dos atos institucionais foi o AI5¹⁰⁵ que suspendeu garantias constitucionais, direitos políticos, Habeas corpus, dentre outros.

Na busca de um raciocínio lógico, teleológico e cronológico é possível verificar com base nos dados, que a Constituição de 1934 inovou na consagração dos direitos fundamentais, entretanto, em 1937, com o totalitarismo, os direitos tidos como fundamentais foram suprimidos, sendo tal supressão também encontrada nas Constituições de 1967 e 1969. Com a supressão dos direitos fundamentais estava

¹⁰³ SILVA, Lucas Goulard da Silva. As Consequencias das Violações aos Direitos Fundamentais Durante a Ditadura Militar. Revista de Direitos Humanos. Unijuí: 2014, p. 89. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/579-Texto%20do%20artigo-13311-1-10-20140528.pdf>. Acesso em: 29/09/2022.

¹⁰⁴ CÂMARA LEGISLATIVA. **A história da câmara dos deputados**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/a4republica.htm>. Acesso em: 21/09/2022.

¹⁰⁵ O AI-5 é uma norma legal instituída pelo governo militar que estabelecia prerrogativas para que os militares pudessem perseguir os opositores do regime. Consistia basicamente em uma ferramenta que dava legalidade jurídica para o autoritarismo e a repressão impostos pelos militares desde 1964. Tratava-se de um grande esforço realizado por eles a criação de mecanismos legais que justificassem seu arbítrio. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 617-618)

latente a violação de direitos humanos¹⁰⁶ (fundamentais) como: o direito à privacidade, à vida, à propriedade, à imagem e à honra, os quais, não coincidentemente estão previstos no art.5º da Carta de 1988 como invioláveis.

De fato, após o período do regime militar em que os direitos civis fundamentais eram violados, o Poder Constituinte teria que elevar a nível Constitucional os direitos da personalidade ora violados, e garantir ao mesmo tempo que tais direitos fossem respeitados através de um sistema punitivo que desestimulasse os atos antijurídicos praticados contra os direitos os direitos invioláveis, os quais seriam essenciais à promoção do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁷.

Este arcabouço histórico constata que com a inserção do art. 5º, incisos V e X da Constituição da República de 1988, incluiu no rol de direitos e garantias fundamentais a proteção da pessoa em todos seus aspectos. Isso significa que os referidos direitos¹⁰⁸ (vida privada, intimidade, honra e imagem) foram elevados à condição de invioláveis devido às violações decorrentes da história e, em especial no período da ditadura que é o período mais próximo à promulgação da Constituição Cidadã, fazendo com que tais direitos componham um micro sistema protetivo de direitos essenciais da pessoa humana.

¹⁰⁶ As ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.339.344/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/2/2012; AgRg no REsp 1.251.529/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 1º/7/2011. (STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Precedentes. Acesso em 25/05/2021).

¹⁰⁷ 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. (BRASIL, 1988, Art. 1º)

¹⁰⁸ Comissão da verdade. No Brasil, a radiografia dos atingidos pela repressão política ainda está longe de ser concluída, mas conforme levantamento da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da SEDH-PR sabe-se que pelo menos 50 mil pessoas foram presas somente nos primeiros meses da ditadura militar e cerca de 20 mil brasileiros passaram por sessões de tortura. Além disso, existem 7.367 acusados e 10.034 atingidos na fase de inquérito em 707 processos judiciais por crime contra a segurança nacional; sem falar nas milhares de prisões políticas não registradas, nas quatro condenações à pena de morte, nos aproximadamente 130 banidos, nos 4.862 cassados, nas levas de exilados e nas centenas de camponeses assassinados. Ainda conforme levantamento feito pela Comissão Nacional da Verdade, 191 brasileiros que resistiram à ditadura foram mortos, 210 estão até hoje desaparecidos e foram localizados apenas 33 corpos, totalizando 434 militantes mortos e desaparecidos. E os agentes dos órgãos de repressão do Estado que foram até agora identificados, responsáveis pelas torturas e assassinatos, totalizam 337. (PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, 2019)

4.1.2 A constituição cidadã e sua finalidade social pós-ditadura militar

A Constituição da República de 1988 é o texto base que determina os direitos e os deveres dos entes políticos e dos cidadãos do nosso país¹⁰⁹. Foi escrita durante o processo de redemocratização do Brasil após o fim da ditadura militar, sendo conhecida por isso como Constituição Cidadã. Foi resultado de um amplo debate que se estendeu durante mais de um ano e simbolizou o início da Nova República. Os trabalhos da Constituinte foram bastante longos porque os parlamentares não possuíam um projeto-base, tendo de iniciar literalmente do zero, além de terem sido debatidas diversas e mínimas questões conforme afirmação de Boris Fausto:

A elaboração da Constituição de 1988 ficou marcada pela ampla participação de grupos populares e é a Constituição mais democrática da história do país. A Assembleia Constituinte contou, ao todo, com 559 congressistas e uniu esforços no sentido de organizar uma nova carta constitucional que estruturasse as bases para a implantação de um regime democrático no Brasil (FAUSTO, 1996. p. 445).

Para a implantação de um regime democrático que tivesse bases sólidas, a nova Carta a ser elaborada tinha que estabelecer garantias para o reconhecimento do direito e o exercício dos direitos e das liberdades como afirmam Lília Schwarcz e Heloísa Starling:

O novo texto constitucional tinha a missão de encerrar a ditadura, o compromisso de assentar as bases para a afirmação da democracia no país, e uma dupla preocupação: criar instituições democráticas sólidas o bastante para suportar crises políticas e estabelecer garantias para o reconhecimento e o exercício dos direitos e das liberdades dos brasileiros (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 488).

Com a determinação de criação de políticas que visam garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais violados na ditadura militar, a Constituição de 1988 estruturou seu texto de forma clara para assegurar sua finalidade repressiva, ou pelo menos desestimulante de violação de direitos fundamentais invioláveis.

¹⁰⁹“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988”. (BRASIL, 1988, prefácio)

4.1.3 Os direitos fundamentais e suas garantias na visão da doutrina

O conceito de direitos fundamentais pode ser definido como direitos inerentes à pessoa humana e essenciais à vida digna. Miranda, conceitua o direito fundamental como aqueles que:

(...) guarda relação com os ideais de liberdade e com os direitos inerentes à pessoa humana. Significa isso que, num primeiro momento, identificam-se apenas expectativas de direitos e normas politicamente declaradas (escritas). Depois, a positivação constitucional contribui para que os direitos deixem de ser simbolicamente fortes para ser normativamente aceitos e respeitados. (MIRANDA, 2012, p. 28)

Para Paulo Bonavides¹¹⁰, garantias fundamentais são os instrumentos através dos quais os cidadãos podem assegurar seus direitos fundamentais. Utiliza-se a expressão “garantias dos direitos fundamentais” para significar os mecanismos jurídicos que dão estabilidade ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo como se infere:

Em contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se. (MIRANDA, 1993, p. 88)

Partindo do pressuposto de que as garantias fundamentais destinam-se a assegurar a fruição dos direitos individuais, classificando os direitos como normas principais e as garantias normas acessórias, resta entender como essas garantias são exercidas.

Uma forma de garantia que se extrai da Constituição de 1988 ao considerar os argumentos é: a) a aplicabilidade imediata das normas fundamentais, consoante parágrafo 1º do artigo 5º, assim redigido “*As normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata*” (BRASIL, 1988). Percebe-se, um amplo

¹¹⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de Constitucional**. 16ª. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005. p. 526.

compromisso do Estado para com os direitos fundamentais e as formas de garantir sua inviolabilidade. Em um primeiro olhar, esses direitos reclamam um Estado limitado, cuja tarefa consiste em se abster de interferir na liberdade do indivíduo. Em um segundo momento, eles aparecem como meios positivos de realização e gozo garantidos pela Constituição porque são inerentes à condição essencial da pessoa humana.

Busca-se neste momento as características dos direitos fundamentais para colaborar com a análise da inviolabilidade e a garantia dessa inviolabilidade da norma, pois caso contrário, os direitos supra citados não teriam caráter de invioláveis se não existisse um mecanismo que garantisse essa não violação.

A par da análise ora proposta, vale lembrar que os direitos fundamentais são classificados como: Inalienáveis; imprescritíveis; irrenunciáveis; universais; limitados; históricos e invioláveis¹¹¹. Essas classificações são relevantes para o entendimento e compreensão da obra, pois apresentam uma construção histórica que visa proteger os direitos naturais as suas características, se desenvolvendo de forma coerente quando se analisa algumas das classificações citadas, como: a irrenunciabilidade; não podendo ser recusados, na medida em que são inerentes. Também são inalienáveis e invioláveis¹¹², ou seja, não podem ser vendidos, trocados, disponibilizados ou violados, sob o risco de anulação ou punição do Estado.

Para explicar a relevância técnica dos direitos e garantias fundamentais o *caput* do art. 5º da CF/88 traz dois termos com sentidos diferentes e que se completam: direitos individuais fundamentais como normas que declaram a existência da proteção de um bem jurídico, portanto, são normas declaratórias. E, garantias fundamentais como normas que asseguram o exercício ou a proteção daquele bem jurídico tutelado, sendo normas assecuratórias, punitivas e restritivas.

¹¹¹ O Código Civil de 1916 não contemplou normas protetiva dos direitos de personalidade, conceituados pela doutrina clássica como aqueles relacionados à vida, à liberdade física ou intelectual, ao nome, ao corpo, à imagem e àquilo que o indivíduo crê ser sua honra, reputados como inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. (RODRIGUES, 1996, p. 81)

¹¹² 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. (BRASIL, 1988, Art. 5º)

As garantias não podem ser confundidas com remédios constitucionais¹¹³, pois esse é instrumento processual que tem por objetivo assegurar o exercício de um direito específico como a liberdade, a elaboração de lei, o acesso a documentos públicos ou de um ato coator do Estado. Logo, Remédio Constitucional é uma garantia, mas nem toda garantia é um Remédio Constitucional.

Ainda no caput do art. 5º da CF/88, percebe-se que o uso da palavra "*Todos*", é um símbolo de universalidade, uma das características dos Direitos Fundamentais e das Garantias Fundamentais, porque são imprescindíveis a todos, denotando assim, a necessidade de proteção constitucional garantida ou assegurada.

4.2 Os direitos violáveis e invioláveis: Assegurando a inviolabilidade dos direitos da personalidade invioláveis.

4.2.1 Os direitos invioláveis e as formas de garantia constitucional

Existe na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 direitos elevados a uma condição essencial para o exercício de uma vida digna do ser humano, denominados de Direitos e Garantias Fundamentais¹¹⁴. Partindo do pressuposto de que direitos e garantias são nomenclaturas diferentes, elabora-se uma equação no intuito de elucidar a classificação proposta entre direitos violáveis e invioláveis, para assim, justificar uma provável punição pecuniária em caso de descumprimento de direito fundamental personalíssimo ou inviolável.

O teste de adequação das classificações se inicia realçando o *caput* do art.5º da CF/88 e posteriormente os incisos V e X do mesmo dispositivo, chamando a atenção para os verbos *assegurar* e *garantir* que se encontram dentro da tipificação constitucional:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

¹¹³ José Afonso da Silva classifica as garantias constitucionais da seguinte forma: garantias constitucionais individuais, compreendendo o princípio da legalidade, o princípio da proteção judiciária, a estabilidade dos direitos subjetivos adquiridos, perfeitos e julgados, o direito à segurança e os remédios constitucionais; garantias dos direitos coletivos, garantias dos direitos sociais e garantias dos direitos políticos. (SILVA, 2012, p. 420)

¹¹⁴ 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. (BRASIL, 1988, Art. 5º)

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988, Art. 5º)

No *caput* do artigo 5º da CRFB de 1988 se destacam como invioláveis à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Mas como a Carta que denomina alguns direitos de invioláveis poderia assegurar ou garantir a inviolabilidade desses direitos? Os incisos do referido artigo respondem a pergunta. Contudo, para manter o foco da hipótese proposta, iniciar-se-á pelos incisos V e X do art.5º da CF/88 têm conteúdo moral¹¹⁵.

É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. (BRASIL, 1988, Art. 5º, V)

O texto afirma que é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo. Para o indivíduo, resposta proporcional ao agravo é um meio de defesa¹¹⁶ proporcional ao que foi difundido ou divulgado. Tomemos como exemplo a divulgação de conteúdo que viole a honra. A resposta proporcional através do mesmo canal de comunicação já é assegurada pela lei. Portanto, quando o agravo ou ofensa alcançar direitos extrapatrimoniais o ofendido poderia se valer do seu direito de resposta proporcional ao agravo para retomar sua honra.

A segunda parte do inciso V diz que além da resposta que já está assegurada, no inciso X do mesmo artigo, resta assegurada também uma indenização por dano moral ou material:

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. (BRASIL, 1988, Art. 5º, V e X)

¹¹⁵ Na verdade, a terminologia dos direitos fundamentais deve ser pensada através do reconhecimento e da legitimidade desses direitos pela ordem constitucional interna. Assim, não se nega que os direitos fundamentais contêm fundamentos e conteúdos morais. (SARLET, 2006, p. 38-39)

¹¹⁶ O direito de resposta constitui-se em um dos mecanismos mais importantes à defesa da honra, da intimidade e dos demais direitos de personalidade, relacionando-se diretamente ao exercício da liberdade de expressão, no qual se insere como elemento indissociável. Indispensável identificar o direito de resposta como um dos fundamentos à prática do contraditório público, caracterizando-se, portanto, como um direito fundamental de defesa. (GERMANO, 2001, p. 244)

Busquemos a intenção do legislador separando os elementos analisados: Invioláveis (não podem ser violados). Assegurado o direito a indenização moral ou material (regra punitiva). Decorrente de sua violação (violação de norma de direito inviolável). Não é somente na área da indenização pecuniária que a Carta Magna garante a tutela dos direitos invioláveis. Ao fazer uma leitura do inciso VI que regula como direito fundamental inviolável à liberdade religiosa, verifica-se que a própria norma garante que a lei complementar garantirá suas formas de exercício.

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. (BRASIL, 1988, Art. 5º, VI e VII)

O que analiticamente seria dissecado da seguinte forma: é inviolável a liberdade de consciência e de crença. (direito inviolável). Assegurado o livre exercício dos cultos (assegura que a liberdade de crença pode ser manifestada e deverá ter uma lei própria garantindo). Garantia na forma da lei a proteção aos locais de culto (determina expressamente que deverá haver Lei¹¹⁷ garantindo o exercício do direito inviolável). Assegura nos termos da lei¹¹⁸ (está assegurando o exercício do direito inviolável). A Constituição de 1988 também concedeu ao domicílio o *status* de invioláveis, como se verifica na interpretação da norma que está dentro de um micro sistema de direitos invioláveis.

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. XXII - é garantido o direito de propriedade. (BRASIL, 1988, Art. 5º, XI)

Apontamentos analíticos: a casa é inviolável (direito inviolável), ou seja, ninguém pode penetrar sem autorização (liberdade de exercer uma autotutela que, em tese, seria proibida pelo direito penal, para se valer da garantia que é conferida ao

¹¹⁷ BRASIL, **Projeto Lei. 4500 de 2012**. Acresce inciso IV ao art. 142 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 e garante a liberdade de expressão religiosa. Câmara Legislativa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0119p2kk26jl281olb5lp08q9304549913.node0?codteor=1029602&filename=PL+4500/2012. Acesso em: 28/09/2022.

¹¹⁸ BRASIL, **Lei no 6.923, de 29 de junho de 1981**. Dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas.

direito inviolável). Na área de direito sucessório, tem-se: (BRASIL, 1988, Art. 5º, XXX) “é *garantido o direito de herança*”, devido ao disposto no Código Civil que assegura que (BRASIL, 2002, art. 1.784): “*Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*”. Ou seja, o direito é garantido porque com a morte a herança se transmite aos herdeiros de forma garantida na lei. Apenas os direitos fundamentais têm essas garantias para seu exercício. Os demais direitos que exigem comportamentos do Estado¹¹⁹ já se apresentam como assegurados, e em caso de descumprimento aplicar-se-á, os remédios constitucionais como forma de garantia do exercício desses direitos e não como forma de punição como ocorre nos direitos da personalidade expressos na Carta. Posta esta introdução que apresenta as normas fundamentais que fazem parte de um micro sistema garantista¹²⁰ do Estado, passa-se ao estudo, demonstração e comparação vertical dos direitos violáveis.

4.2.2 Os direitos violáveis e as formas de proteção no sistema jurídico

Os direitos violáveis a princípio são todas as normas constitucionais e infraconstitucionais que não tem sua inviolabilidade prevista¹²¹ e nem uma garantia expressa na constituição ou em lei complementar que garanta sua inviolabilidade.

Como exemplo, pode-se citar o ramo do Direito do Trabalho, que é violado no caso de demissão sem justa causa mediante o não pagamento das verbas rescisórias.

¹¹⁹ XXXIV ; XXXV ; XXXVI; XXXVII ; XXXVIII; XXXIX; XLII; XLVII ; XIX; XLIX; LI; LIII; LV; LIX ;LX; LXI; LXII; LXIII; LXIV; LXV; LXVIII ; LXIX; LXX; LXXI; LXXII; LXXIII;; LXXV; LXXVI; LXXVII; LXXIX. (BRASIL, 1988, art. 5º).

¹²⁰ Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2010, p. 785-786)

¹²¹ 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. (BRASIL, 1988, at. 5º caput).

Nota-se, de acordo com o relatório do CNJ¹²² que o descumprimento dos direitos trabalhistas é rotineiro. Outro ramo que serve como exemplo é o ramo de Trânsito. Apesar de fazer parte do ramo do Administrativo e Penal, as regras de trânsito são cotidianamente descumpridas porque não foram elevadas à categoria constitucional de direitos fundamentais invioláveis. Outro argumento é de que o Código de Trânsito Brasileiro faz parte de um ramo de direito público, com permissão para punir, mas aplica punições brandas¹²³ que não geram eficácia, tal qual o dano moral atualmente.

Pode-se afirmar que direitos civis são normas violáveis, e, portanto, pode ser descumpridas (contratos, obrigações, direito das coisas, direito de família¹²⁴), entre outros. Isto porque, quando um direito infraconstitucional é descumprido não existem garantias na legislação que assegurem uma indenização ou uma legítima defesa, por exemplo. No ramo do Direito Civil a violação do direito é lícita. O ilícito¹²⁵ é praticar a violação e causar dano. Ainda assim, em certos casos ter-se-ia que demonstrar a culpa e o nexo para fazer jus a uma reparação ou indenização pelo direito violado.

Já a norma constitucional garantidora não exige demonstração de pressupostos, mas apenas a constatação da violação do direito inviolável, que justificaria por si só o direito a indenização punitiva. A forma de proteção dos direitos violáveis deve partir de uma aglutinação de pressupostos para ser valer do direito com efetiva demonstração desses diversos pressupostos, por este motivo não podem ser

¹²² O Relatório Justiça em Números 2017 revelou que, no ano passado, 79,7 milhões de processos tramitaram no judiciário do País, com 29.351.145 novas ações. Além de informações sobre a litigiosidade, produtividade e despesas, o estudo apresenta uma análise dos assuntos mais demandados por ramo da Justiça. Na Justiça do Trabalho, com 15% do total de processos ingressados em 2016, há uma concentração no assunto Rescisão do contrato de trabalho/Verbas rescisórias. O assunto representa o maior quantitativo de casos novos do Poder Judiciário e é subdividido em aviso prévio, multas, férias proporcionais, décimo terceiro salário proporcional, saldo de salário e indenização adicional. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

¹²³ Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração – gravíssima: Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. (BRASIL, 1997, Art. 165).

¹²⁴ Por isso, especialistas estimam que o número de novas cobranças de pagamento de pensão, sob o nome técnico de “execução de alimentos”, seja ainda maior do que a indicação do Conselho. De todo modo, o dado representa cerca de 40% do número de divórcios no país, que, segundo o IBGE, totalizou 344 mil em 2016.25 de mar. de 2018. (O GLOBO. Disponível em <https://oglobo.globo.com> > Brasil. Acesso em: 25/08/2020.

¹²⁵ Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002, Art. 186).

garantidos, já que dependem de elementos que configurem o ato ilícito absoluto e geram conseqüentemente a obrigação de reparar.

4.3 A inserção da norma punitiva do dano moral na Constituição Federal de 1988 e sua finalidade

Pedroso (1995, p. 170), define que o dano moral representa uma sanção imperfeita com caráter aproximado de qualquer outra sanção:

O dano moral exige, no entanto, satisfação compensatória e pena privada; o dano material e os reflexos patrimoniais do dano moral constituem objeto de indenização. No primeiro caso, face à impossibilidade de reparação do dano, a sanção é compensatória. Representa medida de reação da ordem social, que deseja a integridade dos valores individuais e sociais da pessoa humana (integridade psicossomática) e medida de desestímulo à prática de ofensas que agredam a dignidade da pessoa. Representa, ainda, uma satisfação compensatória à vítima. Trata-se mesmo de sanção imperfeita. Cumpre, aliás, relembrar o caráter aproximativo de toda e qualquer sanção. No segundo caso (hipótese de danos materiais e dos reflexos patrimoniais do dano moral), a reparação implica em indenização dos prejuízos causados, medida de ressarcimento dos direitos transgredidos.

A norma punitiva de violação de direitos constitucionais da personalidade foi inserida na constituição de 1988 pelas seguintes características: tratar-se de direito fundamental de conteúdo moral¹²⁶; previstos na constituição da república de 1988; com previsão expressa de garantia da inviolabilidade; inseridos na CF/88 após a ditadura militar, motivo pelo qual se absorve que a Constituição utiliza a ideia principiológica de proteção da pessoa humana para valorizar esses direitos¹²⁷.

Essas características, atreladas ao número de processos de indenização por dano moral ajuizados nos tribunais brasileiros, bem como a notória ineficácia de efeito punitivo ou desestimulador que a doutrina e a jurisprudência tentam realçar, demonstram que não existe na prática uma diferenciação entre direitos violáveis e invioláveis, tendo a doutrina os tratado de forma igualitária.

¹²⁶ Na verdade, a terminologia dos direitos fundamentais deve ser pensada através do reconhecimento e da legitimidade desses direitos pela ordem constitucional interna. Assim, não se nega que os direitos fundamentais contêm fundamentos e conteúdos morais. (SARLET, 2006, p. 38-39).

¹²⁷ 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 (BRASIL, 1988, art.1º, III).

Historicamente foi abordado que o dano moral decorreu de violações ao direito à honra ao longo do tempo, fazendo com que se fosse aplicada uma pena corporal ou pecuniária para indenizar o ofendido como forma de puni-lo¹²⁸. Posteriormente, a nível nacional, foram promulgados e outorgados diplomas Constitucionais que elevaram alguns direitos naturais do homem para dentro de um micro sistema de direitos e garantias fundamentais considerando-os invioláveis.

Com o período ditatorial descaram-se a violação dos direitos fundamentais e, após a ditadura militar surge uma Constituição inovadora que eleva a condição da pessoa humana a nível superior normativo, prezando pela inviolabilidade de direitos essenciais para o exercício da vida digna. A respeito desta conjectura, Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2002, p. 128).

A dignidade da pessoa humana inserida expressamente na Carta Constitucional é destacada como fundamento do Estado Democrático de Direito. Isso significa que após 1988 o Estado brasileiro se construiu a partir da pessoa humana, e para servi-la. Portanto o seu fundamento é de proteger, zelar e propor os meios necessários para a sua manutenção garantindo as necessidades vitais de cada indivíduo. Logo, se existe previsão expressa determinando que o Estado seja construído a partir da pessoa humana, havendo previsão expressa de norma inviolável primária e secundária que proteja os direitos fundamentais da personalidade, a inserção da norma garantidora punitiva encontra sua justificativa na finalidade social por ela a ser alcançada, qual seja a de dar eficácia ao princípio da dignidade humana, fazendo que com atos que violem direitos fundamentais da personalidade invioláveis sejam passíveis de indenização pecuniária.

¹²⁸ (...) havia pena pecuniária para certos danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, a condenação penal injusta. Também em Roma se admitia a reparação por danos à honra, mas, a exemplo dos Códigos de Hamurabi e Manu, a sanção era aplicada a certos fatos, e não genericamente. (SILVA, 1969, p. 253)

4.4 A coerência do sistema jurídico civil que regula o ato ilícito absoluto com a reparação civil: aplicabilidade de normas infraconstitucionais civilistas nos direitos fundamentais invioláveis como ferramenta da punição

4.4.1 O sistema próprio da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito absoluto

A palavra responsabilidade é derivada do latim *spondeo*, cujo vocábulo advém da palavra *respondere* que significa responder ou prometer em troca¹²⁹. No Direito é conceituada juridicamente como a obrigação jurídica que tem alguém de responder ao dano causado ao patrimônio de outrem e, se estende por outros diversos significados¹³⁰. Cavalieri (2010, p. 13) amplia o conceito e insere elementos filosóficos que apontam para o restabelecimento de um desequilíbrio econômico que ocorre na relação jurídica e que o direito civil através do instituto da responsabilidade civil via reequilibrar:

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

Historicamente a responsabilidade civil teve sua origem no Direito Romano, onde o responsável pelo dano era punido pelo grupo ofendido com o mesmo grau de ofensa e com métodos físicos extras patrimoniais. Nesse momento, cada homem ou grupo de homens determinava sua forma de punição daquele dano, sendo na maioria das vezes a agressão física, como aponta Diniz (2006, p. 11):

Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o

¹²⁹ O vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém constituído garantidor de algo. Tal termo contém, portanto, a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor dos contratos verbais. (DINIZ, 2006, p. 39.)

¹³⁰ Responsabilidade é palavra polissêmica. Possui vários significados. Num primeiro, mais vulgar, é sinônima de diligência. Neste sentido, dizemos ser uma pessoa muito responsável, muito cuidadosa. Juridicamente, o termo responsabilidade normalmente está ligado ao fato de respondermos pelos atos que praticamos. Revela, então, um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato. (FIUZA, 2013, p. 360.)

agressor pela ofensa a um de seus componentes. Posteriormente, evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, que com ferro fere, com ferro será ferido.

Alguns séculos depois, a responsabilidade civil foi absorvida pelo Direito Francês, o qual aperfeiçoou as ideias românicas estabelecendo princípios gerais de responsabilidade civil ao separar a responsabilidade civil da responsabilidade penal, bem como ao delimitar a culpa extracontratual e a culpa contratual dos envolvidos no evento danoso¹³¹. Isso ocorreu porque não se apurava o dolo ou a culpa do agente para puni-lo. A base formal desta separação de responsabilidade civil e penal teve seu marco teórico com promulgação da *Lex Aquilia*, fundando-se na origem da responsabilidade extracontratual que por sua vez fora fundada na culpa conforme ensinamento de Venosa:

De qualquer forma, a *Lex Aquilia* é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação de *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independente da relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade, embora exista hoje um abismo considerável entre a compreensão dessa lei e a responsabilidade civil atual. (VENOSA, 2012, p. 18)

A partir dessa distinção, a responsabilidade civil teve como exigências precípuas a prática do ato ilícito e o efetivo dano para que pudesse ser efetivamente aplicada. Dentro da ação ou omissão praticada, surgiu o estudo acerca dos motivos que geraram esta ação ou omissão, ou seja, surge a necessidade de se apurar uma conduta negligente ou imprudente. Partindo deste pressuposto histórico, deu-se início à noção de culpa para que ocorresse a responsabilidade de punir o ofensor do dano, pois constatou a necessidade de comprovar que o agente causador do dano descumpriu algum dever objetivo de cuidado, como imprudência, imperícia ou negligência, além de praticar o ato ilícito e o próprio dano, haja vista que a forma de

¹³¹ REZENDE, Élcio Nacur; FREITAS, Marcelo Vieira Rabelo. A responsabilidade Civil Por Danos Ambientais no Direito Espanhol. In: REZENDE, Élcio Nacur; GUIMARÃES, Michele Aparecida Gomas. (Org.) **Responsabilidade Civil Por Danos Ambientais no Mundo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 61.

responsabilidade anteriormente aplicada não limitava o corpo ou os bens do responsável¹³². Verifica-se que a responsabilidade civil teve uma evolução em relação à apuração de culpa como pressuposto. Cavalieri (2010, p. 16) formaliza do mesmo pensamento quando afirma:

A ideia de culpa esta visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Logo, houve a inserção da culpa no Código de Napoleão, fato este que inspirou a inserção dos princípios franceses na legislação de todo o mundo. O direito português também não fazia diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade criminal até ser difundida a ideia francesa de se aplicar a reparação pecuniária paralelamente às penas corporais. Custódio (2006, p. 222) reportou-se à responsabilidade civil de Portugal reforçando a ideia de subjetividade de culpa da seguinte forma:

Em Portugal, o vigente Código Civil (de 1966 com as alterações de 1977), tratando da responsabilidade civil por fatos ilícitos, estabelece, em princípio geral, que: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação” (art. 483). Acrescenta-se que as simples omissões “dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força de lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido” (art. 486). Em qualquer caso de ação ou omissão ilícita, determina que é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo, havendo presunção legal de culpa.

Neste momento ocorre a transição da natureza punitiva para reparatória, pois não se aplicava mais a responsabilidade civil como pena ou exemplo, mas com intuito de reparação do dano em forma de indenização. Quer dizer, reparar o dano deixando a coisa no mesmo estado em que se encontrava como devolver um valor ou consertar um bem. Diniz (2006, p. 11) sustenta na mesma linha quando afirma:

A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor das *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou a atribuir o dano à conduta culposa do agente. O Estado passou, então a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima aceitar a

¹³² *Ibid*, 2015, p. 61.

composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e penal. Na Idade Média, com a estruturação da ideia de dolo e culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática, distinguiu-se a responsabilidade civil da penal.

Este modelo de reparação do dano chegou ao Brasil em 1830 atendendo as determinações da Constituição do Império, quando o Código Criminal transformou-se em um Código Civil e Criminal prevendo a reparação natural do dano e, quando possível, a indenização como se observa na lição de Neto:

A Constituição do Império (25/3/1824), como se sabe, prescreveu em seu art. 179, inciso XVIII: "Organizar-se-á quanto antes um código civil, e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade". O Código Civil não veio o quanto antes, posto que só seria dado a lume em 1916 (Lei 3.071/16), mas, o código criminal sim, aprovado em 1830 e, por consequência, o código de processo criminal em 1832. Tais códigos, isto é, o criminal e o seu instrumental revogaram, naturalmente, o Livro V das Ordenações Filipinas. (NETO, 2005, p. 01)

Numa primeira fase, a indenização era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio¹³³ da independência da jurisdição civil e criminal e a reparação civil se dissociou completamente da responsabilidade criminal. Diante desta distinção jurisdicional, o Código Civil construiu um sistema fechado de responsabilidade civil e filiou-se em 1916 à teoria subjetiva para responsabilizar o agente do evento danoso, momento este em que o sistema da responsabilidade civil se fecha para mecanismos punitivos.

4.4.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Quando a responsabilidade civil foi absorvida pelo Direito Francês, deu-se origem à separação da responsabilidade civil contratual ou negocial e da

¹³³ Art. 1.525, expressamente consagra a independência da jurisdição civil e criminal, ao preceituar que “a responsabilidade civil é independente da criminal”, segundo a qual a responsabilidade civil, por fato tipificado como crime, independe da responsabilidade penal. Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. (BRASIL, Lei. 10.406, 2002).

responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, a qual decorre da prática de ilícito absoluto¹³⁴. Esta separação veio à tona e delimitou que a responsabilidade civil contratual, cujo exemplo se encontra no artigo 392 do Código Civil de 2002 e que,¹³⁵ somente existiria diante de um vínculo obrigacional preexistente que em razão do descumprimento da obrigação ensejaria o dever de indenizar¹³⁶. Em contrapartida, restou definido por exclusão que os danos causados sem ligação de um vínculo obrigacional, dariam ensejo a uma responsabilidade civil extracontratual (artigos 186, 187 e 927 do Código Civil)¹³⁷, a qual independe de obrigação preexistente, bastando apenas à configuração do ilícito absoluto¹³⁸. Costa (2009, p. 69) define melhor a responsabilidade civil extracontratual ao utilizar o termo “reparar”, vejamos:

Como a própria denominação explica a culpa extracontratual ou aquiliana decorre da disposição legal violada, sem que entre as partes interessadas haja um vínculo contratual previsto. Assim, o art. 927 do novo Código Civil dispõe: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Já o artigo 186 definiu o ato ilícito como o resultante de ação ou omissão voluntária (dolo) negligência ou imprudência (ou imperícia) (culpa), violadora de direito e causadora de dano a outrem ainda que exclusivamente moral. Culpa contratual é a que resulta do descumprimento ou inadimplemento de um contrato.

¹³⁴ POLI, L. M. Ato Ilícito. In: FIUZA, C. (Org.). Curso avançado de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 572.

¹³⁵ Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em Lei. (BRASIL, 2002, Art. 392).

¹³⁶ Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistam qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto. (CAVALIERI, 2010, p. 15)

¹³⁷ Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em Lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002, Arts. 186 e 187).

¹³⁸ A responsabilidade civil extracontratual ou extranegocial é, como vimos, fonte de obrigações. Reside no ato ilícito seu centro gravitador. O Código de 1916 conceituou o ato ilícito no art. 159. O Código de 2002 manteve a culpa em sua conceituação feita no art. 186. Melhor que se denomine, de outro lado, mais apropriadamente de responsabilidade negocial, aquela que tradicionalmente decorre do contrato, pois não apenas do contrato emerge essa responsabilidade como também dos atos unilaterais da vontade em geral, negócios jurídicos, como a gestão de negócios, a promessa de recompensa, o enriquecimento sem causa, entre outros. (VENOSA, 2012, p. 02)

Percebe-se que através dos dados apontados, que a responsabilidade civil a que se referem os recortes decorre de um ato ilícito puro fundamentado nos arts. 186 e 187 do Código Civil. Após a promulgação do Código Civil de 2002 o art. 159 do Código Civil de 1916 foi absorvido pelo art. 186 do atual Código Civil, mas trazendo consigo uma nova modalidade de dano, qual seja, o dano exclusivamente moral.

A partir dos conceitos trazidos da responsabilidade civil tratam o dano moral com os mesmos pressupostos do ato ilícito absoluto, é possível observar que o modelo de ato ilícito se adequa aos procedimentos da responsabilidade civil reparadora decorrente de ato ilícito puro. Consolida-se que a responsabilidade civil anteriormente punitiva foi construída para funcionar através de um sistema próprio que atendesse a forma mais próxima de Justiça. Entretanto, a partir de 1830 com a separação dos ramos do Direito a responsabilidade civil absorveu os conceitos de uma justiça corretiva¹³⁹ no art. 159 do Código de 1916, conquanto a justiça comutativa foi absorvida pelo Direito Penal para regular comportamentos violadores da norma.

4.4.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil subjetiva, também denominada responsabilidade por culpa ou clássica, tem como fundamento principal a culpa do agente no evento danoso¹⁴⁰. A responsabilidade civil clássica sempre foi a regra geral aplicada no Direito Civil, posto que dependa da comprovação dos pressupostos do ato ilícito absoluto ou relativo para se responsabilizar o agente causador do evento danoso¹⁴¹. Para apurar a responsabilidade subjetiva seria necessária a constatação ao ilícito

¹³⁹ A Justiça Corretiva é uma espécie da Justiça Legal, de acordo com a proporção aritmética, seu ponto intermediário será sempre entre uma perda e um ganho. O responsável por aplicá-la será o juiz, estabelecendo o justo, o meio termo ou a igualdade entre as partes, de modo a tratá-las igualmente, discutindo-se somente o caráter distintivo do delito e não a análise de que se aquele que praticou ou sofreu o dano era mau ou bom. (ARISTÓTELES, 1973, p. 1132 .a -5.)

¹⁴⁰ A responsabilidade que se baseia na culpa do autor do ilícito denomina-se subjetiva, por ter como base o elemento subjetivo, culpabilidade. Já a responsabilidade sem culpa recebe o nome de responsabilidade objetiva, por ser basear apenas na ocorrência do dano. (FIUZA, 2013, p. 365)

¹⁴¹ A responsabilidade civil subjetiva era a regra no Código Civil de 1916, já que todo o sistema de responsabilidade estava apoiado na culpa provada, tal como prevista na cláusula geral do art. 159 – tão hermética que, a rigor, não abriga espaço para a responsabilidade outra senão a subjetiva. (CAVALIERI, 2010, p. 22)

stricto sensu subjetivo baseado na culpa¹⁴² do agente, pois caso contrário não há que se falar em responsabilidade, e, portanto, assevera-se que esta conduta do agente dependeria da comprovação de um dos três requisitos¹⁴³: a negligência, imprudência ou imperícia¹⁴⁴. Os pressupostos do ato ilícito absoluto se encontram previstos no art. 186 do Código Civil de 2002¹⁴⁵. Esta culpa deve ser sempre comprovada, posto que não baste que o lesado afirme que o autor do fato agiu com culpa, sendo que a prova do fato culposo é essencial para caracterizar a responsabilidade subjetiva¹⁴⁶. Isso porque, quando o agente causador do dano provoca um ato ilícito contrário à lei e causa dano, mas sua conduta não é negligente, imprudente ou imperita, este agente não pode ser responsabilizado¹⁴⁷. Mas para que surja o dever de indenizar não basta se apoiar somente na conduta culposa do agente, posto que a responsabilidade civil com base na culpa exige mais três elementos do ato ilícito *stricto sensu* que em

¹⁴² A culpa pode empenhar ação ou omissão e revelar-se através: da imprudência (comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; da negligência (quando o agente se omite deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo; e imperícia (a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz o dano). (STOCO, 2011, p. 154)

¹⁴³ O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. (DINIZ, 2010, p. 46)

¹⁴⁴ A falta de cautela exterioriza-se através de imprudência, da negligência e da imperícia. Não são, como se vê, espécies de culpa, nem elementos desta, mas formas de exteriorização da conduta culposa. A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, pode deficiência de freios, pneus etc. O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer a cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia, Por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. O erro medido grosseiro também exemplifica a imperícia. (CAVALIERI, 2010, p. 37)

¹⁴⁵ 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. (BRASIL, Lei. 10.406, 2002).

¹⁴⁶ Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. (CAVALIERI, 2010, p. 16)

¹⁴⁷ O fundamento maior da responsabilidade civil está na culpa. É fato comprovado que se mostrou esta insuficiente para coibir toda a gama dos danos ressarcíveis; mas é fato igualmente comprovado que, na sua grande maioria, os atos lesivos são causados pela conduta antijurídica do agente, por negligência ou por imprudência. (PEREIRA, 2012, p. 542)

conjunto darão ensejo ao dever de indenizar. Esses elementos são: uma ação ou omissão voluntária do agente, o dano e o nexo causal¹⁴⁸. No caso da teoria clássica calcada na culpa fica exposto que, para que ocorra o dever de indenizar deve existir de forma simultânea no ato ilícito a conduta omissiva ou comissiva, ser esta conduta dolosa, imprudente, negligente ou imperita, causar um dano e ter nexo de causalidade com este dano. Somente com o preenchimento de todos os pressupostos o agente causador do dano estaria apto a repará-lo.

A responsabilidade objetiva se difere da responsabilidade clássica ora estudada quando se afirma que o agente responde pelos danos causados mesmo que não tenha culpa¹⁴⁹. Advinda da revolução industrial, teve maior aplicação nas relações de trabalho. Isto porque, mesmo com a previsão legal do dolo ou da culpa, os agentes dos danos não estavam sendo devidamente responsabilizados pelos riscos que poderiam causar aos trabalhadores. Nesse momento histórico, a teoria subjetiva não estava acompanhando o desenvolvimento industrial do século XVIII, pois com a industrialização e o aumento do risco na produção em massa, surgiu a necessidade de apresentar novas teorias peculiares de outras áreas do Direito, tendentes a propiciar maior proteção das vítimas¹⁵⁰.

Partindo da ideia do risco que a atividade de trabalho propiciou, surgiu a responsabilidade objetiva, que começou a despontar em decorrência do desenvolvimento industrial¹⁵¹. Veio ao mundo ocidental então a necessidade de reparar os danos sofridos pelos empregados, ou de pelo menos, diminuir o risco de

¹⁴⁸ A responsabilidade civil, na perspectiva clássica, depende, para existir, da presença simultânea de quatro elementos fundamentais: a) a ação ou omissão; b) dano; c) nexo causal; d) culpa. É a responsabilidade civil tradicional, de índole subjetiva. Nela, alguém, agindo ou se omitindo culposamente, causa danos a terceiros, que serão indenizáveis se houver um nexo causal entre o dano e a conduta culposa. (BRAGA, 2008, p. 79)

¹⁴⁹ POLI, Leonardo Macedo. **Ato ilícito e responsabilidade civil**. In: MEIRA, José Boanerges; MOTA, Lindomar Rocha (Org.). Teoria do direito e conflitos jurídicos. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011, p. 245.

¹⁵⁰ Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários, mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. (CAVALIERI, 2010, p. 141)

¹⁵¹ A responsabilidade objetiva, a seu turno, tem pressupostos diversos da responsabilidade subjetiva, pois prescinde de culpa para existir. Surgiu, historicamente, da necessidade na Europa do século XIX, particularmente na França – de não deixar certos danos, socialmente perversos, sem reparação. Com o advento da industrialização, e o conseqüente incremento das máquinas, cresceu o número de acidentes vitimando trabalhadores. (BRAGA NETTO, 2008, p. 79)

eventual dano. Dentro desse contexto histórico, a responsabilidade civil objetiva tomou forma, quando a pessoa foi levada a uma situação de permanente risco com o seu trabalho, fruto do excessivo crescimento industrial, sujeitando-o aos riscos, sem que pudesse obter a reparação merecida, por não serem adequados os meios legais para se proteger. A partir de então a responsabilidade objetiva foi se alastrando pelo ordenamento jurídico, tomou formas jurídicas e trouxe em seu texto legal a desnecessidade de comprovação da culpa¹⁵² ou dolo, exigindo apenas o dano e o nexo causal para que se possa responsabilizar o agente causador do dano.

A responsabilidade civil objetiva, atualmente prevista de modo geral no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, apresenta o seguinte texto:

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. (BRASIL, n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 927). (BRASIL, 2002, Art. 927.)

Com a transcrição do artigo 927 e seu parágrafo único pode-se observar que a expressão “independentemente de culpa” dá maior ênfase à diferença da responsabilidade civil subjetiva, a qual depende da existência da culpa no evento danoso, mas ainda afirma que devem existir os elementos que constituem o ato ilícito *stricto sensu* para sua aplicação. Extrai-se ainda do referido artigo 927 em seu parágrafo único, que os casos que são analisados sob a égide da responsabilidade civil objetiva devem ser previstos em lei¹⁵³ ou ter uma atividade que desenvolva risco para outrem.

Exemplos em que a responsabilidade objetiva está definida de forma expressa e taxativa pode ser visto no art. 37, § 6º da Constituição da República Federativa do

¹⁵² Na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano, em detrimento do dolo ou da culpa. Desse modo, para o dever de indenizar, bastam o dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa. Em que pese a permanência da responsabilidade subjetiva como regra geral entre nós, por força do art. 186 do Código Civil, é crescente, como examinamos, o número de fenômenos que são regulados sob a responsabilidade objetiva. (VENOSA, 2012, p. 17)

¹⁵³ Na responsabilidade objetiva prevista na primeira parte do dispositivo citado (“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”), o dever de reparar prescinde da culpa; está previsto em lei, e não depende, para existir, sequer da teoria do risco. (BRAGA NETTO, 2008, p. 80)

Brasil que cuida da Administração Pública¹⁵⁴. O art. 12 do Código de Defesa do Consumidor também contribui para o melhor entendimento da responsabilidade civil objetiva quando dita que surge independentemente de culpa do agente causador do dano o dever de reparar¹⁵⁵.

4.4.4 *O ato ilícito absoluto e seus pressupostos para a responsabilidade civil reparadora*

De acordo com as observações apresentadas no item 2.2.1, foram estabelecidos limites do direito privado à finalidade reparadora da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito absoluto. A doutrina classificou os atos ilícitos em ato ilícito *stricto sensu*: absoluto e relativo. O último se referindo às relações contratuais, conquanto, o primeiro se fundaria na materialização do dever de indenizar danos decorrentes de relação jurídica extracontratual abarcando uma reparação de natureza patrimonial ou moral¹⁵⁶, tomando como base legal o comando do art. 186 do Código Civil.

Em relação à ilicitude do ato, esta apresentou dois aspectos, sendo eles: o aspecto objetivo e subjetivo, que nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 10): “*A antijuridicidade de uma conduta é normalmente estabelecida à luz de certos valores sociais, valores que podem ser englobados na noção tradicional de bem comum*”. Assim, o ilícito no enfoque objetivo nada mais é que a transgressão de um dever jurídico. Os atos ilícitos são atos antijurídicos, mas para que nasça o elemento responsabilidade, é necessário que contenham, como regra, outros elementos

¹⁵⁴ A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988, Art. 37)

¹⁵⁵ O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, 1990, Art. 12)

¹⁵⁶ KÜMMEL, Marcelo Barroso. **A Classificação dos fatos Jurídicos**. Revistas Unijui. 2003. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/758-Texto%20do%20artigo-3012-1-10-20130328.pdf>. Acesso em: 08/10/2022.

distintos da antijuridicidade (elemento objetivo do ato ilícito), isto é, os destacados no art. 186 do Código Civil de 2002, quais sejam, a culpa, o nexo causal e o dano¹⁵⁷, o que configura o ato ilícito absoluto.

A partir do entendimento dos pressupostos do ato ilícito absoluto é possível constatar que a doutrina define ao ato ilícito do dano moral com fundamento no mesmo ato ilícito puro, aplicando contornos punitivos em desacordo com o comando normativo que pressupõe a exteriorização de um dano para que se configure o ato ilícito e o dever de indenizar, vejamos:

Com frequência, muitas situações de rompimento da vida conjugal por culpa, adultério, bigamia, ofensas físicas, abandono moral e material, alcoolismo etc. ocasionam o dano moral ao cônjuge inocente, abrindo margem à pretensão de indenização nos termos do artigo 186, não havendo necessidade de norma específica para tal. (VENOSA, 2015, p. 213).

Nesse contexto, já se torna compreensível que o ato ilícito que configura o dano moral não seja o mesmo ato ilícito que pressupõe a verificação do dano para se responsabilização do agente, refletindo-se na aplicação de um ato ilícito diverso que seja compatível com o proposto pela norma constitucional.

O ato ilícito absoluto está diretamente vinculado à reparação do dano, conquanto o ato ilícito *lato sensu* se limita ao comportamento antijurídico. Isso pode ser absorvido através da explicação de Venosa, que defende que a responsabilidade civil funda-se no primado do restabelecimento do equilíbrio jurídico e patrimonial ou moral afetado por uma conduta que transgrediu norma preexistente, recuperando o *status quo ante*, afastando, em tese, a natureza punitiva do instituto e, realçando a natureza reparatória do ato ilícito puro e a absorção do mesmo ato ilícito para justificar o dano moral:

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. (VENOSA, 2010, p. 2-3)

Seguindo os dogmas do sistema civilista, subentende-se que o instituto da reparação do dano oriundo da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito *stricto*

¹⁵⁷ POLI, Leonardo Macedo. Ato Ilícito. In: FIUZA, C. (Org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 572.

sensu, visa restabelecer o equilíbrio prejudicado pelo dano injusto que, em outras palavras, restitui o prejudicado ao *statu quo ante*, afastando a ideia de absorção para o dano moral. O prejuízo deve ser indenizado por quem o causou o dano e sem aplicação de pena, restabelecendo a pacificação na sociedade. A responsabilidade civil seria então é o método ou ferramenta utilizada pelo direito civil para reparar o dano decorrente de ato ilícito puro.

Diniz conceitua a responsabilidade civil atraindo o ato ilícito puro que prescinde de dano, para utilizá-lo também na reparação do dano moral, vejamos:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. (DINIZ, 2012, p. 37)

Realçado de forma preliminar o caráter reparatório da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito puro, chegar-se-á a primeira confirmação de que os pressupostos normativos condutores da responsabilidade civil decorrentes de ato ilícito *stricto sensu* não foram desenvolvidos como ferramenta de aplicação de punição no direito privado desde a separação do código civil e criminal. Esse modelo de reparação do dano adstrito do direito punitivo, ou do ato ilícito *stricto sensu*, chegou ao Brasil em 1830 atendendo as determinações da Constituição do Império, quando o Código Criminal transformou-se em um Código Civil e Criminal, prevendo a reparação natural do dano e, quando possível, a indenização, como se observa na lição de Neto:

A Constituição do Império (25/3/1824), como se sabe, prescreveu em seu art. 179, inciso XVIII: "Organizar-se-á quanto antes um código civil, e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade". O Código Civil não veio o quanto antes, posto que só seria dado a lume em 1916 (Lei 3.071/16), mas, o código criminal sim, aprovado em 1830 e, por consequência, o código de processo criminal em 1832. Tais códigos, isto é, o criminal e o seu instrumental revogaram, naturalmente, o Livro V das Ordenações Filipinas. (NETO, 2005, p.01)

Numa primeira fase, como já estudado, a indenização era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e criminal e a reparação civil se dissociou completamente da responsabilidade criminal. Diante desta distinção jurisdicional, o Código Civil filiou-se em 1916 à teoria subjetiva, ou da culpa, para responsabilizar o agente violador da

norma e causador do evento danoso, a qual, em síntese, exige a prova da culpa do causador do dano para que este seja obrigado a repará-lo.

O Código Civil de 2002 foi inovador ao absorver para si a modalidade de ato ilícito que corresponda ao comando constitucional punitivo, dentro do mesmo art. 186. Entretanto, a doutrina não fez a leitura separada do ato ilícito *lato sensu* decorrente de dano exclusivamente moral, entendendo que definição da norma se refere ao ato ilícito *stricto sensu* absoluto como o mesmo ato ilícito definidor da transgressão da norma constitucional, vejamos:

O Código de 1916 conceituou o ato ilícito no art. 159. O Código de 2002 manteve a culpa em sua conceituação feita no art. 186. Melhor que se denomine, de outro lado, mais apropriadamente de responsabilidade negocial, aquela que tradicionalmente decorre do contrato, pois não apenas do contrato emerge essa responsabilidade como também dos atos unilaterais da vontade em geral, negócios jurídicos, como a gestão de negócios, a promessa de recompensa, o enriquecimento sem causa, entre outros. (VENOSA, 2012, p. 02)

Desmembrando a norma definidora do ato ilícito puro vinculando-o aos métodos reparatórios da responsabilidade civil é aponta-se uma coerência dentro do sistema da responsabilidade civil reparatória. Agora, fazendo uma leitura conjunta do art. 5º, X da CF/88 concomitante com a parte final do art. 186, descobre-se ali uma junção de elementos que formam como pressuposto da indenização por dano moral a prática de ato contrário à lei, não se exigindo o dano. Em outras palavras e, utilizando-nos do conteúdo das normas em voga, temos: art. 5º, X “*são invioláveis a vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, sendo assegurada a indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação*” (BRASIL, 1998). Portanto, entende-se da norma que, violar os direitos ali descritos gera e é assegurada uma indenização de caráter punitivo. Agora, unificando a leitura da parte final do art. 186 do Código Civil que define o ato ilícito, temos: também comete ato ilícito, diverso do ato ilícito puro, aquele que causar dano exclusivamente moral. De forma coerente, se o dano exclusivamente moral é o mero descumprimento da norma que lhe assegura uma indenização, esse ato ilícito deve ser lido como ato ilícito *lato sensu* e não como ato ilícito *stricto sensu* absoluto.

4.5 O conteúdo filosófico da responsabilidade civil decorrente de ilícito absoluto com base na justiça corretiva de Aristóteles

O embasamento da Justiça é a igualdade, sendo esta aproveitada de várias maneiras¹⁵⁸. O princípio da igualdade é entendido por Aristóteles¹⁵⁹ de duas formas basilares, originando daí duas espécies de Justiça: a distributiva e a corretiva. Esta última, por sua vez, subdivide-se em comutativa e judicial.

A Justiça Distributiva tem por escopo fundamental a divisão de bens e honras da comunidade, segundo a noção de que cada um perceba o proveito adequado a seus méritos. Num enfoque metafórico, significa a realização da justiça segundo um critério de progressão geométrica¹⁶⁰.

A Justiça Corretiva¹⁶¹ destina-se aos objetos, relegando os méritos, mas medindo impessoalmente o benefício ou o dano que cada qual pode suportar. A Justiça Distributiva situa-se, pois, como entidade reguladora das relações entre a sociedade e seus membros, conquanto a Corretiva ordena as relações dos membros entre si.

Quando a justiça corretiva intervém na vontade dos interessados, tem-se sua índole comutativa; quando, porém, impõe-se contra a vontade de uma das partes, chama-se Judicial. Distingue-se a Justiça Corretiva da Justiça Comutativa no momento e que esta última incidiria no direito punitivo somente para quantificar a indenização pecuniária ou a pena¹⁶².

Ao contrário de Aristóteles, Tomás de Aquino¹⁶³ defende a ideia da existência de duas espécies de justiça: a comutativa e a distributiva. Para esse autor a Justiça Comutativa regula as relações mútuas entre as pessoas privadas. A Justiça Distributiva regula a relação que consiste na distribuição proporcional dos bens comuns, trata da moderação na distribuição dos bens comuns.

Utilizando a teoria da Justiça de Aristóteles, que separa a Justiça Corretiva para igualar relações privadas e a Justiça Comutativa para quantificar a pena, se torna

¹⁵⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 108.

¹⁵⁹ ARISTÓTELES. Vitor Civita. “Os Pensadores”- **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril S/A Cultural e Industrial, 1973; p. 1132.a -5.

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** – 2ªed. – São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 125.

¹⁶¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Edson Bini. 4ª edição. São Paulo: Edipro. p.189.

¹⁶² *Ibid*, p.115.

¹⁶³ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica- Tratado de Justiça**- II Seção da Parte 57- 63. Portugal: Resjuridica, 2002, p.133.

possível legitimar a afirmação de que o instituto da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito puro se baseia em princípios filosóficos de justiça corretiva.

Analisando os dispositivos legais que tratam do equilíbrio feito através das normas e princípios do Direito Civil, revela-se a aplicação de uma justiça corretiva no instituto da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito puro, para restabelecer aquela relação civil. Transcrevendo os artigos do Código Civil que tratam da matéria, inicia-se estrutura da norma do ato ilícito *stricto sensu* absoluto:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002, Art. 186.)

A norma jurídica em sua leitura analítica estabelece que o ato para ser um ilícito absoluto exigiria a violação do direito e a constatação do dano. Existe um conjunto de pressupostos que define o ato como ilícito civil *stricto sensu*.

Leonardo Poli e Luciana Poli (2012, p.24), confirmam os pressupostos do ato ilícito puro se referindo ao dispositivo legal esboçado que “*a partir de tal explicação podemos entender que para que haja o dano e o liame, deve haver necessária ação ou omissão do agente, mesmo que involuntária, e o dano seja concreto*”. Nesse sentido, Chaves alerta que:

Uma simples leitura dos dispositivos legais em comento para se constatar os pressupostos para a configuração do dever de indenizar, a saber: a) conduta ilícita, omissiva ou comissiva; b) dano moral ou material; c) nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo elemento. Em linhas gerais, o objetivo da responsabilidade civil é a reparação do dano, aqui entendido como um instituto jurídico. (CHAVES, 2017, p. 63-64)

A leitura do conceito analítico de ato ilícito puro segue a fórmula de aglutinação, prescindindo de: conduta, mais violação do direito, mais dano, mais nexo causal, que é igual a ato ilícito civil absoluto, o qual enseja uma responsabilidade subjetiva reparadora.

Neste momento de análise do sistema da responsabilidade civil é relevante chamar a atenção para o verbo “reparar” que tem ligação direta com o dano exigido no ato ilícito absoluto. Quem comete ato ilícito e causa dano fica obrigado a *repará-lo*¹⁶⁴, porque a responsabilidade civil parte do posicionamento de que todo aquele que

¹⁶⁴ Reparar: Verbo transitivo direto pôr em bom estado (o que se havia estragado); restaurar, consertar. "2. Verbo transitivo direto efetuar recuperação em; recobrar, restabelecer. (AURÉLIO, 1988, p. 442)

viola um dever jurídico através de um ato ilícito causando dano, tem o dever de reparar¹⁶⁵. Existe um dever jurídico originário de não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário e causar dano o agente é responsabilizado. Passa-se a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado¹⁶⁶ buscando o reequilíbrio das relações privadas. Denota-se, que o verbo “reparar” não foi inserido na norma de forma despropositada já que se refere a um modelo de justiça corretiva ou de ato ilícito absoluto.

É possível fazer essa afirmação quando se analisa o porquê de a coexistência sistemática dos art. 186, do art. 927 e do art. 944 do CC/2002 que regulam a reparação ou a indenização decorrente de ato ilícito puro. O art. 944 do Código Civil afirma-se dentro de um sistema jurídico reparatório. Mas por que o art. 944 do Código Civil alterou a palavra “reparação” para “indenização”? A resposta pode ser encontrada no art. 946 do mesmo diploma, que assim enfatiza:

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar. (BRASIL, 2002, Art. 946.)

Sergio Cavaleri Filho define perdas e danos como:

Perda de ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. (CAVALIERI, 2010, p. 75)

O instituto das perdas e danos atesta o meio de se apurar valores que decorrem de obrigações indeterminadas que não podem ser reparadas na mesma espécie e, na ausência de um bem fungível ou personalíssimo a indenização é calculada como forma reparatória e compensatória na forma da lei processual, para respeitar o sistema de reparação que vincula à indenização ao limite do dano causado, por ser esta indenização de natureza reparatória.

¹⁶⁵ Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002, Art. 927)

¹⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**, São Paulo: 8.ed. Atlas, 2008.p.2

A existência de um sistema coerente que gravita na órbita dos princípios do Direito Civil adapta o instituto da Responsabilidade Civil à vedação do enriquecimento sem causa quando se está diante de um ato ilícito puro. Isso significa que quando não é possível dentro do sistema da responsabilidade civil reparar o dano na mesma proporção, fazendo com que a relação civil material seja reequilibrada, o sistema da responsabilidade civil fundada no ato ilícito puro utiliza-se da conversão em perdas e danos para converter o valor apurado do dano em indenização limitada à extensão desse mesmo dano.

Esta regra do sistema da responsabilidade civil para reparação de bens fungíveis e/ou ¹⁶⁷divisíveis¹⁶⁸ se aplica na impossibilidade de reparação por perda da coisa, por exemplo,¹⁶⁹ apurando-se uma indenização compensatória pela impossibilidade de restabelecer o estado anterior da coisa,¹⁷⁰ porque a extensão do dano está obrigatoriamente atrelada ao modelo específico de ato ilícito e serve de limite para aplicação de uma justiça corretiva como fundamento filosófico do direito privado.

O Código Civil de 2002 se utiliza de 72¹⁷¹ dispositivos legais que se remetem ao instituto das perdas e danos visando quantificar uma indenização que tem natureza de compensação e, assim encontrar uma forma matematicamente legítima de reparar o dano causado, presando pelas bases de igualdade e troca de riquezas do direito privado. Descreve-se a fórmula completa do instituto da responsabilidade civil que mais se aproxima do modelo filosófico de proteção civilista do direito brasileiro.

¹⁶⁷ São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. (BRASIL, 2002, Art. 85).

¹⁶⁸ Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam. (BRASIL, 2002, Art. 87).

¹⁶⁹ Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos. (BRASIL, 2002, Art. 239).

¹⁷⁰ Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL, 2002, Art. 402)

¹⁷¹ Art. 12. Art. 146. Art. 149. Art. 154. Art. 155. Art. 234. Art. 236. Art. 239. Art. 247. Art. 251. Art. 254. Art. 255. Art. 263. Art. 271. Art. 279. Art. 389. Art. 395. Art. 402. Art. 403. Art. 404. Art. 419. Art. 430. Art. 439. Art. 443. Art. 475. Art. 518. Art. 570. Art. 571. Art. 582. Art. 602. Art. 624. Art. 640. Art. 679. Art. 683. Art. 705. Art. 717. Art. 723. Art. 737. Art. 748. Art. 787. Art. 832. Art. 879. Art. 946. Art. 954. Art. 1.010. § 3º Art. 1.013. § 2º Art. 1.110. Art. 1.151. § 3º Art. 1.170. Art. 1.254. Art. 1.258. Parágrafo único. Art. 1.259. Art. 1.312. Art. 1.336. § 2º Art. 1.337. Art. 1.456. Art. 1.460. Art. 1.486. § 2º. Art. 1.497. § 2º. Art. 1.542. § 1º Art. 1.739. Art. 1.817. Art. 1.995. (BRASIL, 2002).

RESPONSABILIDADE CIVIL



Ato ilícito puro = (conduta voluntária + falta de dever objetivo de cuidado + violação da lei + dano).

Nexo = (conduta voluntária + dano)

REPARAÇÃO/INDENIZAÇÃO



Reparação = (devolver a coisa no mesmo estado que se encontrava - *Status quo ante*)

Ex: mesmo veículo, mesmo celular, mesmo talher, mesma peça quebrada, mesmo vidro, etc.

Indenização = (impossibilidade de colocar a coisa ou restitui-la no mesmo estado anterior)

Apuração via procedimento de perdas e danos (qual o valor da coisa; quanto deixou de ganhar; a coisa era inestimável).

Esse procedimento de apuração das perdas e danos é filosoficamente proposital com base na justiça corretiva¹⁷², porque tem como legítima a figura da indenização compensatória que não enriquece a vítima porque decorre de uma apuração matematicamente justa. Caso contrário, estar-se diante das condenações por dano moral que aplicam o instituto da indenização dissociado das regras civilistas do ato ilícito *lato sensu* e que não observam pressupostos legais e filosóficos que justificam o porquê daquela indenização, já que o Direito Privado não é punitivo, mas reparatório ou compensatório.

Ao analisar como a jurisprudência atua na construção da indenização, foram constatadas duas hipóteses de aplicação da responsabilidade civil com base no ato ilícito puro: uma, de que a indenização não segue o padrão atual civilista dos atos ilícitos *lato sensu*, e outra de que a indenização por dano moral segue o sistema atual

¹⁷² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini. 4ª edição. São Paulo: Edipro. p.189.

de responsabilidade civil do ato ilícito puro, mas sem observância do procedimento de apuração das perdas e danos, deixando a critério do magistrado “apurar” os danos de acordo com a sua conveniência e sem fundamentos objetivos que dariam legitimidade ao comando judicial. Relembrando que este é o modelo ensinado e aplicado pelos operadores do direito.

4.6 Comparando a indenização por violação de direito fundamental da personalidade com a indenização civil reparatória.

Conforme esboçado, restou consignado que para dar eficácia à condição de proteção extraordinária aos direitos selecionados no art.5º da Constituição da República de 1988, o texto da norma jurídica garante¹⁷³ a inviolabilidade dos direitos mencionados e ao mesmo tempo determina a forma de garantir a inviolabilidade desses direitos aplicando uma punição indenizatória com finalidade desestimulante¹⁷⁴. Observando que a Constituição da República trabalha com dois verbos¹⁷⁵ no seu art. 5º, X: violar e assegurar; a própria norma garante e assegura que, caso ocorra um ato ilícito constitucional (violar direito inviolável), decorreria automaticamente (é assegurado) uma punição indenizatória que não se sujeita as regras ou pressupostos da indenização civil reparadora. E caso se sujeitasse à indenização civil reparadora,

¹⁷³ 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: 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; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XXII - é garantido o direito de propriedade; XXX - é garantido o direito de herança; (BRASIL, 1988, Art. 5º)

¹⁷⁴ “A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (artigo 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (artigo 5o, incisos V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental”. (SILVA, 2000, p. 201)

¹⁷⁵ 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. (BRASIL, 1988, Art. 5º, X)

obrigatoriamente deveria ser apurada via perdas e danos¹⁷⁶ em respeito à regra final de limitação da indenização à extensão do dano¹⁷⁷.

Aponta-se novamente a primeira divergência com a norma civil que define o ato ilícito puro (BRASIL, 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”*.

Traçando uma comparação entre a norma jurídica constitucional¹⁷⁸ e a norma jurídica civil, destaca-se que: violar direito fundamental inviolável assegura-se uma indenização por danos morais e materiais que deve ser quantificada com intuito punitivo e não reparatório. Isto significa dizer que o mero descumprimento da premissa gera o ato ilícito (contrário à lei) com uma sanção determinada em forma de indenização. Já a norma civil¹⁷⁹, expõe que o ato ilícito absoluto depende da violação do direito e do dano, se sobressaindo dois sistemas ou atos ilícitos diferentes.

Uma vez evidenciado que existe um conjunto sistemático que define o ato como ilícito civil, seja *lato sensu* ou *stricto sensu* absoluto ou relativo, resta tecer considerações acerca do ato ilícito do dano exclusivamente moral¹⁸⁰. Nesse ponto, restou sopesado que o dano moral decorrente da violação de direito inviolável já é a materialização da antijuridicidade do próprio direito (norma), motivo pelo qual não depende da exteriorização ou prova do dano. Isso porque a norma constitucional preenche a dualidade de imposição e coação (sanção) posto que contenha como devida a fixação de um condicional ato de coação por parte de um órgão judicial para

¹⁷⁶ Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar. (BRASIL, 2002, Art. 946.)

¹⁷⁷ A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL, 2002, Art. 944.)

¹⁷⁸ 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. (BRASIL, 1988, Art. 5º, X)

¹⁷⁹ Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. 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. (BRASIL, 2002, Arts. 186 e 927).

¹⁸⁰ Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002, Art. 186).

o caso de violação dessa norma¹⁸¹, que assim é lida: são invioláveis o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Enquanto a conduta estabelecida para cumprimento dos sujeitos de direito é denominada de norma jurídica secundária, torna-se crível afirmar que: é assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação da norma.

A jurisprudência se sustenta neste quesito:

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. TJBA (AgRg no Ag 850273 / BA, 4ª turma, Rel. Ministro Honildo Amaral De Mello Castro, DJe 24/08/10)

Do julgado acima é possível extrair que a indenização se pautou em critérios subjetivos para justificar a condenação. Em relação à quantificação da indenização, baseou-se em outros critérios subjetivos para se chegar ao *quantum* indenizatório, quais sejam: as condições econômicas e pessoais das partes.

Caso fosse aplicada a indenização com observância técnica para a configuração do ato ilícito puro, a condenação teria que se utilizar do procedimento da apuração do dano via perdas e danos, para estabelecer uma quantificação que respeite aquele modelo de ato ilícito. Seguindo este raciocínio a indenização seria legítima porque seguiu um procedimento das perdas e danos previsto na lei civil e que está intimamente ligado ao ato ilícito puro. Ao contrário das indenizações ilegítimas que seguem o entendimento do magistrado ou dos Tribunais Superiores que contém critérios subjetivos.

¹⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 30-31

4.7 A indenização punitiva: procedimento especial de natureza punitiva constitucional.

Aproveitando da criação doutrinara que instituiu o dano moral *in re ipsa*¹⁸², é que segue extraí o argumento colaborativo de que “*não há falar em prova do dano moral, mas sim na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação*¹⁸³” e “*provado assim o fato, impõe-se a condenação*”¹⁸⁴, resta afirmado que o descumprimento da premissa da norma (fato) no caso de violação ao direito de imagem enseja automaticamente uma sanção pecuniária.

E se o descumprimento da premissa constitucional se adequa à filosofia do direito punitivo (justiça comutativa) e também se adequa à estrutura da norma jurídica proposta por Hans Kelsen, dever-se-ia afastar cientificamente as normas civilistas das normas constitucionais e deixar que o próprio sistema jurídico readéque a situação de forma natural e científica.

Aplicando a Ciência do Direito na norma jurídica com base na teoria Kelseniana, constata-se que a prova do fato contrário à lei (norma primária), vincula uma condenação por dano moral assegurada que se sobressai na leitura da estrutura da norma secundária. Nesse caso ter-se-ia a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade¹⁸⁵ gravitando em torno do comando punitivo constitucional que não se sujeitam a justificar hipóteses de enriquecimento sem causa para aplicar a punição indenizatória.

¹⁸² Súmula 403 Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

¹⁸³ “Indenização – Dano moral – Prova – Desnecessidade. “Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam”. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação do art. 334 do Código de Processo Civil” (753811220098260224 SP0075381-12.2009.8.26.0224, Relator: Orlando Pistoiresi, Data de Julgamento: 18/01/2012, 30ª Câmara de Direito Privado. (MINAS GERAIS, TJMG, 18/01/2012)

¹⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87.

¹⁸⁵ De fato, adotada com razoabilidade e proporcionalidade, a aplicação da doutrina do *Punitive Damages* não se mostra ofensiva à Constituição da República. As garantias tratadas nos incisos V e X do art. 5º têm por destinatário o titular do direito à honra, à imagem e à privacidade, expressões do direito fundamental à dignidade humana e dos direitos da personalidade, a quem, em caso de violação, a Carta Magna assegura indenização por dano moral e material. (ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive Damages e sua Aplicabilidade no Brasil*. 2014, p. 338. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/75669>. Acesso em: 14/02/2022).

4.7.1 Separando os direitos da personalidade violáveis e invioláveis e suas formas de proteção.

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos absolutos que regulamentam os aspectos mais essenciais e relevantes da personalidade humana¹⁸⁶. Esses direitos não possuem caráter patrimonial e são inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Os direitos da personalidade são regulamentados pelos arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002, pela própria Carta Constitucional como direitos e garantias fundamentais e por diversas Convenções Internacionais¹⁸⁷.

Tais direitos elencados no art. 11 e seguintes do Código Civil de 2002 fazem parte de um sistema próprio e autônomo do Direito Civil que se sujeitam as normas e pressupostos da conversão em perdas quando decorrentes de ato ilícito *stricto sensu*, pois se busca quantificar uma indenização inerente ao dano, com respeito ao procedimento da responsabilidade civil que prescreve o método de reparação ou compensação indenizatória (perdas e danos) quando forem violados direitos do Código Civil. A leitura conjugada dos direitos da personalidade na forma civil e constitucional é imprescindível neste ponto:

Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. (BRASIL, 2002, Art. 12.)

Aplicando primeiro o Código Civil na descrição da norma personalíssima, nota-se que a parte ameaçada se velará de uma ação de natureza civil de obrigação de fazer ou não fazer, para que se cesse a ameaça, podendo reclamar outras sanções previstas em lei. Caso ocorra dano (que não é moral, somente extrapatrimonial) recorre-se novamente ao Código Civil, apurando-se a responsabilidade civil e posteriormente apura-se o valor da indenização compensatória via perdas e danos

¹⁸⁶ ALVES, Aline Cardim; BORCAT, Juliana Cristina. **Os Direitos de Personalidade como Direitos Fundamentais e Manifestação da Dignidade**. II Simpósio Regional de Direitos Humanos e Fundamentais, Parte I – Direitos Fundamentais e Inclusão Social, UNIVEM, Marília/SP, 2013, p. 3.

¹⁸⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2019.p. 224.

até o limite da extensão do dano¹⁸⁸ e/ou, requerendo no mesmo contexto a aplicação de outras sanções¹⁸⁹ (indenização punitiva) previstas em lei (art. 5º, X, CR/88) no caso de violação de direito fundamental inviolável. Ou seja, tecnicamente se verifica uma remissão ao comando legal sancionar que estará previsto em outra legislação. No caso, a Constituição Federal de 1988. Ao contrário do art. 21 do diploma civil, que afirma que a vida da pessoa natural é inviolável e o juiz a requerimento do interessado, adotará as medidas cabíveis para cessar o ato ilegal, vejamos:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (BRASIL, 2002, Art. 21).

A vida foi classificada como direito inviolável na Constituição Federal de 1988¹⁹⁰ e no Código Civil de 2002, sendo que a violação desse direito franqueia à parte ofendida a possibilidade de se utilizar das normas processuais civis para impedir ou cessar o ato. Portanto, mais um exemplo prático de que o Código Civil se utiliza das suas próprias normas para repelir, reparar ou indenizar direitos violados, conquanto a Constituição Federal se utilize de meios próprios garantidores ou punitivos para prevenir a ofensa aos direitos fundamentais da personalidade. A partir dessa análise pode-se constatar que a violação de direito geral da personalidade é regulado pelo art. 12 do Código Civil, ao constar no texto legal a indicação de utilização de medida processual civil que cesse a ameaça, bem como a forma de se apurar eventual dano causado aos direitos extrapatrimoniais ali previstos.

A conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, prevista como meio de compensação dos direitos da personalidade violados têm por escopo compensar o prejuízo suportado pelo credor/ofendido, ou seja, tem natureza indenizatória ou compensatória porque se estrutura dentro do sistema civil.

A indenização por perdas e danos é a exata reparação matemática¹⁹¹ do prejuízo sofrido pelo credor/ofendido com o inadimplemento da obrigação ou

¹⁸⁸ Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar. A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL, 2002, Arts. 946 e 944).

¹⁸⁹ Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. (BRASIL, 2002, Art. 12.)

¹⁹⁰ Caput do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988)

¹⁹¹ A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL, 2002, Art. 944).

violação de direito extrapatrimonial. É o exato valor da prestação a que estava obrigado contratualmente ou extracontratualmente o demandado pela ofensa, restando fixada a exata ou mais aproximada reparação condicionada à extensão do dano com respeito ao princípio da igualdade¹⁹² e do enriquecimento sem causa.

Contudo, o estudo piramidal da norma jurídica constatou que a Constituição da República de 1988 reservou para si quatro direitos da personalidade que são classificados como invioláveis (vida privada, honra, intimidade e imagem), porque tais direitos pela sua natureza *in re ipsa*¹⁹³ não se adequariam ao procedimento quantificatório da responsabilidade civil já consolidado no direito privado, bem como porque não admitem quantificação¹⁹⁴ por se a conceitos axiológicos, tendo o legislador os elevado a nível Constitucional como forma de garantir sua inviolabilidade, aplicando uma indenização punitiva por desrespeito a tais direitos ou valores¹⁹⁵.

Os direitos que geram indenização punitiva são aqueles que a Constituição da República e o Código Civil escolheu como invioláveis, estando todos outros direitos da personalidade, por exclusão do seu caráter violável, sujeitos ao procedimento civilista

¹⁹² Isso significa que, em regra, o princípio da igualdade - nuclear para a justiça – oferece uma medida racional para a repartição do que cabe cada uma das relações bilaterais. Num primeiro momento, é importante o aspecto formal da igualdade (proporção), que se afirma de modo precedente ao que cabia a cada um ou ao que possa vir a ser determinado como algo que deva ser repartido. Trata-se de percepção da justiça como uma questão de justeza. Por exemplo, em sede de obrigação de indenizar, que nasce com o inadimplemento imputável. Para recorrer ao aforismo clássico, trata-se de recolocar a vítima na situação em que se encontraria se o prejuízo não tivesse sido produzido. (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 72)

¹⁹³ A prova *in re ipsa* é decorrência natural da realização do ilícito, isto é, surge imediatamente da análise dos fatos e a forma como aconteceram. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui alguns entendimentos de situações em que o dano moral pode ser considerado *in re ipsa*. Entre esses entendimentos, por exemplo, o STJ reconhece que a simples devolução indevida de cheque (súmula 388); a morte de um integrante da família (AgInt no REsp 1165102 / RJ); o uso indevido de marca (REsp n. 1.327.773/MG); a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes (AgRg no REsp 1125388 / RS); a publicação não autorizada da imagem de pessoa para fins econômicos ou comerciais (súmula 403); são situações que geram o dano moral *in re ipsa*. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008), Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio/noticias>. Acesso em: 25/04/2021)

¹⁹⁴ A impossibilidade de reparação pecuniária, a que se refere a terceira objeção, está superada. Com efeito, não se trata, na hipótese, de estabelecer a equivalência para ressarcir o prejuízo. Este é inestimável por se referir a valores da pessoa. A idéia de quantificação é estranha ao mundo dos valores. (PEDROSO, 1995, p. 174)

¹⁹⁵ Quanto à segunda objeção, referente à incerteza do direito violado, basta considerar que a configuração desse direito é simples problema de subsunção. O dano moral é a violação de um bem jurídico normativamente previsto. O ordenamento jurídico, ao reconhecer aos membros da comunidade, direitos subjetivos extrapatrimoniais, tipifica os elementos necessários à sua configuração. É questão de tipicidade. (PEDROSO, 1995, p. 174)

reparatório limitado à extensão do dano, enquanto a indenização punitiva tem caminho livre de quantificação, sendo balizado apenas pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que devem observar se a quantificação da pena é razoável para desestimular o ofensor.

4.7.2 *A natureza imprescritível para a punição indenizatória dos direitos da personalidade invioláveis.*

Conforme principiado alhures, os Direitos da Personalidade seguem regras inerentes à sua categoria de direito civil enquanto listados no diploma civilista. Já os direitos da personalidade invioláveis são normas constitucionais de aplicação imediata¹⁹⁶ e que não se sujeitam às regras infraconstitucionais, como a prescrição, por exemplo. O tema da prescrição já está sendo desenvolvido na ideologia de imprescritibilidade dos direitos da personalidade relativos ao dano moral, mas com limitações de cunho patrimonial. Segundo o Superior Tribunal de Justiça a pretensão de reconhecimento de ofensa a direito da personalidade é imprescritível. Essa orientação consta do seguinte julgado¹⁹⁷:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE MARCA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. ART. 174 DA LEI 9.279/96. 7. Ademais, a imprescritibilidade não constitui regra no direito brasileiro, sendo admitida somente em hipóteses excepcionalíssimas que envolvem direitos da personalidade, estado das pessoas, bens públicos. Os demais casos devem se sujeitar aos prazos prescricionais do Código Civil ou das leis especiais. Precedente. 8. Hipótese concreta em que a ação anulatória foi ajuizada depois de transcorrido o prazo quinquenal estabelecido na lei especial, sendo impositiva a decretação da prescrição da pretensão anulatória. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1782024/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 09/05/2019)

¹⁹⁶ BERTONCELO, Franciellen. **Direitos da Personalidade: Uma Nova Categoria de Direitos a ser Tutelada**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Maringá. 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021795.pdf>. Acesso em: 28/09/2022, p. 140. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021795.pdf>. Acesso em: 28/09/2022.

¹⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em Teses** – Edição nº 137. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 25/04/2021.

Nesse contexto, a secretaria de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça divulgou a edição 137 de Jurisprudência em Teses, com o tema Dos Direitos de Personalidade – I. Nessa publicação, destaca-se:

2) A pretensão de reconhecimento de ofensa a direito da personalidade é imprescritível. Ou seja, é imprescritível a ação para declarar que houve ofensa a direito da personalidade, mas a pretensão indenizatória está sujeita a prescrição. Disse o STJ:
 "[...] a despeito da imprescritibilidade da pretensão de reconhecimento de ofensa a direito da personalidade, não há que se falar em imprescritibilidade dos reflexos de caráter patrimonial decorrentes daquela violação, os quais se sujeitam ao instituto da prescrição".

De acordo com Pontes de Miranda¹⁹⁸ os principais direitos da personalidade são os seguintes: direito à vida; direito à integridade física; direito à integridade psíquica; direito à liberdade; direito à verdade; direito à igualdade formal, ou isonomia; direito à igualdade material; direito de ter nome (inato) e direito ao nome (nato); direito à honra e direito autoral de personalidade. Como regra, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis. Assim, qualquer ameaça ou lesão aos direitos da personalidade deverá ser interrompida, ainda que mediante intervenção estatal. A cessação da ameaça ou da lesão não afasta eventual pretensão indenizatória. Logo, mesmo que cessem eventuais agressões aos direitos da personalidade o prejudicado poderá pretender reparações e indenizações correspondentes às perdas ou danos.

No que se referem às características desses direitos, os direitos da personalidade são oponíveis *erga omnes*, embora as pretensões sejam dirigidas a determinadas pessoas. Além disso, os direitos são universais, atribuídos a todas as pessoas. Outra característica dos direitos da personalidade é a ausência de conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente. Essa natureza extrapatrimonial subsiste mesmo que a lesão ao direito provoque efeitos patrimoniais. Os direitos da personalidade também são indisponíveis. A indisponibilidade abrange a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. Esclarece-se¹⁹⁹ que essa intransmissibilidade, decorrente da infungibilidade da pessoa, difere da

¹⁹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo VII: Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento)**. São Paulo: RT, 2012, p. 62.

¹⁹⁹ *Ibid.* p. 60

intransmissibilidade do direito de usufruto, uso, ou de habitação. Como os direitos da personalidade se extinguem com a morte, eles também são considerados vitalícios²⁰⁰.

Com relação ao exercício do direito, naturalmente não há prazo prescricional para se exercer ou reivindicar os direitos da personalidade. Entretanto, as pretensões para almejar reparações ou indenizações decorrentes de violações aos direitos da personalidade se submetem à prescrição de maneira controversa, já que restou demonstrado que a responsabilidade civil tem natureza reparatória e o que se busca na indenização por dano moral não seria uma reparação, mas uma punição.

Os direitos da personalidade são imprescritíveis por força de lei, motivo pelo qual a violação ordinária desses direitos tem aplicação imediata do Código Civil porque a lei afirmou de forma expressa a sua imprescritibilidade dentro do mesmo diploma. Entretanto, os quatro direitos da personalidade tidos como invioláveis não se sujeitam às regras do Código Civil porque estão elencados dentro da Constituição Federal de 1988, seja na aplicação dos pressupostos do ato ilícito puro, sejam nas normas ordinárias que regulam o instituto da prescrição civil.

A prescrição do parágrafo 3º, V, do art. 206 do Código Civil²⁰¹ regula o prazo para a “reparação” do dano civil em geral. Mas nesta altura já não se discute mais a aplicação de natureza reparatória, e sim punitiva para esse dano. A prescrição que visa à reparação de danos deve limitar-se aos institutos da reparação e não limitar a punição de direitos invioláveis.

O Código Civil não admite natureza punitiva²⁰², mas admite a imprescritibilidade dos direitos da personalidade, o que por exclusão lógica, impossibilita o sistema civil de aplicar regras inerentes à reparação civil no instituto do dano moral, pois se torna um contrassenso até mesmo com a jurisprudência que, em um momento aplica a uma pena indenizatória justificada na ofensa de direitos imprescritíveis, mas em outro momento aplica o prazo prescricional da reparação civil que está atrelado ao instituto

²⁰⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2.a ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense Universitária, 1995, p. 11.

²⁰¹ Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil. (BRASIL, Lei, 10.406, 2002).

²⁰² Com o texto constitucional reconhecendo expressamente a existência e o dever de reparar o dano moral, e não possuindo o Brasil nenhuma referência no sentido de como se reparar esta espécie de dano, nossos tribunais buscaram no exterior a solução do problema implantado. Passaram a adotar, pois, os chamados *punitive damages* (danos punitivos). Instituto amplamente empregado pelos tribunais norte-americanos, nas causas que versam sobre danos morais. Lá, ao contrário do Brasil, há décadas já se reconhece o dano moral como dano há ser reparado. (SOUZA, 2013, p. 5-6)

da reparação decorrente de ato ilícito absoluto que em nada se confunde com a punição.

4.7.3 A incompetência do Superior Tribunal de Justiça para decidir sobre aplicação e quantificação de indenização por ofensa a Direito Constitucional da Personalidade.

Criado pela Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça é a corte responsável por uniformizar a interpretação da Lei Federal em todo o Brasil²⁰³. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria infraconstitucional. Para buscar essa uniformização, o principal tipo de processo julgado pelo STJ é o recurso especial. Esses recursos servem fundamentalmente para que o Tribunal resolva interpretações divergentes sobre um determinado dispositivo de lei. O art. 105 da Carta Constitucional define:

Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988, Art. 105.)

Trabalhando com a hipótese de que, o art.5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se utiliza de um micro sistema de direitos invioláveis e que, nesse sistema estão alguns dos direitos da personalidade, o Superior Tribunal de Justiça não teria competência para decidir sobre questões que envolvem os direitos da personalidade invioláveis. Primeiro, porque os quatro direitos denominados “da personalidade” foram inseridos no texto Constitucional de 1988 anteriormente ao disposto no Código Civil de 2002, o que leva ao respeito à estrutural vertical do ordenamento jurídico e, segundo, porque não há que se falar em interpretação de Lei

²⁰³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 83**. “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sumstj/article/download>. Acesso em: 20/09/2022.

Federal (Código Civil) porquanto não está se analisando uma norma federal, e sim constitucional²⁰⁴, motivo pelo qual a incompetência do STJ se sobressai nesta leitura.

4.8 A Ferramenta de Inviolabilidade dos direitos fundamentais nos países do *Common Law*

4.8.1 Os *Punitive Damages*

A expressão *damages* designa consequências pecuniárias decorrentes do cometimento de um ato ilícito²⁰⁵, sendo empregada no Direito doméstico como “indenização”. Dentre as diversas feições que a responsabilidade civil dos países nórdicos pode alcançar, podemos elencar os *punitive damages* e os *compensatory damages*, onde o primeiro assume uma ideia de reparar mediante punição o prejuízo de forma pecuniária de modo a restabelecer o equilíbrio entre as partes, consistente em uma quantia suficiente para indenizar a pessoa prejudicada²⁰⁶, conquanto, os *compensatory damages* destinam-se a compensar os danos suportados pelo ofendido devendo-se consubstanciar numa quantia pecuniária suficiente para restituí-lo ao *status quo ante*.

No que tange à aproximação da categoria dos *compensatory damages* com o sistema *Civil Law*, os *punitive damages* como regra geral apresentam uma distinção técnica, posto que são usualmente impostos e quantificados por um corpo de jurados , e não pelo juiz togado,²⁰⁷ tendo em vista que o corpo de jurados aplica uma sanção decorrente de um ato ilícito com alto grau de reprovação, cuja função é punir o ofensor

²⁰⁴ Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: II - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição. (BRASIL, 1988, Art. 102)

²⁰⁵ GARNER, Bryan, .A. **Black's Law Dictionary**, 7ªed., St paul, Est Gropu, 1999, p. 393) “[D] *amages are sum of Money which a person wronged is entitled to receive from the wrongdore as compensation for the wrong.*”

²⁰⁶ UILAN, Eduardo. **Responsabilidade Civil Punitiva**. Tese de Doutorado. 2003. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2003, p. 50. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511>. Acesso em: 25/09/2022.

²⁰⁷ BELL, Griffin B; PEARCE, Griffin B. **Punitive damages and the Tort System**. University of Richmond Law Review, vol. 22, 1987, p;3. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1806&context=lawreview>. Acesso em: 23/09/2022.

e prevenir o cometimento de novos atos ilícitos da mesma natureza. Existe ainda notícia de que os *punitive damages*, apesar de fazer parte do sistema jurídico Anglo-saxônico, tem inspirações no Direito Romano, constante na Lei das XII Tábuas no sentido de apenar determinadas condutas por meio de uma sanção pecuniária²⁰⁸, o que se faz presente também na origem do sistema *Civil Law*.

4.8.2 Antecedentes remotos do *punitive damages*

A doutrina dos *punitive damages* tem sua origem no *Common Law* e fora articulado pela primeira vez de forma explícita em 1763, nos julgamentos paradigmáticos de *Huckle vs. Money* (95 Eng.Rep. 768) e *Wilkes v. Wood* (98 Eng. Rep. 499), perante a Câmara dos Lordes na Inglaterra²⁰⁹.

Tratou-se o caso de demanda indenizatória proposta por um tipógrafo viajante em face de um mensageiro do Rei, que teria invadido a residência do ofendido e lhe mantido encarcerado durante seis horas suspeito de ser ele o responsável pela impressão de textos de cunho subversivo. O corpo de jurados teria reconhecido a responsabilidade do mensageiro condenando-o ao pagamento correspondente a 3000 libras, valor este tido como excessivo àquele necessário para compensar os danos.

O condenado recorreu à House of Lords alegando a excessividade da indenização. Mesmo diante do reconhecimento de excesso no valor da indenização a Corte entendeu por bem manter a condenação, justificando no exemplo a ser dado à sociedade, denominando o instituto de “*exemplary damages*”.

A justificativa da Corte foi que “*invadir uma residência com fulcro em um mandado inválido, com o objetivo de buscar provas, é pior do que a Inquisição Espanhola; Direito sob o qual nenhum homem inglês gostaria de viver nem mesmo por uma hora; representou uma absoluta violação às liberdades do cidadão*”²¹⁰.

²⁰⁸ UILAN, Eduardo. **Responsabilidade Civil Punitiva**. Tese de Doutorado. 2003. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2003, p. 50. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511>. Acesso em: 25/09/2022.

²⁰⁹ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A Punição na Responsabilidade Civil: A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 33.

²¹⁰ “[to] enter a man’s in house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live na hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject.” (INGLATERRA, 1763)

Ao final do século XVIII a categoria dos *exemplary damages* surge como forma de justificar indenizações elevadas no caso de prejuízos intangíveis, decorrentes de *mental suffering, wonder dinnity e injured feelings*.²¹¹

Ao longo do século XIX, os danos extrapatrimoniais foram se destacando dos *exemplary damages*. Aplica-se definitivamente a categoria dos danos morais compensatórios e a categoria da indenização punitiva como forma de reprimir uma conduta deliberadamente desrespeitosa²¹².

O segundo caso trata-se de uma invasão ao domicílio do *Sr. John Wilkes* por um Secretário de Estado acompanhado de outros funcionários, onde arrombou e praticou atos de autoridade sem mandado judicial. Ao propor a demanda o *Sr. Wilkes* foi vitorioso e recebeu uma indenização equivalente a 5000 libras.

A *House of Lords* referendou a condenação, mas reduziu o valor para 1000 libras, considerando que a gravidade das condutas levadas a efeito poderia exceder os limites impostos pelo prejuízo real suportado, denominando, então, de “*aggravated damages*”. Naquela oportunidade o *Lord Chief* afirmou que “*o júri tem o poder de impor indenizações que excedam o prejuízo suportado. A indenização se destina não apenas a compensar o lesado, mas também a punir o culpado, a desestimular condutas semelhantes no futuro, e a demonstrar a desaprovação do júri quanto ao ilícito cometido*”²¹³.

Para se chegar a um veredicto, somente após a apresentação da prova da responsabilidade civil e dos danos compensatórios é que o júri chega à questão dos danos punitivos. Os procedimentos diferem entre os Estados quanto à apresentação de argumentos envolvendo danos punitivos. Alguns estados permitem que a questão dos danos punitivos seja levantada no momento do julgamento da responsabilidade básica e dos danos compensatórios. Outros estados prevêm o que é chamado de procedimento bifurcado: primeiro, um julgamento sobre responsabilidade e danos compensatórios; segundo, um julgamento separado em um julgamento sobre danos

²¹¹ LEVY, Daniel de Andrade, **Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012, p.49.

²¹² GONÇALVES, Vitor Fernandes, **A punição na responsabilidade civil: A indenização do dano moral e de da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, 49.

²¹³ “*a jury have it in theis to give damages for more than the injury receuved. Damages arre designed not only as satisfaction to the injured peson, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such preceedings for the future, and as proof of detestation of the jury to the action itself*”. (INGLATERRA, HOUSE OF LORDS, 1772, 98 End. Rep. 499)

punitivos e compensatórios, sendo que em determinados Estados permitem que as partes cheguem a um acordo sobre se querem um procedimento punitivo unido ou bifurcado²¹⁴.

4.8.3 O surgimento dos *punitive damages* estadunidense

O instituto dos *punitive damages* chegou à América do Norte poucos anos depois dos precedentes fixados na Inglaterra, dando ensejo aos casos *Genay v. Norris (1784)* e *Coryell v. Colbaugh (1791)*²¹⁵. Agora a indenização punitiva é definida²¹⁶ como um valor fixado expressivamente além daquele suficiente a compensar o dano, atingindo, assim, um primeiro objetivo, de cunho punitivo, bem como traduz uma segunda função, de aspecto preventivo, desenhada na exemplaridade da pena aplicada²¹⁷.

No Direito Norte-americano, dois célebres casos tornaram-se marcos tanto da exacerbação da função punitivo-preventiva das verbas punitivas, como da desproporção dos valores das indenizações determinadas pelo Judiciário. Neste caso, uma senhora de 79 anos derramou um café comprado no *drive-throught* de uma lanchonete do *McDonald's* e como indenização punitiva pelas queimaduras o júri determinou o pagamento da quantia de US\$2.7 milhões de dólares. Considerando a existência de mais de 700 reclamações acerca da temperatura elevada do café nas redes *McDonald's*, justificou-se o montante elevado dos *punitive damages* como

²¹⁴ “Only after the evidence on liability and compensatory damages is presented does the jury reach the issue of punitive damages. procedures differ across the states in terms of the presentation of argument involving punitive damages. some states allow the punitive damages question to be raised at the time of the basic liability and compensatory damages trial. Other states provide for what is called a bifurcated procedure: First, a trial on liability and compensatory damages; second, a separate trial on a trial on punitive damages. still other states allow the parties to agree on whether punitive they want united or bifurcated procedure.” *Trial: liability and compensatory damages*, (HASTIE, Reid; W. Kip Viscusi. 2002, p. 10.)

²¹⁵ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil – Da Reparação à Punição e Dissuasão - Os *Punitive Damages* no Direito Comparado e Brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50.

²¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva “*punitive damages*” e o direito brasileiro**. Revista da AJURIS: Porto Alegre, v. 32, n.100, p. 229-262, dez. 2005. p. 31.

²¹⁷ 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. (BASTOS, 2007, p. 89)

forma de prevenir que a rede de sanduíches continuasse a causar os mesmos danos em casos semelhantes²¹⁸.

Outra demanda simbólica foi o caso *BMW of North America v. Gore*. Neste caso, o Dr. Ira Gore Jr., moveu uma ação contra a BMW pelo fato de ter constatado que lhe foi vendido um veículo repintado como se novo fosse. O valor do carro era US\$ 40.751,88. O Júri da corte de Birmingham julgou procedente a ação e, além de deferir o pagamento de US\$4.000,00 a título de danos compensatórios, estipulou como indenização punitiva a quantia de US\$4 milhões de dólares. Entendeu-se que a política de não divulgação de danos adotada pela ré constituía omissão fraudulenta²¹⁹, concretizando a ferramenta punitiva como um método exemplar que para evitar novos casos da mesma natureza.

4.8.4 Teses favoráveis

A doutrina dos *punitive damages* tem os defendido como um método benéfico de desencorajar condutas reprováveis e como um remédio parcial para o processo civil americano permitir a compensação das despesas de litígio gastas pela vítima, incluindo honorários advocatícios, bem como uma forma de extrair dos demandantes o desejo de vingança e ingressarem em canais pacíficos, além de também servirem para corrigir uma longa série de pequenos casos de indignação e opressão²²⁰.

Ainda a favor dos *punitive damages* afirma-se que a mera indenização por danos materiais, muitas vezes, não é o bastante para compensar as vítimas de atos ilícitos, sequer para pagar seus advogados ou as taxas do processo²²¹.

Os *punitive damages* são, em maior ou menor extensão, admitidos em 45 dos 50 Estados dos EUA. Em alguns Estados vem previstos em lei, em outros tem sua origem no *Common Law*. Hoje os *punitive damages* gravitam no centro das maiores

²¹⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 232.

²¹⁹ *Ibid*, p.239

²²⁰ SOUZA, Wendel Lopes Barbosa de. **Punitive Damages nos Estados Unidos e Danos Morais no Brasil**. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Publicações. Obras Jurídicas, 2013, p.354. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc14.pdf?d=636680468024086265>. Acesso em: 29/09/2022.

²²¹ *Ibid*, p.354

batalhas contemporâneas no tema da responsabilidade civil americana, por meio da *tort reform*²²². Satisfatório o acerto desses contextos, muitos Estados da federação americana têm fixado limites aos valores dos *punitive damages* e até mesmo requisitos à sua imposição, por meio de estatutos legais, o que se denominou *tort reform*. Em outras unidades da Federação o tema conservar-se sem matéria normativa, ficando a aplicação e a fixação do valor dos *punitive damages* a critério único da Justiça²²³.

4.8.5 A reaproximação da pena na responsabilidade civil através dos *punitive damages*

Após a separação conceitual ocorrida no Direito Romano entre pena e indenização, após 18 (dezoito) séculos, assim como ocorreu no Brasil no século XIX, eis que no Reino Unido, constata-se a reaproximação dos dois institutos. Este movimento se deu, notadamente, como um reflexo do contexto vivido à época em meados do século XVIII, contexto este marcado por condenações cada vez maiores dos júris ingleses em casos de danos extrapatrimoniais, sobretudo de violações à honra²²⁴.

Surge o conceito de *pain and suffering*, relacionado com a dor e sofrimento como forma de identificar e compensar os danos extrapatrimoniais. Passou-se a investigar a consequência do ato lesivo (dor e sofrimento), como forma de reparar os danos extrapatrimoniais causados. Ao longo do século XIX, os danos extrapatrimoniais foram se destacando dos *exemplares damages*. Afasta-se definitivamente a categoria dos danos morais compensatórios da categoria da indenização punitiva como forma de reprimir uma conduta deliberadamente desrespeitosa²²⁵, fazendo com que as sanções pecuniárias retornem para dentro do sistema civil, sendo este o modelo ideológico absorvido no Brasil.

²²² *Ibid*, p.359

²²³ *Ibid*, p.359

²²⁴ LEVY, Daniel de Andrade, **Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012, p.44.

²²⁵ GONÇALVES, Vitor Fernandes, **A punição na responsabilidade civil: A indenização do dano moral e de da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 49.

5 A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS OU MATERIAIS DECORRENTES DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

5.1 Os sistemas quantificatórios

Neste capítulo apresentaremos as dificuldades relativas à quantificação ou impossibilidade de quantificação do dano moral. Não é pacífico o entendimento doutrinário acerca do modo pelo qual o dano moral deva ser quantificado ou arbitrado. Discute-se doutrinariamente qual o meio de se quantificar o dano moral utilizado no Brasil. A doutrina²²⁶ desenvolveu dois sistemas de quantificação do dano moral partindo da subjetividade do conceito do dano.

O primeiro sistema denominado “Sistema Aberto” atribui ao Juiz a competência para estabelecer o valor da indenização de forma subjetiva e correspondente à possível satisfação da lesão experimentada pela parte. O magistrado utilizará seu raciocínio e bom senso ao estabelecer o *quantum* indenizatório, avaliando a extensão do dano e sua repercussão no meio social, bem como a situação econômica do ofensor e da vítima. Verifica-se que são critérios subjetivos a serem levados em consideração²²⁷.

Os partidários²²⁸ do sistema aberto acreditam que a quantificação do dano moral deva ficar a cargo do arbítrio do magistrado, justamente por ser da própria essência do dano moral, a subjetividade deste. Inexistindo a possibilidade de tarifar a dor, segundo esses autores, razão esta pela qual, a fixação do *quantum* indenizatório deva ficar sob a responsabilidade do magistrado, que utilizará critérios subjetivos para avaliar a extensão do dano e o valor de sua consequente reparação.

O segundo sistema denominado “Sistema Tarifário” aceita que o valor da indenização se encontre predeterminado, baseando-se historicamente em primeira

²²⁶ ARAÚJO, José Wellington Medeiros de. **O Dano Moral e Sua Avaliação**. Distrito Federal: Universidade Católica de Brasília, 2001, p. 36.

²²⁷ *Ibid*, p. 36.

²²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 132

análise, no art. 81 do Código Brasileiro de Telecomunicações,²²⁹ atualmente revogado pelo Decreto Lei 236/67. Posteriormente, utilizou-se o Código Eleitoral²³⁰ que fazia referencia ao dano moral nos casos de propaganda partidária, mas sem apresentar parâmetros objetivos para o cálculo da indenização, constituindo um limbo jurídico decorrente da revolução do Código Brasileiro de Telecomunicações atrelado à deficiência legislativa do Código Eleitoral acerca da quantificação do dano moral. Dois anos após a vigência do Código Eleitoral, a Lei de Imprensa²³¹ ao regular a liberdade de manifestação de pensamento e da informação, tratou ainda da responsabilidade civil ao abordar de forma expressa o dano moral²³². Nesse contexto, a partir da promulgação da Constituição de 1988 a Lei de Imprensa não foi recepcionada²³³ para os casos de quantificação por dano moral²³⁴.

Isso significa que uma vez afastados os métodos tarifários, a quantificação do dano moral esta vinculada à subjetividade do magistrado, ficando a vítima refém das ideologias e experiência de vida desse magistrado.

²²⁹ O caput do art. 81 previa que “independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiofusão”, poderia demandar, “no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por este solidariamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele”. (BRASIL, Lei 4.117, 62)

²³⁰ BRASIL, **Lei 4.737 de 15 de Julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, julho, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 05/09/2022.

²³¹ BRASIL, **Lei 5.250 de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Diário Oficial da União. Brasília, DF, julho, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm#:~:text=Regula%20a%20liberdade%20de%20manifesta%C3%A7%C3%A3o%20do%20pensamento%20e%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o.&text=Art%20.,lei%2C%20pelos%20abusos%20que%20cometer.. Acesso em: 05/09/2022.

²³² O art. 49 dispõe que aquele que “no exercício da liberdade de informação, com dolo ou culpa, viola direito ou causa prejuízo a outrem”, fica obrigado a reparar os danos morais e materiais. (BRASIL, Lei 2083 de 1953)

²³³ O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Segunda Seção, em 28 de abril de 2004, editou a **súmula n. 281**, com o seguinte enunciado: “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2004). Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Sml/issue/archive>. Acesso em: 28/04/2022.

²³⁴ Resp 213.188/SP da relatoria do Min. Barros Monteiro, assentou que a “limitação estabelecida pela Lei de Imprensa quanto ao montante da indenização não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988”. Sendo assim mais uma vez observamos a rejeição ao sistema tarifado da Lei de Imprensa. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2002). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 02/07/2021.

5.1.1 O caráter punitivo do dano moral e o enriquecimento sem causa

Atualmente para se quantificar a indenização por dano moral a doutrina tem entendimentos e divergências. O *quantum* indenizatório tem dois pontos de conflito na própria jurisprudência carregados de subjetividade. Como se verifica no trecho abaixo, as Cortes brasileiras reconhecem o caráter punitivo e ao mesmo tempo a limitação inerente à reparação do dano que deve afastar o enriquecimento sem causa, o que conseqüentemente, abduz a possibilidade de punição concreta como ocorre nos *punitive damages*.

Nesse sentido, verifica-se que a jurisprudência brasileira, apesar de reconhecer a utilização de critérios punitivos na quantificação da indenização por danos morais, aponta expressamente que o *quantum* indenizatório encontra limite, nesses casos, na vedação ao enriquecimento sem causa. Isto é: a condenação do agressor deve superar a mera reparação dos danos, mas não pode ser tão elevada a ponto de enriquecer a vítima. (ROCHA e MENDES, 2017. p. 238).

Em contraposição ao citado acima (ARAÚJO FILHO, 2014 p. 341) afirma:

No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das “*punitive damages*” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor 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. Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte 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 e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Nessa assertiva, a quantificação do dano moral encontrar suas barreiras e conflitos na doutrina e na jurisprudência, quais sejam: não pode gerar enriquecimento de uma parte em detrimento de outra, mas deve ao mesmo tempo punir o ofensor. Não se autoriza uma indenização tarifada devido ao novo regramento constitucional que afastou o sistema de tarifação, mas autoriza o juiz estabelecer critérios subjetivos para quantificar o dano.

O posicionamento daqueles que admitem o sistema aberto, não parece o mais acertado uma vez que, se o sofrimento moral não tem preço por se consistir em um

valor²³⁵, sendo incoerente o requisito que determina na apuração do *quantum* indenizatório, a experiência de vida do magistrado para se alcançar o valor da indenização, seja ela, punitiva ou reparatória.

5.1.2 A subjetividade na quantificação do dano moral

Atualmente, com a vigência da Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, a doutrina²³⁶ e a jurisprudência têm apontado a equidade como critério para a fixação do valor do dano moral. Entende-se²³⁷ que o arbitramento judicial persiste como critério próprio para a quantificação do dano moral, também indicando que o artigo 944 do Código Civil deve ser aplicado à questão.

O prudente arbítrio do juiz significa que a quantificação do dano moral fica exposta a um critério essencialmente subjetivo, regido conforme as concepções pessoais e personalidade do magistrado, que certamente revela as variantes intrínsecas de cada ser humano. Não é uma tarefa cuja solução justa tenha fonte exclusivamente no aprimoramento do tecnicismo jurídico. O tema está vinculado à formação do juiz no que tange aos seus valores dominantes, sua base filosófica, seu posicionamento sociológico, seu ponto de vista humanístico, entre outros fatores²³⁸.

A questão da motivação da sentença que fixa o valor do dano moral é aspecto destacado pelo estudo desenvolvido por Maria Celina Bodin²³⁹. O sistema jurídico brasileiro autoriza o juiz a estabelecer o valor do dano moral sem prévias limitações, mediante o livre arbitramento, atendidas todas as peculiaridades de cada caso concreto. Mesmo não havendo critérios legais, o juiz deve observar critérios lógicos

²³⁵ PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. **A reparação do dano moral**. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 90, p.174 Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67294/69904>. Acesso em: 29/09/2022.

²³⁶ CAVALIERI FILHO. **Programa de responsabilidade civil**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193-197.

²³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. V.7. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 97.

²³⁸ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4.ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.152-153.

²³⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 267-275.

na fundamentação da sentença, a fim de possibilitar o controle da racionalidade de seu ato.

A crítica que se faz ao sistema brasileiro de responsabilidade civil punitiva, se assim pode-se dizer, é que o magistrado tem atuado sem qualquer respaldo legislativo²⁴⁰. Entretanto, o julgador ao exercer seu arbítrio afastando o tecnicismo jurídico que da legitimidade ao processo em detrimento dos valores vinculados à sua formação e sua experiência de vida²⁴¹, apresenta critérios pessoais que não podem ser inseridos no processo para justificar o valor de uma indenização punitiva por se tratar de um valor que se difere de pessoa para pessoa.

-

5.2 Testando a premissa da natureza punitiva constitucional na quantificação da indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação da norma constitucional.

Ao discorrer sobre as dificuldades encontradas relativas à natureza jurídica punitiva do dano moral, cabe neste momento aplicar os conceitos já trabalhados no *quantum* indenizatório, para verificar a possibilidade de encontrar um caminho legítimo que produza um julgamento coerente com a finalidade punitiva da norma constitucional, ao contrário de se tentar buscar uma finalidade reparadora e punitiva civil.

Partindo do pressuposto de que a indenização pelo dano moral ou material decorre de violação de direitos fundamentais da personalidade invioláveis²⁴², e que, portanto, são passíveis de punição indenizatória, notemos porque o ato ilícito

²⁴⁰ LEVY, Daniel de Andrade, **Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 75.

²⁴¹ O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar de dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angustias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial não conhecido” (STJ – 4º T- REsp. 403.919 – Rel. Cesar Asfor Rocha – j. 15.05.2003 – RSTJ 171/351). Os dissabores do cotidiano não podem ser confundidos com os sintomas caracterizadores do verdadeiro dano moral, sob pena de, por obra dos tribunais, se tornar insuportável, a ponto de se inviabilizar, a própria vida em sociedade” (TJDF – 1º T. – A.p. 2004.01.1062485-0 – Rel. José Guilherme de Souza – j. 07.06.2005 – DJU 01.07.2005 – RT 838/284). (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005)

²⁴² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25/09/2022.

absoluto não teria aplicação no instituto por se tratar de um organismo fechado construído para a reparação dos danos.

O princípio constitucional do Estado de Direito e seus subprincípios formam a base do regime jurídico punitivo, aplicado às manifestações do poder punitivo estatal, seja ele exercido pela administração pública (sanções administrativas retributivas), seja ele exercido pelo Poder Judiciário (sanções penais)²⁴³.

O caminho apresentado para justificar a sanção indenizatória seria legítimo porque previsto no texto Constitucional como uma norma completa²⁴⁴, e, assim, dever-se-ia observar os critérios de direito punitivo para punir e, ao mesmo tempo os critérios do Direito Civil inerentes ao ato ilícito absoluto para reparar ou compensar, assim como no *punitive damages*²⁴⁵, estabelecendo um sistema bifurcado.

Portanto, ao conjugar os elementos que formam a natureza punitiva do dano moral é possível traçar um caminho positivo no sentido legal e sem barreiras principiológicas no sentido infraconstitucional, que permita ao julgador aplicar a punição observando a violação do direito como pressuposto do ato ilícito *lato sensu* para se responsabilizar o ofensor, e os princípios constitucionais para quantificar a punição, fazendo com que a condenação por dano moral punitivo seja legítima porque percorreu um caminho coerente dentro do ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, aplicar a responsabilidade civil decorrente de ato ilícito absoluto para obrigar o agente causador do dano a reparar o dano material.

5.3 Testando a nomenclatura dos “danos punitivos” nos direitos invioláveis da personalidade.

²⁴³ MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador – Sanções administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 101-102.

²⁴⁴ 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. (BRASIL, 1988, Art. 5º, X).

²⁴⁵ Dentre as diversas feições que a responsabilidade civil dos países nórdicos, podemos elencar os *punitive damages* e os *compensatory damages*, onde o primeiro assume uma ideia de reparar o prejuízo de forma pecuniária de modo a restabelecer o equilíbrio entre as partes, consistente em uma quantia suficiente para indenizar a pessoa prejudicada, conquanto, os *compensatory damages* destinam-se a compensar os danos suportados pelo ofendido devendo-se consubstanciar numa quantia pecuniária suficiente para restituí-lo ao status quo ante. (UILAN, 2003, p.28)

A ideia de uma nomenclatura denominada de “danos punitivos” decorre da comparação com o Direito Norte-Americano (*punitive damages*) conjugado à leitura completa do art.5º, X, da Constituição da República de 1988. Nesta fase se torna necessário apresentar alguns questionamentos preliminares, como: Por que o art.5º, X, da CF/88 se refere a uma indenização por danos morais e materiais²⁴⁶ decorrentes da violação da norma? Por que a doutrina ou os pesquisadores leem a referida norma se referindo apenas ao dano moral?²⁴⁷ A resposta encontrada que mais se adequa à falta de justificativa de referencia aos danos materiais do diploma Constitucional é no sentido de que a doutrina encampou o instituto previsto no inciso X, do art. 5º da CRFB para o Código Civil de 2002, como pode ser extraído da passassem abaixo:

Com frequência, muitas situações de rompimento da vida conjugal por culpa, adultério, bigamia, ofensas físicas, abandono moral e material, alcoolismo etc. ocasionam o dano moral ao cônjuge inocente, abrindo margem à pretensão de indenização nos termos do artigo 186, não havendo necessidade de norma específica para tal. (VENOSA, 2015, p. 213).

O que pode ser absorvido é que o dano moral neste caso é regulado pelos critérios gerais dos atos ilícitos, já que o art. 186 do Código Civil foi o elemento apontado. Isso fez com que o dano material elencado na Constituição de 1988 servisse como referência ao dano material do Código Civil.

Configura-se uma leitura remissiva do dano moral e material previsto para casos específicos na Constituição para os comandos e regras do Código Civil. Nota-se que existe uma diminuição hierárquica feita entre norma constitucional para as normas civilistas, que deixam o instituto punitivo da norma constitucional ineficaz por encontrar barreiras na cláusula geral de enriquecimento sem causa, ao contrário das legislações comparadas que não têm²⁴⁸ o permissivo Constitucional, mas que de forma consuetudinária autoriza a punição.

Quando se faz uma leitura unificada de normas constitucionais e infraconstitucionais, rebaixando as primeiras para se adequar as segundas, o

²⁴⁶ Art. 5º. 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. (BRASIL, 1988) .

²⁴⁷ SILVA, Fernanda Cristina Campolina e, **A Lógica da Exemplaridade e a desnecessidade de Aplicação dos Punitive Damages no Brasil**. 2017, p. 24. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade católica de Minas Gerais, 2017.

²⁴⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2, p. 750.

resultado não pode ser outro, como ocorre atualmente. Gera-se um conflito de princípios que afastam a segurança jurídica²⁴⁹ e não permitem que o instituto dos “danos punitivos” seja efetivamente aplicado. Isto pode ser notado na afirmação:

Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (...); b) ocorrência de um dano patrimonial e/ou moral (...), sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato (...); e c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente (DINIZ, 2010, p. 208).

Ao definir os elementos do ato ilícito puro, exigindo a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, afasta-se a natureza punitiva da norma constitucional. Mas ao ler o comando punitivo na íntegra ele se torna totalmente dissociado das regras civilistas, porque o comando da norma tem um sistema diverso, que é assegurar a inviolabilidade da própria norma:

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. (BRASIL, 1988, Art. 5º)

Fazendo uma leitura mais didática do referido artigo, teríamos: violar direito inviolável (intimidade, vida privada, honra e imagem) gera indenização por dano moral ou material automática. Conjugando a transcrição analítica acima com o artigo determinador do ato ilícito absoluto, temos:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002, Art. 186)

Transcrevendo de forma didática e analítica a primeira parte do art. 186 do CC/02, teríamos que ela prescinde de elementos aglutinadores. Entretanto, a segunda parte do art.186 que se refere ao dano exclusivamente moral, se refere ao dano presumido decorrente de violação de direito inviolável, assegurando o direito à

²⁴⁹ Alguns projetos de lei visam a disciplinar a matéria seja para reconhecer expressamente a função punitiva da responsabilidade civil (Projeto de Lei nº 276/2007 do Dep. Léo Alcântara e Projeto de Lei 2.496 de 2007 do Deputado Vital do Rêgo Filho), seja para estipular de forma mais clara os critérios a serem seguidos pelo magistrado quando da estipulação da indenização a título de dano moral (Projeto de Lei nº 334 de 2008 do Senador Valter Pereira). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>. Acesso em: 1/05/2022.

indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação, fazendo com que decorra apenas de violação do direito, ou seja, o dano exclusivamente moral está dissociado dos elementos do ato ilícito puro por não ter que exigir o dano.

O art. 186 do Código Civil está afirmando que o dano moral exclusivo é por força constitucional um ato contrário à lei, pois ao pretender conceituar o contrário, exigiria a comprovação externada do dano para que ocorresse a configuração do ato ilícito exclusivamente moral. E já que o ato tido como ilícito é exclusivamente moral não deveria por óbvio, se prender aos pressupostos do ato ilícito puro ou absoluto.

Reforça-se o argumento quando se verifica que o art. 186 do CC/02 seguiu a mesma lógica do art. 159 do Código Civil de 1916, mas sendo acrescentado apenas o dano exclusivamente moral, que seria outro tipo de ato ilícito dissociado dos atos ilícitos ordinários do Código Civil. Nesse momento, por exclusão dos preceitos civilistas inerentes ao ilícito puro que não devem ser aplicados aos danos punitivos, justifica-se o porquê da nomenclatura proposta, uma vez que a indenização punitiva decorre de violação de direitos invioláveis que causem dano moral ou material.

Quando fazemos a leitura científica do art.5º, X, da CF/88 não se coloca uma lupa sobre a expressão dano moral, mas sobre a expressão: dano moral e material, decorrentes da violação de um direito fundamental inviolável. Ou seja, de acordo com a norma jurídica, quando se viola um direito da personalidade inviolável, automaticamente existe uma sanção pecuniária e, ao mesmo tempo, caso o direito da personalidade seja violado e cause reflexo que gere um dano material que decorreu da violação deste direito inviolável, este último seguirá a mesma regra indenizatória dos *punitive damages*, qual seja um sistema bifurcado reparatório e outro punitivo. Assim, quando se trata de um dano material se sujeitará à regra do art. 944 do Código Civil, que determina que no caso de danos materiais a indenização deve ser limitada à extensão do dano. Contudo, quando verificado que o dano material ocorreu em virtude de violação dos direitos fundamentais da personalidade invioláveis, aplica-se a indenização punitiva.

Isto significa que a nomenclatura “Danos Punitivos” se adequa ao instituto dos danos morais e materiais como no *punitive damages*. Notemos isso porque, o tema é tratado na Constituição como indenização punitiva por danos morais e materiais decorrentes de violação da norma específica, o que dá ensejo a uma punição pelo descumprimento da norma, sendo o dano moral material.

Ambos os danos causados por descumprimento de norma constitucional são passíveis de punição assim como no *Common Law*. Por isso, a denominação ou nomenclatura mais apropriada que se busca para a compreensão do instituto seria: “Danos Punitivos”, no plural, que abrange tanto o dano moral, tanto o dano material.

5.3.1 *Os critérios de quantificação dos danos punitivos decorrentes de violação de direito inviolável*

Após sopesar as comparações do instituto jurídico do dano moral com o microssistema de direitos fundamentais invioláveis da Constituição da República de 1988, chega-se à hipótese de existência de um novo instituto do Direito denominado de Danos Punitivos, que abrange tanto o dano moral quanto o dano material. A fonte legislativa contribuiu para apresentar conceitos, princípios e regras que compõe esse sistema, bem como apresentou critérios de quantificação inerentes à norma punitiva.

Fazendo um parêntese, é importante frisar que o poder punitivo do Estado²⁵⁰ não se restringe ao ramo do Direito Penal, mas se encontra em outros ramos, como no Direito Administrativo²⁵¹, no Direito Ambiental ou no Direito do Consumidor. Logo, como tais ramos do direito se utilizam de aplicação de penalidade pecuniária com a finalidade de desestimular determinado ato violador da norma, como uma multa de trânsito ou ambiental, por exemplo, veremos que seria mais adequado utilizar tais referências legislativas como parâmetro para explicar como se daria a quantificação no direito punitivo.

5.3.2 *Objetivos da quantificação*

²⁵⁰ O Direito Administrativo Sancionador (DAS) pode ser tradicionalmente definido como "a expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado.. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>, acessado no dia 03/03/2022. (GONÇALVES; GRILO. 2021, p. 468).

²⁵¹ BRASIL, **Decreto 10.887 de 6 de dezembro de 2021**. Altera o Decreto nº. 2.181 de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.887-de-7-de-dezembro-de-2021-365395151>. Acesso em: 25/09/2022.

Os ramos do direito punitivo, cuja maioria tem natureza jurídica de direito público, tem uma função social de manter a ordem e paz²⁵² através de sanções privativas de liberdade, de direitos civis ou indenizações (multas) punitivas. Partindo do pressuposto de que a indenização punitiva, seja em forma de multa, seja através de pronunciamento judicial, serve para informar à sociedade que aquele ato é proibido e não deve ser cometido novamente, utilizaremos da doutrina dos *punitive damages* para referenciar a ideia proposta²⁵³.

Delgado (2011, p. 306) descrevendo a proximidade da teoria do Valor do Desestímulo com o *punitive damages*, compartilha do mesmo entendimento:

A teoria do Valor do Desestímulo é um instituto que através da condenação a uma soma milionária, pretende obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e proporcionar um exemplo à sociedade, como meio preventivo e profilático.

Assim, a teoria utilizada teria a finalidade de desestimular que o ato ilícito *lato sensu* ou contrário à lei, não seja cometido novamente, tornando aquela conduta reprovável como exemplo e, ao mesmo tempo analisaria critérios objetivos de reincidência para tomar medidas mais enérgicas fazendo cessar o ato contrário à lei e, conjuntamente desestimular o ofensor ou outrem que tomara ciência do exemplo da pena. Mas percorrer o caminho pela busca exemplar da pena desestimuladora não poderia ser tarefa para o Direito Civil através de suas ferramentas originárias do ato ilícito puro, como a teoria do Valor do Desestímulo. A base legal deve seguir uma premissa de direito público, atrelado ao comando descrito no ato ilícito do dano exclusivamente moral, ou do comportamento contrário à norma.

Para que a finalidade social seja alcançada, a legislação brasileira, além de tipificar a indenização punitiva na Constituição de 1988, contém legislações

²⁵². O fim, portanto, não é outro que o de impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo. Aquelas penas, portanto, e aquele método de infligi-las, deve ser eleito de tal forma que, observada a proporção, causará uma impressão mais eficaz e mais durável sobre os ânimos dos homens, e a menos tormentosa sobre o corpo do réu. (BECCARIA, 2005, p. 57)

²⁵³ “o júri tem o poder de impor indenizações que excedam o prejuízo suportado. A indenização se destina não apenas a compensar o lesado, mas também a punir o culpado, a desestimular condutas semelhantes no futuro, e a demonstrar a desaprovação do júri quanto ao ilícito cometido”. Original: *a jury have it in theis to give damages for more than the injury receuved. Damages arre designed not only as satisfaction to the injured peson, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such preceedings for the future, and as proof of detestation of the jury to the action itself*. (INGLATERRA, HOUSE OF LORDS, 98 End. Rep. 499).

específicas relativas que estabelecem meios de quantificação a serem adotados nas relações decorrentes de descumprimento de normas punitivas ou proibitivas. Visando evitar um desequilíbrio na aplicação da pena indenizatória, como ocorre no *punitive damages*²⁵⁴, torna-se como necessário estabelecer parâmetros jurídicos, econômicos e sociais que trazem consigo uma previsão legal para a quantificação da penalidade dentro do ordenamento jurídico.

O primeiro parâmetro legal esta inserido no ramo do Direito do Consumidor. No capítulo VII do CDC²⁵⁵ em caso de violação da norma, aplica-se uma penalidade pecuniária que desestimule o ofensor da norma coletiva. Nesse caso, a lei estabelece os pressupostos legítimos para se chegar ao *quantum* da punição pecuniária²⁵⁶. Analisa a condição econômica do fornecedor/ofensor e afasta a possibilidade de o magistrado aplicar critérios subjetivos para se chegar ao valor da punição. O direito Ambiental²⁵⁷ por se tratar de direito um difuso utiliza a mesma regra para aplicar a punição pecuniária.

A reincidência é outro parâmetro que pode orientar os critérios econômicos da punição. O Poder Punitivo do Estado para chegar a uma indenização eficaz e legítima concebe a quantificação da indenização através de instituto da reincidência²⁵⁸, assim

²⁵⁴ SOUZA, Wendel Lopes Barbosa de. **Punitive Damages nos Estados Unidos e Danos Morais no Brasil**. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Publicações. Obras Jurídicas, 2013, p.355. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc14.pdf?d=636680468024086265>. Acesso em: 29/09/2022

²⁵⁵ A base jurídica está nos artigos 56 e 57 do CDC, tendo o legislador apontado os critérios de graduação: gravidade da infração; vantagem auferida; e condição econômica do fornecedor. (BRASIL, 1990, Arts. 56 e 57)

²⁵⁶ **BRASIL. Decreto Lei. 2181 de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da união. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%202.181%2C%20DE%201993%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.. Acesso em: 25/09/2022.

²⁵⁷ Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL, 1981, Art 14, § 1º).

²⁵⁸ Para a imposição da pena e sua gradação, serão considerados: I - as circunstâncias atenuantes e agravantes; Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes: II - ser o infrator primário; Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes: I - ser o infrator reincidente. (BRASIL.1997, Art. 24).

como no Direito Penal. A análise e aplicação da reincidência é uma grande ferramenta do direito punitivo para dar eficácia ao desestímulo do ato ilícito, e, portanto, nos institutos do direito cuja natureza é punitiva, torna-se imprescindível aplicar a reincidência para se quantificar a pena pecuniária.

Quando o fato violador da norma decorrer de pessoa física para pessoa física, pode-se estabelecer, em primeira análise, uma igualdade de direito²⁵⁹ tomando como base o princípio constitucional da igualdade para apresentar uma hipótese legal que quantifique o valor da indenização punitiva entre relações jurídicas igualitárias. Isso porque, não se torna permissível analisar uma relação entre iguais quando existente alguma forma de vulnerabilidade, como exemplificado, nas relações de consumo. Quando o fato ensejador da norma punitiva advir de uma relação entre particulares a pena deverá ser aplicada de acordo com a capacidade financeira²⁶⁰ do ofensor, que será analisada objetivamente até o limite que não interfira na dignidade da pessoa humana de quem deverá pagar a indenização, evitando sistematicamente que ocorram indenizações desproporcionais capazes de reduzir o ofensor à condição miserável como nos *punitive damages*.

Nas relações jurídicas desproporcionais entre entes públicos e particulares a análise deve ser mais criteriosa. O Estado é quem deveria dar o exemplo de não violar direito inviolável²⁶¹. Nesse cenário ficaria à mercê do poder discricionário da Corte utilizar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a condição de pessoa jurídica de direito público para quantificar a punição. Nas relações de consumo, podem ser aplicadas as regras do Direito do Consumidor, que tem previsão legal para aplicar penas pecuniárias com observância da legislação²⁶².

²⁵⁹ O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42.)

²⁶⁰ Observado o disposto no art. 24 pela autoridade competente e respeitados os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do art. 57 da Lei nº 8.078, de 1990, a pena de multa fixada considerará: IV - a condição econômica do infrator; e (Incluído pelo Decreto nº 10.887, de 2021) V - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção. (BRASIL.1990, Art. 57).

²⁶¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã: Ou Matéria, Forma E Poder De Uma República Eclesiástica e Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 225.

²⁶² **BRASIL. Decreto Lei. 2181 de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da união. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%202.181

5.4 O Parâmetro dos *punitive damages* para aplicação e quantificação da pena

O parâmetro do *punitive damages* não poderia deixar de ser analisado, afinal o instituto já é aplicado de forma velada do Brasil²⁶³. Ademais, não se justificaria afastar a sua maior ferramenta de punição que é a indenização vultosa, que se não desestimula, pune o ofensor de forma contundente e exemplar, dando uma resposta para a sociedade. No direito doméstico oriundo de um país emergente²⁶⁴ não se torna razoável aplicar a pena pecuniária na mesma intensidade dos *punitive damages*,²⁶⁵ até porque, a própria doutrina dos *punitive damages* critica os valores exorbitantes²⁶⁶. Mas também não se justifica utilizar os *punitive damages* para fundamentar as decisões judiciais, se no momento de quantificar a indenização o Estado é freado pelos princípios do Direito Civil, em especial o do enriquecimento sem causa.

Partindo da teoria dos *punitive damages* e sua finalidade social atrelada ao texto Constitucional vigente, já se torna possível traçar um paralelo com a ideia de

%2C%20DE%2020,1993%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.. Acesso em: 25/09/2022.

²⁶³ A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. (SANTOS, 2003, p. 162)

²⁶⁴ COSTA, Sérgio Amad. O Brasil é um País Emergente? O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-brasil-e-um-pais-emergente-imp-,1111177>. Acesso em: 29/09/2022.

²⁶⁵ Situação que ensejou a aplicação do *punitive damage* em 1992 contra a MC Donald's, na qual uma senhora acompanhava o neto e comprou café, só que a bebida derramou sobre suas pernas e nádegas causando-lhe queimaduras de segundo e terceiro grau. A vítima, Sra. Liebeck, ficou internada no hospital por sete dias e mais três semanas em casa em função de sua elevada idade, 76 anos. Ela entrou em contato por carta com a MC Donald's informando que a temperatura do café deveria ser mais baixa e requereu o pagamento de seus custos hospitalares na monta de US\$2,000.00, acrescido do salário que a filha se privou de receber em seu emprego em função da companhia que prestou a mãe. A empresa ofereceu somente US\$800.00, o que foi rejeitado pela vítima que adentrou as vias judiciais pleiteando US\$100,000.00 por *compensatory damage* e o triplo desse valor por *punitive damage*. Ficou comprovado que a temperatura sendo menor poderia ter causado um dano menor à vítima e a empresa foi condenada a indenizar a autora pelo dano sofrido. (SCHREIBER, 2013, p.19)

²⁶⁶ SOUZA, Wendel Lopes Barbosa de. **Punitive Damages nos Estados Unidos e Danos Morais no Brasil**. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Publicações. Obras Jurídicas, 2013, p.355. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc14.pdf?d=636680468024086265>. Acesso em: 29/09/2022.

dano punitivo brasileiro. Primeiro se destaca que ambos os institutos são punitivos²⁶⁷, sendo os *punitive damages* aceitos em 45 Estados norte-americanos e os danos morais punitivos aceitos no Brasil pela jurisprudência. Ato contínuo é possível constatar que ambos os institutos se referem ao dano moral e material e, terceiro porque, ao contrário do *punitive damages* que não tem previsão legal, no sentido taxativo da Lei, a norma Constitucional de 1988 foi inovadora e respeitou o sistema *Civil Law* quando positivou a indenização punitiva no inciso X do art. 5º, ao contrário do instituto norte-americano que não os positivou²⁶⁸, deixando a critério do Direito Consuetudinário autorizar o corpo de jurados²⁶⁹ a decidir se àquela ofensa merece uma punição. Portanto, os institutos são indiscutivelmente idênticos na sua abrangência dos danos morais e materiais punitivos, na sua legalidade e na sua finalidade, bem como no respeito aos seus sistemas.

Há que se constar a passagem de Cavalieri filho (2008, p. 94) para confirmar a natureza punitiva do dano moral, quando define o advento da indenização punitiva ao dispor que “*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 redistribuição)*”.

Consequentemente, se a doutrina e a jurisprudência insistem em afirmar que o dano moral tem caráter punitivo, obedecendo a um duplo viés ressarcitório e

²⁶⁷ Ao acolher a função punitiva da indenização por danos morais, a jurisprudência (em especial o STJ) costuma utilizar três critérios para se chegar a um valor indenizatório: (1) o grau de culpa do ofensor; (2) a condição econômica do responsável pela lesão; e (3) o enriquecimento obtido com o fato ilícito. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23).

²⁶⁸ See *Grimshaw v. Ford Motor Co. (Ford Pinto Case)*, 174 Cal. Rptr. 348 (Cal. Ct. App. 1981) (Tamura, J.), subhead VI. . Punitive damages are a settled principle of common law in the United States. They are generally a matter of state law (although they can also be awarded under federal maritime law), and thus differ in application from state to state. In many states, including California and Texas, punitive damages are determined based on statute; elsewhere, they may be determined solely based on case law. Os danos punitivos são um princípio estabelecido de direito comum nos Estados Unidos. Eles são geralmente uma questão de lei estadual (embora também possam ser concedidos sob a lei marítima federal) e, portanto, diferem na aplicação de estado para estado. Em muitos estados, incluindo Califórnia e Texas, os danos punitivos são determinados com base no estatuto; em outros lugares, eles podem ser determinados apenas com base na jurisprudência. (GRIMSHAW V. FORD MOTOR CO. (1981). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>. Acesso em: 26/02/2022.

²⁶⁹ “O júri tem o poder de impor indenizações que excedam o prejuízo suportado. A indenização se destina não apenas a compensar o lesado, mas também a punir o culpado, a desestimular condutas semelhantes no futuro, e a demonstrar a desaprovação do júri quanto ao ilícito cometido”. Original: *a jury have it in theis to give damages for more than the injury receuved. Damages arre designed not only as satisfaction to the injured peson, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such preceedings for the future, and as proof of detestation of the jury to the action itself*”. (INGLATERRA, HOUSE OF LORDS, 98 End. Rep. 499).

preventivo-pedagógico, de modo a indicar ao agente violador que, no futuro, outra deve ser sua conduta, deve-se adequar a interpretação do dano moral de forma mais coerente com o ordenamento jurídico para não tornar a norma punitiva ineficaz.

O conceito de *pain and suffering*²⁷⁰ que fundamenta os *punitive damages*, está relacionado com a dor e sofrimento como forma de identificar e compensar os danos extrapatrimoniais, o que é identificado também no conceito brasileiro²⁷¹. Assim, atualmente passou-se a investigar a consequência do ato lesivo (dor e sofrimento), como forma de reparar os danos extrapatrimoniais como no Direito Norte-Americano. Esse conceito se assemelha muito mais aos danos morais característicos dos ordenamentos romano-germânicos, que propriamente aos *punitive damages*. Isso porque, a essência dos danos morais desses ordenamentos se relaciona mais com a investigação da dor subjetiva de quem sofreu o dano, do que com a punição do causador do dano.

Na América do Norte os danos extrapatrimoniais foram se destacando dos *exemplares damages*, afastando-se definitivamente a categoria dos danos morais compensatórios da categoria da indenização punitiva como forma de reprimir uma conduta deliberadamente desrespeitosa²⁷². A construção de uma natureza jurídica punitiva dos danos morais se apoia e se consubstancia através da confirmação sancionatória dos danos em estudo:

A sanção tem outro objetivo, diverso do que se refere à equivalência de ordem econômica entre a ação danosa e o evento lesivo. Sua função é a de assegurar o respeito às prescrições da ordem jurídica, que não pode permanecer inerte às transgressões que atentam à dignidade da pessoa. Cabe também a satisfação à pessoa do lesado. Aliás, é esta a função dos *exemplary damages* da *Common Law*. (PEDROSO, 1995, p.174)

Considerando a junção dos elementos normativos e finalísticos da Constituição da República de 1988, atrelados ao modelo norte-americano que trouxe referência à

²⁷⁰ GONÇALVES, Vitor Fernandes, **A punição na responsabilidade civil: A indenização do dano moral e de da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 49.

²⁷¹ “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, 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” (GONÇALVES, 2009, p. 359).

²⁷² GONÇALVES, Vitor Fernandes, **A punição na responsabilidade civil: A indenização do dano moral e de da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 49.

proteção aos direitos fundamentais extrapatrimoniais mediante mecanismos punitivos, torna-se crível absorver a finalidade social dos *punitive damages*, dando a ela uma igualdade jurídica através da norma posta na Constituição de 1988.

5.5 A previsibilidade das condenações por dano moral

5.5.1 A análise econômica do direito

A análise econômica do direito em sentido *stricto* seria uma teoria orientada pela eficiência econômica lastreada no Ótimo de Pareto²⁷³. Em termos mais simples, a Análise Econômica do Direito – em seu sentido mais tradicional – prega a utilização de técnicas de estudo das consequências econômicas das decisões jurídicas, sempre em termos de eficiência alocativa. Magalhães e Pereira (2017, p. 3) contemplam que:

Não raro a análise econômica do direito é vista como um dos movimentos de maior impacto nos estudos jurídicos da atualidade, em especial do direito privado. No Brasil, também denominada de “Direito e Economia” - oriunda do termo *law and economics* - se relaciona de forma bastante íntima com o mercado.

Ao analisar julgados sob a ótica da Análise Econômica do Direito, percebe-se que é mais viável praticar a conduta ilícita e pagar indenizações pré-estabelecidas pelo STJ²⁷⁴ do que realmente pagar uma indenização que desmotive àquela conduta. Neste caso, fazendo um breve exame de quanto fatura uma empresa que negativa o nome de consumidores indevidamente e, deduzindo o valor da indenização previsível,

²⁷³ Ou na variante flexibilizante do critério Kaldor-Hicks, do Ótimo Potencial, onde os ganhos de alguns compensam as perdas de outros. Sobre esse princípio da compensação, também popularizado como *wealth maximization* por Richard Posner, ver MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997, pp. 19–21 e COOTER & ULEN, *op. cit.*, p. 48.

²⁷⁴ Como instância máxima de questionamentos envolvendo legalidade, o STJ definiu algumas quantias para determinados tipos de indenização. Um dos exemplos são os casos de morte dentro de escola, cujo valor de punição aplicado é de 500 salários mínimos. Quando a ação por dano moral é movida contra um ente público, cabe às turmas de Direito Público do STJ o julgamento do recurso. Seguindo o entendimento da 2ª Seção, a 2ª Turma vem fixando o valor de indenizações no limite de 300 salários mínimos. Foi o que ocorreu no julgamento do Recurso Especial 860.705, relatado pela ministra Eliana Calmon. O recurso era dos pais que, entre outros pontos, tentavam aumentar o dano moral de R\$ 15 mil para 500 salários mínimos em razão da morte do filho ocorrida dentro da escola, por um disparo de arma. A 2ª Turma fixou o dano, a ser ressarcido pelo Distrito Federal, seguindo o teto padronizado pelos ministros. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 08/12/2021).

a matemática se torna compensatória, uma vez que, a empresa já tem uma previsibilidade de quanto lucrará com o pagamento daquela indenização²⁷⁵. Através deste raciocínio, destaca-se mais uma referência ao *punitive damages*, pois este é capaz de afastar a previsibilidade da condenação e a Análise Econômica do Direito mais viável para o agente violador da norma, tendo em vista o seu pronunciamento pelo corpo de jurados com alto grau pecuniário, presando pela impossibilidade de valorar a probabilidade de descumprimento de norma fundamental inviolável.

²⁷⁵ Veja como ficaram os lucros dos bancos em 2021, sem ajuste da inflação: Itaú Unibanco (ITUB4): R\$ 24,9 bilhões; Bradesco (BBDC4): R\$ 21,9 bilhões; Banco do Brasil (BBAS3): R\$ 19,7 bilhões e Santander Brasil (SANB11): R\$ 14,9 bilhões. (BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acesso> em 08/04/2022)

6 O DANO PUNITIVO: UMA LEITURA CIENTÍFICA E HISTÓRICA DOS DIREITOS INVOLÁVEIS E SUA FORMA DE GARANTIA DA INVOLABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

6.1 Os direitos fundamentais invioláveis da personalidade e sua inserção no direito Constitucional brasileiro. A análise histórica e cronológica do instituto da inviolabilidade nas Constituições Brasileiras

De acordo com a leitura das 07 Constituições brasileiras é possível extrair que todas elas fazem referencia aos direitos de natureza inviolável. A título de elucidação cabe neste momento iniciar o estudo dos direitos invioláveis com a transcrição dos dispositivos legais que carregam consigo o comando inviolável da norma. Toma-se de partida os artigos 26, 99, 179, VII e XXVII da Carta de 1824²⁷⁶ que frisam:

Os Membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma. (BRASIL, 1824, Art. 26)

Neste ponto, merece destaque o *caput* do art. 26 que afirma a inviolabilidade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo. Para que ocorra o desenvolvimento natural do raciocínio é preciso entender como a norma jurídica garantiria a inviolabilidade do direito ali previsto.

Diferentemente das Constituições de 1824 e 1934²⁷⁷ que apenas elevaram o direito de opinião, palavras e votos do parlamentar a uma condição inviolável, utilizando a ideia de garantir tal inviolabilidade, a Carta de 1988²⁷⁸ inovou a técnica jurídica e completou a norma Constitucional ao definir o meio de inviolabilidade desses direitos, se referindo a esses mesmos direitos ao dispor que: os parlamentares são invioláveis, civil e penalmente por suas opiniões, palavras ou votos no exercício da função. Ou seja, as palavras, opiniões e votos dos parlamentos não podem ser

²⁷⁶ BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 22/09/2022.

²⁷⁷ Os Deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício das funções do mandato. (BRASIL, 1934, Art 31).

²⁷⁸ Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (BRASIL, 1988, Art. 53).

violados porque a lei não autoriza a instauração de processo nesse sentido. Dessa forma, a própria norma garantiu que os parlamentares não podem ser processados por tais atos no exercício do mandato, como não o são, conferindo efetividade normativa ao direito de inviolável de opinião, palavras e votos dos parlamentares, posto que exista uma impossibilidade legal de processá-los²⁷⁹.

Ilustrado com exemplo acima, que reforça uma ligação entre o surgimento de um direito inviolável e sua forma de garantir essa inviolabilidade através da lei, passa-se à análise específica dos direitos invioláveis constantes do Título 8º da Constituição do Império que dispõe: *“Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros da Constituição Política do Império de 1824, temos elegidos alguns direitos de natureza inviolável Constitucional do cidadão”*. (BRASIL, 1824). Razoável destacar que o Título 8º da Carta de 1824 se inicia com a descrição das *“Garantias dos Direitos Civis e Políticos”*, Mas nesse documento histórico não é possível encontrar o mecanismo garantidor que assegure através da lei a inviolabilidade do direito ou da norma. E como essa garantia funcionava na prática? A resposta está na análise do conteúdo da norma do art. 179 e seus incisos, que afirma como se dá a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, abrangendo os direitos civis à liberdade, à segurança individual e à propriedade que tem sua inviolabilidade garantida pelo direito:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. XXVII. O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infracção deste Artigo. (BRASIL, 1824, Art.179)

Citados os direitos civis de natureza inviolável pode-se conduzir o raciocínio em conjunto à análise dos mesmos direitos invioláveis que se repetem nos artigos 72, § 11 e 18 da Carta de 1891, mantendo o domicílio ou a casa do indivíduo como direito

²⁷⁹ O art. 53, § 2º, da CF prevê imunidade formal a Deputados e Senadores, vedando, desde a expedição do diploma, que os parlamentares sejam presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Confere-se uma garantia ao exercício do mandato, imprescindível ao Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 1988, Art. 53, § 2º).

inviolável, utilizando-se do mesmo raciocínio para alcançar o resultado que garante a inviolabilidade:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 11. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode ali penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei. (BRASIL, 1891, Art. 72)

Mas ao definir que a casa é o asilo inviolável, a norma tem que ser capaz de assegurar essa inviolabilidade ou determinar que a lei infraconstitucional faça esse papel garantidor. No caso da inviolabilidade de domicílio, o qual também é tratado na Carta de 1988, esta garantido implicitamente na norma jurídica o poder de autotutela do cidadão, ao determinar que ninguém poderá ali penetrar sem o consentimento do morador, cuja leitura se reduz ao comando legítimo de liberdade de utilização de força proporcional em legítima defesa²⁸⁰. Significa que a própria Constituição autoriza o morador a repelir o ato de injusta agressão à sua moradia para garantir a inviolabilidade do direito inviolável²⁸¹, flexibilizando os direitos violáveis para preservar os invioláveis.

Não é apenas a coerência textual das Constituições do Império de 1824 e da República do Brasil de 1988 que reforçam a separação de direitos violáveis e invioláveis, mas também a própria estrutura dos direitos mais relevantes à época se torna de grande valia para o entendimento que se pretende obter. Trazendo mais consistência à inauguração do tema dos direitos invioláveis, a garantia aqui debatida de autotutela constitucional para a proteção do direito inviolável do domicílio é reforçada por normas infraconstitucionais que autorizam o morador a tomar medidas que, em outra circunstância seriam ilícitas, tais como a legítima defesa²⁸².

²⁸⁰ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. (BRASIL, Lei. 10.406, 2002)

²⁸¹ “A constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana. A casa como asilo inviolável comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza a liberdade das relações familiares (a liberdade de viver junto sob o mesmo teto), as relações entre pais e seus filhos menores, as relações entre dois sexos (a intimidade sexual)”. (SILVA, 2015, p. 201)

²⁸² Diz-se autêntica ou real a legítima defesa quando a situação de agressão injusta está efetivamente ocorrendo no mundo concreto. Existe, realmente, uma agressão injusta que pode ser repelida pela vítima, atendendo aos limites legais. (GRECO, 2013, p.337)

Trazendo um paralelo com o direito atual, a garantia da inviolabilidade do domicílio encontra reforço no Código Penal:

Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

§ 1º – Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência. (BRASIL, 1940, Art. 150).

Para corroborar que é possível repelir a agressão injusta, o caráter inviolável da norma permite a prática de uma conduta ilícita – contrária à lei - para fazer valer um supra direito constitucional que está acima de qualquer outro direito, aponta-se o projeto de Lei 7104/14 que autoriza àquele que tenha seu domicílio invadido, pode, protegido pela legítima defesa, repudiar o crime causando a morte do agente. Ou seja, a pessoa que tiver sua casa invadida, independente do motivo da invasão, poderia matar o invasor e estaria protegido pela excludente de ilicitude, o que reafirma a natureza inviolável da norma que protetora do domicílio e sua forma de garantia.

A constituição de 1934 inaugura a de classificação em “*Direitos e Garantias Fundamentais no seu Capítulo II*”, reafirmando a existência de direitos invioláveis inerentes à liberdade, à segurança e à propriedade. O domicílio continua sendo asilo inviolável, bem como o sigilo de correspondência e, agora a Constituição garante expressamente o direito de propriedade, assegura a propriedade industrial de marcas e seu comércio, além, da ampla defesa em processos judiciais.

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil. 8) É inviolável o sigilo da correspondência. 16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei. 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. 19) É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial. 24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta. (BRASIL, 1934, Art. 113)

O direito de propriedade foi inserido como direito garantido dissociado da inviolabilidade de domicílio. Com a inclusão do direito de propriedade no rol de direitos garantidos, a Constituição apenas se refere à garantia do direito, deixando o Código Civil prescrever como esta garantia será exercida, encontrando, na época, guarida no art. 524 do Código Civil de 1916 que afirma:

A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. (BRASIL, 1916, Art. 524.)

De acordo com a norma infraconstitucional o direito de propriedade é inviolável porque ele estaria garantido pelos atributos da propriedade que são: usar, gozar, dispor, fruir e reaver a coisa de quem a possua injustamente, permitindo ao dono da coisa exercer atos que garantam o seu direito de propriedade. Isso significa que a lei conseguiu garantir o direito de propriedade conferindo ao dono o título da propriedade²⁸³ e, atribuiu ao mesmo a possibilidade de exercer todos os direitos sobre a coisa. Até de mesmo de reaver a coisa de quem lhe possua injustamente para garantir a inviolabilidade da norma.

A propriedade das marcas e sua comercialização foram asseguradas pela Constituição de 1934, mas ainda não havia legislação expressa sobre o tema que garantisse sua efetividade, o qual foi regulado em 1996 através da Lei de Marcas e Patentes (Lei 9279/96²⁸⁴).

A Carta de 1937 suprimiu o caráter inviolável dos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

~~6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvo as exceções expressas em lei;~~ (BRASIL, 1937, Art 122)

²⁸³ Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. (BRASIL, 2002, Art. 1.245)

²⁸⁴ Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei. § 1º Salvo prova em contrário, presume-se o requerente legitimado a obter a patente. (BRASIL, Lei 9.279, 1996)

Em 1946 é redefinido novamente o Estado Brasileiro com a reinserção no Capítulo II “*Dos Direitos e das Garantias individuais*” as normas de caráter inviolável:

A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 6º - É inviolável o sigilo da correspondência § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.

§ 12 - É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária. § 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer. § 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1º do art. 147. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. § 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio. § 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial. (BRASIL, 1946)

Em 1967²⁸⁵ o rol de direitos invioláveis é mantido, mas restrito à propriedade, à crença, à liberdade e à igualdade como nas outras Constituições. Somente em 05 de outubro de 1988 o rol de direitos invioláveis ganhou um novo bem jurídico a ser tutelado pela Constituição. O dano moral, ou melhor: a proteção da vida privada, da honra, da imagem e da intimidade.

O instituto do dano moral como hoje é designado foi inserido na Constituição de 1988 no *Título II* denominado “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*” prevendo em seu *Capítulo I* que regula os *direitos e deveres individuais e coletivos* a norma inovadora e protetora dos direitos da personalidade.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

²⁸⁵ CAPÍTULO IV *Dos Direitos e Garantias Individuais*. Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 9º - São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas. § 10 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer. (BRASIL, 1967)

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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. (BRASIL, 1988, Art. 5º)

Além de manter a inviolabilidade dos direitos das Constituições anteriores, constou no texto Maior de 1988 a proteção de direitos existenciais antes não regulados a nível constitucional. Agora o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem são regulados pela Constituição da República de 1988 sob a condição especial de direito inviolável²⁸⁶.

6.1.1 Significado de “inviolabilidade”

Se o direito (norma) é inviolável, a própria Carta que lhe deu esta condição deve apresentar os caminhos lógicos que levam o intérprete e aplicador da lei a dar efetividade à natureza inviolável do direito. Visto que a palavra inviolabilidade é exaustivamente repetida nos direitos previstos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição da República de 1988, nos resta entender gramaticalmente o que esta palavra representa gramaticalmente e juridicamente.

Inviolável é um adjetivo utilizado para se referir a algo que não consegue e nem se pode violar²⁸⁷. Ou, que não pode ser alvo de violação. Derivada da palavra em latim *inviolabilis* é utilizada pelo Direito para se referir a direitos que não estão sujeitos à ação da justiça, cuja inviolabilidade é garantida pela Lei²⁸⁸.

Inviolável é o direito que foi absorvido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para oferecer àquele direito ou conjunto de direitos, uma

²⁸⁶ 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. (BRASIL, 1988, ART. 5º. X)

²⁸⁷ Inviolável. Dicionário. PRIBERAM, Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/inviol%C3%A1vel>. Acesso em: 29/09/2022.

²⁸⁸ Salomão lembrou que o Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, reiterou a necessidade de que seja assegurada a inviolabilidade do advogado. Ele também apontou que a garantia do sigilo profissional é respaldada pelo artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal. O ministro ainda acrescentou que, assim como a Constituição, o artigo 7º, inciso II, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) estabelece a inviolabilidade do escritório e de documentos, salvo hipótese de busca e apreensão. Da mesma forma, observou, o sigilo profissional tem amparo no artigo 154 do Código Penal e no artigo 207 do Código de Processo Penal, pois a violação do sigilo entre advogado e cliente viola também "o próprio direito de defesa e, em última análise, a democracia". (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2021. RMS. 67105).

proteção especial que assegure ao cidadão se valer de mecanismos legais para assegurar a inviolabilidade normativa e o livre exercício do direito inviolável. Esse formato tem funcionalidade no direito de propriedade, de livre associação, de liberdade de reunião, de sigilo de correspondência, no direito de ir e vir, no direito de petição, dentre outros²⁸⁹.

No caso dos direitos da personalidade, cujo dano não é concreto ou visível a ponto de se diagnosticar juridicamente se aquele dano se adaptaria ao modelo civilista, o legislador utilizou o método punitivo ao invés do método da autotutela como na Roma antiga²⁹⁰, para desestimular comportamentos ilícitos que geram danos morais.

A partir deste entendimento fica mais claro o funcionamento da norma constitucional protetora dos direitos da personalidade. Ou seja, admitindo que os quatro bens jurídicos tutelados absorvidos pela Constituição Federal de 1988 foram elencados como direitos invioláveis, facilitar a sua violação seria um contrassenso com a própria natureza da norma constitucional inviolável. Portanto, a inviolabilidade como algo que não deve, ou não pode ser violado deve ter relevância na leitura do intérprete da norma.

6.1.2 Significado de “assegurados”

Como analisado frequentemente, o art.5º, X, da CF/88²⁹¹ utiliza os termos “invioláveis” e “assegurados,” ao se referir aos direitos e à indenização pecuniária punitiva. Constantes no dispositivo legal, temos que: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”. Pois bem, necessário,

²⁸⁹ BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01/07/2021.

²⁹⁰ (...) havia pena pecuniária para certos danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, a condenação penal injusta. Também em Roma se admitia a reparação por danos à honra, mas, a exemplo dos Códigos de Hamurabi e Manu, a sanção era aplicada a certos fatos, e não genericamente. (SILVA, 1969, p. 253)

²⁹¹ 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. (BRASIL, 1988, ART. 5º. X)

portanto, fazer a análise conjuntiva da norma interligando o adjetivo inviolável com o adjetivo “assegurado” (BRASIL, 1988, do art. 5º, X).

A palavra “assegurada” significa algo que se confirmou. É um adjetivo que decorre do verbo transitivo direto “assegurar”, o qual significa garantir, tornar seguro ou infalível²⁹². Partindo da confirmação dos significados das palavras apostas na norma inviolável, constata-se que algo que se confirmou (violação do direito) e ao mesmo tempo, que algo é assegurado (a indenização), resta estruturar o referido dispositivo legal de forma coerente.

Primeiro com uma análise literal: art. 5º. 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”* (BRASIL, 1988, do art. 5º, X). Agora, com o destaque da gramática acima exposta: São invioláveis: Não se pode violar a norma proibitiva. Caso violado estará assegurado o direito de indenização. Essa é a primeira leitura que fazemos no dispositivo constitucional de forma gramatical para exprimir todo o conteúdo da norma jurídica e destacar que nesta norma as palavras: invioláveis e assegurado, merecem evidência, pois criam um contexto diverso do Direito Civil.

6.2 A leitura dos direitos e garantias fundamentais sob a ótica da doutrina

Para alcançar o resultado pretendido de reestruturar o entendimento sobre o dano moral e conceitua-lo de forma objetiva, contrariando o que é publicado pela doutrina e confirmado pela jurisprudência, tece-se uma moldura onde se concentra a base doutrinária dos direitos e garantias fundamentais. José Afonso da Silva (2003) se refere aos direitos e garantias fundamentais da seguinte forma:

O art. 5º da Constituição arrola o que ela denomina de direitos e deveres individuais e coletivos. Não menciona aí as garantias dos direitos individuais, mas estão bem lá. O dispositivo começa enunciando o direito de igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Embora, seja uma declaração formal, não deixa de ter sentido especial essa primazia ao direito de igualdade, que, por isso, servirá de orientação ao interprete, que necessitará de ter sempre presente o princípio da igualdade na consideração dos direitos fundamentais do homem. Em sequência, o dispositivo assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do

²⁹² AURÉLIO. Buarque de Holanda Ferreira. **Dicionário Da língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1988, p. 47.

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos incisos que integram o artigo. (SILVA, 2003, p. 189).

Da citação exposta é possível extrair um conflito através de uma interpretação gramatical e teleológica da norma constitucional. Afinal, descobre-se que a expressão: “assegurar a inviolabilidade de direitos invioláveis” não consta na norma por acaso quando se faz uma interpretação gramatical e finalista²⁹³. Isso porque, gramaticalmente a norma comporta a proteção do direito como inviolável e assume para si o compromisso de assegurar ou garantir a inviolabilidade daqueles direitos.

Ainda trabalhando com os ensinamentos de Silva (2003) pode-se exprimir da sua narrativa que descreve a segunda parte do dispositivo constitucional, mais um conflito interpretativo que não condiz com a gramática aposta na norma jurídica, e tão pouco com a finalidade pretendida pelo legislador da Constituição Cidadã:

Na verdade, essa segunda parte do dispositivo mantém uma tradição obtusa e inadequada. Não tem sentido dizer só nesse artigo que a Constituição assegura aos brasileiros os direitos ali indicados, pois ela é feita para o Brasil e para os brasileiros, exatamente para assegurar-lhes todos dos direitos nela positivados. (SILVA, 2003, p. 189).

No que se refere ao asseguramento ou garantia de direitos, não se verifica uma explicação de como se dá na prática essa segurança, constando que a norma jurídica é obtusa, ou desprovida de inteligência. Nesse caso, partindo da premissa de que algo inviolável deve ter alguma garantia da inviolabilidade, os argumentos postos pelo autor não se sustentam.

Continuemos a análise constando que a narrativa afirma, e ao mesmo tempo desafia a garantia da inviolabilidade dos direitos fundamentais:

O artigo assegura “a inviolabilidade do direito à vida nos termos seguintes (...)” mas, nos termos seguintes, constantes dos incisos e parágrafos, nada mais se diz sobre a vida, a não ser da inviolabilidade da vida privada, que não é direito à vida, mas direito à privacidade. Em muitas outras observações se poderiam fazer à obtusidade que se configura nessa segunda parte do caput em nome de uma tradição que, desde a Constituição de 1934, perdeu em razão de ser, porque, de lá pra cá, outros direitos fundamentais foram acolhidos e reconhecidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, além dos individuais e suas garantias. A Constituição garante a inviolabilidade dos direitos referidos, mas não é nisso que se encontram as garantias individuais, que ela não menciona na

²⁹³ Savigny, jurista alemão do século XIX, estabeleceu um sistema interpretativo, baseado em alguns métodos, quais sejam: método gramatical, sistemático, histórico, sociológico, teleológico ou finalista. (MAXIMILIANO, 2003, p. 68)

rubrica do capítulo, como fazia as anteriores. Mas essas garantias estão entre os direitos arrolados, melhor sistematizadas desta vez. (SILVA, 2003, p. 190).

Entendido, pois, que a Constituição assegura a inviolabilidade do direito à vida e a inviolabilidade da vida privada, nada mais se analisa sobre tais direitos. Em momento posterior resta afirmado que a Carta de 1988 garante a inviolabilidade dos direitos fundamentais e que tais garantias estão espalhadas entre os direitos arrolados. Dessa afirma que a Constituição garante e assegura a inviolabilidade dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição da República de 1988. Ao explicar o conceito de garantias fundamentais, Silva (2003) aponta que as garantias são os mecanismos de se fazer valer um direito fundamental inviolável, trazendo luz para a realidade que se pretende obter:

O leitor verificará ali, em suma, que os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens. (SILVA, 2003, p. 411).

Mas como são aplicadas as garantias fundamentais? Ao descrever em sua tabela²⁹⁴ elucidativa, o autor acerta o ponto que se pretende demonstrar, qual seja, de que cada norma inviolável tem uma garantia específica:

DIREITOS	GARANTIAS
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:	XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
(liberdade geral de ação)	II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
(Direito à vida e à integridade física e moral)	III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;	V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos (liberdade de religião)	garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
VIII - por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política,	ninguém será privado de direitos, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal

²⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 413.

	a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;	Independente de censura ou licença
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

Utilizando o ponto que merece destaque (art.5º, X da CR/88) o autor encontra sucesso ao separar a premissa maior da norma jurídica²⁹⁵ e sua sanção asseguradora como método punitivo e protetivo da própria norma²⁹⁶. Contudo, a tabela se reserva a esclarecer efetivamente como funcionam as garantias dos direitos individuais, se limitando apenas às garantias da legalidade penal, administrativa e tributária, da proteção judiciária, da estabilidade dos direitos subjetivos, da segurança, dos remédios constitucionais e ponto. Não se verifica remissão à garantia indenizatória por violação de direito inviolável. O que faz com que se encerre o assunto neste momento, posto que prescindirá de uma análise interpretativa do Direito.

6.3 Analisando os direitos e garantias fundamentais invioláveis sob a luz da interpretação gramatical e teleológica da Constituição

Interpretar serve para esclarecer ou explicar por outras palavras, o exato sentido do escrito e não deve ir além da intenção objetivamente positivada²⁹⁷. Deve a interpretação pender mais para a validade do que para a anulação do que se interpreta. Segundo Dworkin (2007, p. 24), “as regras devem ser aplicadas de modo *“tudo ou nada”*”. Ou seja, caso seja reconhecida a validade e aplicabilidade de uma regra ao caso concreto, está sumariamente excluí a aplicação de outras normas ao mesmo caso. Desse modo, o conflito entre regras jurídicas será solucionado pela identificação de qual regra permanece válida ou não no ordenamento jurídico.

Dentre os métodos de interpretação, a interpretação lógica é aquela que se leva mediante a perquirição do sentido das diversas locuções e orações do texto legal, e

²⁹⁵ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. (SILVA, 2003, p. 413).

²⁹⁶ *Idid*, 2003, p. 413

²⁹⁷ COSTA, Carlos Henrique Generoso. **A interpretação em Ronald Dworkin**. Brasília: Revista CEJ, Ano, XV, nº. 55, 2011. p. 96.

nessa conexão sempre se baseia os meios fornecidos pela interpretação gramatical²⁹⁸. De acordo com Faria e Rosenvald (2020, p. 18) a interpretação gramatical ou literal é a “*técnica realizada através das regras de linguística, analisando o texto normativo pelas regras gramaticais, buscando o seu sentido filológico*”.

Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quisera tornar eficiente, converter em realidade o objetivo idealizado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito, quando assim não se procedia, construíam a obra do hermeneuta sobre o processo gramatical. Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística e por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica²⁹⁹.

Partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais são objeto de análise hermenêutica; de que além de direitos fundamentais estes são invioláveis; de que além de invioláveis, são direitos da personalidade e, por fim, existe na norma o asseguramento desses direitos que traz coerência gramatical com o sistema punitivo,³⁰⁰ nada mais legítimo do que iniciar a interpretação pela forma gramatical.

A primeira parte da interpretação aponta gramaticalmente quatro direitos da personalidade protegidos pela Constituição, quais sejam: a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem. A relação dos direitos que são fundamentais e invioláveis nesse caso é restritiva, justamente para se valer de o instituto da tipicidade³⁰¹ e não aplicar uma punição desregulada que punisse diversas condutas abertas como nos dias atuais.

Os direitos considerados da personalidade estão descritos no Código Civil em título próprio, mas os invioláveis são aqueles direitos típicos outorgados na Constituição da República de 1988 com fim de elevar o princípio da dignidade

²⁹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 100.

²⁹⁹ *Ibid*, 2011, p. 157

³⁰⁰ São invioláveis os direitos ali previstos sob pena de punição pecuniária. (BRASIL, 1988, Art. 5º, X)

³⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305.

humana³⁰², não permitindo sequer violação a esses direitos sob pena de punição pecuniária como se lê na norma³⁰³.

Para dar eficácia à condição de proteção extraordinária dos direitos selecionados no art.5º da Constituição da República de 1988, o texto da norma jurídica garante³⁰⁴ a inviolabilidade dos direitos mencionados e ao mesmo tempo determina a forma de garantir a inviolabilidade desses direitos aplicando uma punição indenizatória com finalidade desestimulante³⁰⁵. Reparemos que a Constituição da República trabalha com dois verbos³⁰⁶ no seu art. 5º: violar e garantir, sendo que a própria norma garante que, caso ocorra um ato ilícito *lato sensu* (violar direito) decorre automaticamente uma punição indenizatória, por não ter como quantificar o dano moral ou mesmo comprovar o dano nas regras do direito civil³⁰⁷. Nessa breve interpretação destaca-se: a literalidade e a gramaticidade da norma. Ora, se o bem jurídico fosse inviolável, fisicamente não seria violado.

Entretanto, como o comando normativo se refere à inviolabilidade da norma jurídica, determinado que os receptores da norma não a violem porque tem uma condição inviolável, essa norma poderia até ser violada, mas não de forma

³⁰² O homem passou a ser encarado como centro da sociedade, como elemento principal do ordenamento jurídico, sempre protegido pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2003, p. 174)

³⁰³ 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 (BRASIL, 1988, Art. 5º, X).

³⁰⁴ 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: 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; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XXII - é garantido o direito de propriedade; XXX - é garantido o direito de herança. (BRASIL, 1988)

³⁰⁵: “A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (artigo 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (artigo 5o, incisos V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental”. (SILVA, 2000.p. 201)

³⁰⁶ Assegurar. Verbo: *Transitivo direto e bitransitivo*. tornar seguro; assegurar. (AURÉLIO, 1988, p. 47)

³⁰⁷ A impossibilidade de reparação pecuniária, a que se refere a terceira objeção, está superada. Com efeito, não se trata, na hipótese, de estabelecer a equivalência para ressarcir o prejuízo. Este é inestimável por se referir a valores da pessoa. A idéia de quantificação é estranha ao mundo dos valores. (PEDROSO, 1995, p. 174)

indiscriminada, caso se apresente na mesma norma uma punição. A gramaticidade informa que no texto legal existem verbos e adjetos que elevam à norma jurídica ao patamar de proteção ou limitação de violar direito fundamental inviolável, assegurando-se uma indenização por danos morais e materiais decorrentes do ato antijurídico. Significa dizer que o mero descumprimento da premissa gera ato ilícito típico do direito punitivo (contrário à lei), com uma sanção determinada em forma de indenização³⁰⁸, quando se coloca luz sobre os elementos gramaticais da norma.

No que diz respeito à interpretação finalística ou teleológica o resultado também é positivo, uma vez que abre caminho para a aplicação de pena pecuniária nas relações jurídicas morais, sem resvalar em institutos específicos do direito privado limitadores da reparação, o que é buscado intensamente pela doutrina e jurisprudência quando da aplicação das suas mais diversas teorias. ´

A partir do momento em que a Constituição encampa dispositivos legais específicos de diversas áreas do direito e dá a eles uma condição especial inviolável, busca a todo o momento preservar os direitos contidos no *caput* do art. 5º da Constituição da República de 1988, quais sejam, “*garantir aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*” (BRASIL, 1988, art. 5º). A finalidade desestimulante é interceptada através do conjunto de direitos contidos no *caput* do art. 5º que têm uma finalidade social que a norma pretende obter para resguardar esse conjunto de direitos invioláveis o asseguramento do princípio da dignidade da pessoa humana, o que foi possível extrair com a interpretação gramatical e teleológica ora exposta que abriram caminho para a finalidade social que se busca, qual seja, desestimular as condutas violadas da honra.

6.4 A norma punitiva decorrente de violação a direitos fundamentais da personalidade sob a luz da Ciência do Direito em Kelsen

³⁰⁸ A sanção tem outro objetivo, diverso do que se refere à equivalência de ordem econômica entre a ação danosa e o evento lesivo. Sua função é a de assegurar o respeito às prescrições da ordem jurídica, que não pode permanecer inerte às transgressões que atentam à dignidade da pessoa. Cabe também a satisfação à pessoa do lesado. Aliás, é esta a função dos *exemplary damages* da *Common Law*. (PEDROSO, 1995, p.174)

A Ciência Jurídica representa uma interpretação normativa dos fatos, que de acordo com Kelsen se resume em:

Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que hão-de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas, entre os fatos por elas determinados. (KELSEN, 1996, p. 80)

Considerando cientificamente que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas reunidas por um elemento unificador, ou seja, com regras e princípios do direito de um Estado, dotada de unidade, coerência e completude, esse sistema,³⁰⁹ deve seguir uma estrutura piramidal hierárquica, fazendo com que as normas superiores e inferiores se respeitem de modo vertical.

Aplicando uma separação fundamental situando as normas constitucionais no topo da pirâmide, tem-se, portanto, regras e princípios constitucionais próprios, devendo as normas infraconstitucionais seguir suas regras e se submeter aos princípios e as normas mais elevadas. Significa dizer que a norma constitucional não deve se adequar às normas infraconstitucionais porque a constituição se coloca no vértice da pirâmide. Neste sentido:

A Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que elas o reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às normas jurídicas (SILVA, 2006, p. 45)

A norma constitucional que deu origem³¹⁰ ao dano moral no Direito Brasileiro está sendo analisada pela doutrina e pelos tribunais sem a observância da Ciência do Direito e utilizada inadequadamente pelo Direito Privado que impõe limites ao instituto da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito absoluto, afetando a eficácia dos

³⁰⁹A pirâmide de Kelsen é uma teoria criada por um “jurisfilósofo” chamado Hans Kelsen, e está baseada no princípio da hierarquia existente entre as normas legais, atribuindo ao topo dessa pirâmide a norma maior, que é a Constituição Federal, seguida das Leis Complementares e assim por diante. (KELSEN, 1934).

³¹⁰ Art. 5º, 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 (BRASIL, 1988).

comandos normativos da Constituição e suas normas garantidoras autônomas. Partindo da premissa da existência de direito fundamental contido na norma, este pode ser definido como um direito inerente à pessoa humana e essencial à vida digna³¹¹. Ou seja, direitos essenciais na prática, não deveriam ser violados por estarem elevados a uma condição de inviolabilidade dos direitos fundamentais em respeito à promoção do princípio da dignidade humana.

Traçando uma comparação entre a norma jurídica constitucional e a norma jurídica civil, destaca-se que: violar direito fundamental inviolável garante-se uma indenização por danos morais e materiais. Isso significa que o mero descumprimento da premissa gera ato ilícito (contrário à lei) com uma sanção determinada em forma de indenização. Já a norma Civil, além de ser infraconstitucional, afirma que o ato ilícito puro depende de uma ação ou omissão, da violação do direito e do dano. Existe um conjunto sistemático que define o ato como ilícito.

No que se refere ao ato ilícito do dano exclusivamente moral que é citado ao final do art. 186 do Código Civil (2002), temos: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”* nota-se que essa expressão “ainda que exclusivamente moral” foi inserida no código civil de 2002 sendo a única referência do dano moral encontrada na Lei civil. Dessa forma, torna-se possível entender que o dano moral é tipificado na Constituição da República e o Código Civil adequou seu modelo de ato ilícito absorvendo uma nova classificação, qual seja, o ato ilícito *lato sensu*, deixando o ato ilícito puro manter seu papel reparador dentro do sistema civilista.

Fazendo uma leitura constitucional, a violação de direito fundamental inviolável já reflete a ideia de um dano exclusivamente moral, ou melhor, denota o sentido de violação da norma moral que não teve reflexo em um dano material. Portanto, o dano é exclusivamente moral. E sendo o dano exclusivamente moral, o ilícito que gerou o dano redundava no descumprimento de direito inviolável, formando um silogismo Aristotélico³¹². Logo, significa dizer que o dano exclusivamente moral já é a violação

³¹¹ (...) guarda relação com os ideais de liberdade e com os direitos inerentes à pessoa humana. Significa isso que, num primeiro momento, identificam-se apenas expectativas de direitos e normas politicamente declaradas (escritas). Depois, a positivação constitucional contribui para que os direitos deixem de ser simbolicamente fortes para ser normativamente aceitos e respeitados. (MIRANDA, 2012, p. 28)

³¹² CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 5ª ed. São Paulo: Ática, 1995, p.187.

do próprio direito como ato ilícito (norma), motivo pelo qual não depende da exteriorização ou prova do dano.

Reafirma-se que a estrutura da norma constitucional é completa ao passo de que a configuração de violação do direito fundamental é uma espécie de ato ilícito dissociado dos pressupostos do ato ilícito puro direito civil que é aplicado na responsabilidade civil reparadora. Logo, fazendo a releitura analítica do dispositivo elementar do ao ilícito puro, chegar-se a conclusão de que o ato ilícito pode ser desmembrado em ato ilícito civil puro que gera responsabilidade civil reparatória e ato ilícito *lato sensu*, porque a norma moral faz remissão a esse último delimitando qual é o ato ilícito que fundamenta ou traz nexos com a indenização por dano moral. Qual seja aquele que decorre de mero cumprimento de norma. Denota que a norma constitucional está completa e já prevê a conduta e a sanção³¹³ referente à violação dos quatro direitos ali previstos, regulando por completo o instituto punitivo do dano moral e material decorrentes de violação de direitos fundamentais invioláveis.

Noutro giro, a Constituição da República de 1988 quando invoca para si o instituto do dano moral como direito inviolável passível de punição, o Direito Civil não teria aplicação imediata, porque a norma já está completa e se encontra no topo da pirâmide. O Direito Civil atuaria de forma secundária porque observaria somente a violação do direito (norma) para configurar a reponsabilidade do ofensor, não com fundamento no ato ilícito puro que segue o padrão reparatório por exigir o dano, mas no ato ilícito *lato sensu* ou exclusivamente moral, sendo esse decorrente de violação da norma e que assegura a indenização.

Para reforçar que não se aplicam no conceito e na quantificação do dano moral e material decorrentes de violação de direitos invioláveis às regras ordinárias do ato ilícito absoluto, testou-se a teoria da norma jurídica de Hans Kelsen nas fontes legislativas objetos da análise, chegando à resposta³¹⁴ de que a sanção é mera consequência, simples resultado de uma posição perante o direito. Ou seja, cumprida a norma não há possibilidade de sanção como determina a Constituição.

³¹³ Norma jurídica primária e secundária in: Teoria Pura do Direito. Se “A” é, deve ser “B”; se não “B”, dever ser “C”. (KELSEN, 1934, p. 30).

³¹⁴ BARBOSA, José Olindo Gil. **A norma em Kelsen: a sanção como fundamento da norma**. Revista Jus vigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4696, 10 maio 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44659>. Acesso em: 17 mar. 2022.

Aplicando a teoria da estrutura da norma jurídica de Kelsen no art. 2º do Código Civil, constatou-se que as normas descritas se destacaram como outorgativas, integrativas, promocionais, programativas, não se sobressaindo como normas jurídicas completas pela ausência da sanção. Já a norma constitucional preencheu a dualidade de imposição e coação³¹⁵ (sanção), posto que, apresentou a fixação de um condicional ato de coação por parte de um órgão judicial para o caso de violação dessa norma, conquanto a conduta estabelecida para cumprimento dos preceitos é denominada de norma jurídica secundária é que se sobressai à afirmação de que é assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação da norma, apresentado a indenização como um direito assegurado.

Verifica-se na análise da norma jurídica que, quando ela prescreve uma sanção a um comportamento este comportamento será considerado um delito civil, penal ou constitucional. O seu oposto, o comportamento que evita a sanção, será um dever jurídico. A sanção, portanto é a segurança jurídica dessa concretização de um sistema punitivo de direito constitucional, que eleva à pessoa humana a nível superior dentro da própria Carta Magna, criando um sistema de direitos invioláveis que se difere de qualquer outro sistema constitucional ou infraconstitucional por se inviolável. Logo, significa que o conceito de dever jurídico é determinado com base na norma primária: “um ser humano está obrigado a determinado comportamento (não violar direitos da personalidade expressos) na medida em que o oposto desse comportamento é estabelecido na norma jurídica como condição para um ato de coação qualificado como consequência do ato antijurídico”³¹⁶ como: não violar direito fundamental inviolável. Se violado. Punição indenizatória assegurada.

Pedroso (1995, p. 174) ao tecer críticas à teoria da reparação por dano moral, complementa:

(...) referente à incerteza do direito violado, basta considerar que a configuração desse direito é simples problema de subsunção. O dano moral é a violação de um bem jurídico normativamente previsto no ordenamento jurídico, ao reconhecer aos membros da comunidade, direitos subjetivos extrapatrimoniais, tipifica os elementos necessários à sua configuração. É questão de tipicidade. Logo, o direito violado não é incerto. O desvalor do

³¹⁵ *Ibid*, p. 104.

³¹⁶ *Ibid*, p. 46.

injusto não pode ser relegado pela ordem jurídica. Sua estrutura despenda do sistema jurídico.

É o que se pode extrair de modo científico do julgado da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça confirma o exposto:

DIREITO CIVIL. DANO MORAL. OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANO IN RE IPSA. Sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta. REsp 1.292.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.

Aplicando uma análise científica no acórdão pode-se extrair o comando normativo primário: *“onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano”*. Em seguida, diz: *Sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral*.

Ora, estar-se diante da mais pura estrutura da norma jurídica criada por Hans Kelsen e sua confirmação pelo STJ. O acórdão foi categórico ao afirmar que a simples violação do direito constitucional acarreta por consequência uma compensação (leia-se: indenização). Traduzindo de forma científica: se “A” é, deve ser “B”; se não “B”, dever ser “C”. Em julgado da mesma Corte é possível encontrar elementos de aplicação da norma secundária no direito à imagem quando se afirma na ementa: dano moral; cabimento; prova; desnecessidade. Vejamos:

Direito à imagem. Modelo profissional. Utilização sem autorização. Dano moral. Cabimento. Prova. Desnecessidade. Quantum. Fixação nesta instância. Possibilidade. Embargos providos. I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não. III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à

divulgação. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 230.268-SP (2001/0104907-7) Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2009.

A desnecessidade de prova em processos que envolver violação dos direitos fundamentais da personalidade é patente. Primeiro, porque não é possível comprovar os danos morais³¹⁷ e segundo porque a norma punitiva por sua natureza dispensa a prova do dano, bastando apenas à conduta violadora da norma³¹⁸, o que permite dizer que os danos punitivos (moral e material) estão literalmente previstos na Constituição da República como norma protetora e garantidora dos referidos direitos invioláveis, com intuito de assegurar a finalidade maior de proteção da pessoa humana.

6.5 O surgimento dos danos punitivos no Brasil

Os danos punitivos surgem no Direito Brasileiro em 05 de outubro de 1988 com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Esses danos não se confundem com o dano moral no sentido de exteriorização ou manifestação do dano por se tratarem de questão de tipicidade³¹⁹.

Com origem na proteção de valores do ser humano desde o seu surgimento positivo no Código de Hamurabi (1792-1750 a. C.)³²⁰, a honra já era objeto de proteção do direito mediante aplicação de penas que buscavam uma punição equivalente ao dano sofrido, o que gerou o conhecido axioma “*olho por olho, dente por dente*” representado pela Lei do Talião e que consta dos parágrafos 196, 197 desta e no art. 200 do Código de Hamurabi³²¹. Posteriormente, o Código de Manu

³¹⁷ Não há que se cogitar de prova do caráter atentatório à dignidade, inerente ao dano moral. (PEDROSO, 1995, p. 174)

³¹⁸ O dano moral é a violação de um bem jurídico normativamente previsto no ordenamento jurídico, ao reconhecer aos membros da comunidade, direitos subjetivos extrapatrimoniais, tipifica os elementos necessários à sua configuração. É questão de tipicidade. (PEDROSO, 1995, p. 174)

³¹⁹ PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. **A reparação do dano moral**. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 90, p.174 Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67294/69904>. Acesso em: 29/09/2022.

³²⁰ Se um homem livre estendeu o dedo contra uma sacerdotisa, ou contra a esposa de um outro e não comprovou, arrastarão ele diante do juiz e raspar-lhe-ão a metade do seu cabelo” (BABILÔNIA, 1772, a.c, §127)

³²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 7: responsabilidade civil. -24. ed.- São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11.

apresentou registros de proteção à honra mediante aplicação de punição pecuniária³²².

Quanto à legislação em si, Costa (2009, p. 61) expõe que “a *Lei das XII Tábuas* foi a primeira legislação escrita naquele país e que na mesma, observa-se que nos seus § 2º e § 9º já existia, primariamente, a possibilidade de reparação por dano moral.” Divergindo da leitura de Elder Costa, o § 2º e § 9º da Tábua VII, da Lei das XII tábuas descreve no título “Dos Delitos” que: “se alguém causar dano, que o repare” e “Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses” (ROMA, 451 a.c, VII). Neste caso se sobressai o §10 da Tábua VII que aponta a proteção da honra e determina o modo de punição: “se alguém difamar outrem com palavras ou cânticos, que seja fustigado” (ROMA, 451 a.c, §10, VII). Isto aponta que a Lei das XII Tábuas não faz menção ao dano moral, mas à ofensa da honra e sua forma de punição mediante chibatadas.

Retomando o raciocínio de que a honra como um valor se torna objeto de proteção jurídica através de meios punitivos, o Brasil, até 05/10/1988 não tinha previsão legal de proteção da honra como direito da personalidade,³²³ o que somente veio a acontecer após a promulgação da Constituição. Nessa conjuntura, de que honra se tornou um bem jurídico tutelado e os direitos da personalidade eram existentes³²⁴ por se tratar de direitos inatos, mas sem previsão positiva no Código Civil de 1916, a jurisprudência na década de 1960 inaugura os entendimentos que dão ensejo às condenações por dano moral através da súmula 491 de 1969 que afirma: é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado³²⁵.

³²² (...) havia pena pecuniária para certos danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, a condenação penal injusta. Também em Roma se admitia a reparação por danos à honra, mas, a exemplo dos Códigos de Hamurabi e Manu, a sanção era aplicada a certos fatos, e não genericamente. (SILVA, 1969, p. 253)

³²³ O Código Civil de 1916 não contemplou normas protetiva dos direitos de personalidade, conceituados pela doutrina clássica como aqueles relacionados à vida, à liberdade física ou intelectual, ao nome, ao corpo, à imagem e àquilo que o indivíduo crê ser sua honra, reputados como inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. (RODRIGUES, 1996, p. 81)

³²⁴ O conceito que se tinha era que toda pessoa detinha personalidade, ou seja, a aptidão para os atos da vida civil. Nesta estrutura o conceito de personalidade esteve atrelado a ideia de prática dos atos civis no CC16. (MIRANDA, 2000, p. 150.)

³²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2009, p. 52

A partir deste momento a doutrina civilista e a jurisprudência se esforçam para tentar adequar o Direito Civil reparador ao resguardo do campo de direitos extrapatrimoniais morais que não eram contemplados pelo método da responsabilidade civil reparatório por sua própria natureza. Assim os Tribunais à época entenderam que os danos extrapatrimoniais não eram indenizáveis gerando uma busca pela solução da reparação dos danos morais. Citando o Recurso Extraordinário nº 11.786³²⁶, assim ficou entendido:

“Não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material”. Ou seja, não se compensavam, no Brasil, os danos morais, apenas os danos patrimoniais seriam indenizáveis. (BRASIL. STF, 1950)

Correta a Corte ao entender que os danos morais não são indenizáveis, mas na forma civil-reparatória, porque o direito privado não comportaria uma indenização punitiva naquela época por inexistir a norma constitucional autorizadora.

Chega-se ao momento atual em que a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a possibilidade, não de dano moral, mas à norma positiva de ofensa a direito fundamental da personalidade inviolável, que assegura a indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação com intuito de promover de fato o princípio da dignidade da pessoa humana³²⁷.

E é bem aqui que sobressai o marco teórico do problema do dano moral. Como a doutrina e a jurisprudência se esforçavam para resolver o problema da reparabilidade da indenização civil através do conceito do dano que são estranhos às ciências sociais, passou-se a perquirir esse dano com as ferramentas ofertadas pelo Direito Civil. Mas sem sucesso como se observou no relato dos problemas anteriores, porque a norma civilista que determina os pressupostos do ato ilícito absoluto tem natureza reparatória ao exigir a configuração do dano e, tentar alterar esse sistema significaria alterar toda a interpretação do sistema jurídico civilista que é composto de princípios que limitam a própria responsabilidade civil decorrente de ato ilícito puro à

³²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE.11.786. 1950. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 22/03/2022.

³²⁷ O homem passou a ser encarado como centro da sociedade, como elemento principal do ordenamento jurídico, sempre protegido pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2003, p. 174)

extensão do dano, fazendo com que o problema, em tese resolvido, se reflita noutro problema de quantificação, e assim por diante devido à incompatibilidade de sistemas punitivos e reparatórios.

Ao invocar para si direitos de extrema relevância, a Constituição define que todos os direitos previstos no art. 5º têm tratamento especial, e, portanto, não devem ser reduzidos à lei infraconstitucional. O que está na Constituição deve permanecer na Constituição. É o principal pilar do Direito a hierarquia das normas jurídicas. Respeitando a hierarquia da norma jurídica é possível tecer o raciocínio de que o surgimento dos danos punitivos no Direito brasileiro se deu com a inserção do art. 5º, incisos, V e X da Constituição da República de 1988, quando a norma positiva constitucional resolveu o problema da jurisprudência que não conseguia encontrar mecanismos de indenização no Direito Civil para justificar o *quantum indenizatório*, passando a regular de forma legítima a inviolabilidade dos direitos e sua punição. Mas esse comando normativo não foi assim entendido pela doutrina ou pelos Tribunais, fazendo com que a norma punitiva constitucional fosse uma mera afirmação da existência dos danos morais no Brasil³²⁸.

6.6 A classificação dos danos punitivos

Os danos punitivos decorrem da violação da norma inviolável³²⁹ e, portanto, se dividem em duas espécies: dano moral e dano material decorrente de violação de preceito fundamental inviolável.

6.6.1 O dano moral punitivo

O dano moral punitivo tem natureza *in re ipsa* e decorre da violação da norma constitucional inviolável³³⁰. Esse tipo de dano foi inserido na Constituição com

³²⁸ SILVA, Fernanda Cristina Campolina e, **A Lógica da Exemplaridade e a desnecessidade de Aplicação dos Punitive Damages no Brasil**. 2017, p.24. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade católica de Minas Gerais, 2017.

³²⁹ 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. (BRASIL, 1988, Art 5º, X).

³³⁰ PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. **A reparação do dano moral**. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 90, p.174 Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67294/69904>. Acesso em: 29/09/2022.

natureza punitiva porque a Ciência Social não é a ciência capaz de definir o que seria o verdadeiro dano moral que fosse possível quantificar para atender os preceitos do ato ilícito absoluto. Este processo científico caberia às Ciências Físicas e Biológicas. Nota-se que a doutrina³³¹ se esforçou bastante para tentar conceituar o dano moral, mas os critérios são tão subjetivos que o Direito Civil como ciência social de comportamentos não é capaz de objetivar aquela norma, caso se parta da definição do dano para justificar uma indenização que prescinde de prova. Desta forma, o dano moral punitivo é aquele que decorre diretamente do ato contrário à lei.

6.6.2 O dano material punitivo

O art. 5º X da Constituição da República de 1988 afirma que “*são invioláveis o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*” (BRASIL, 1988, art. 5º, X). Significa que a violação do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem da pessoa, assegura-se uma indenização por dano material ou moral decorrentes da violação da norma, e não do sentimento do ofendido. Portanto, caso violada a norma que tutela à privacidade como, por exemplo: adentrar no celular de uma pessoa sem autorização e divulgar fotos íntimas, consequentemente gerar-se-ia o ato ilícito exclusivamente moral. O qual não é possível de ser conceituado pela Ciência Sociais³³², mas que é possível de ser reprimível pela norma punitiva oriunda da Ciência do Direito. Ainda no mesmo exemplo, caso o ofensor se utilizasse também da imagem colhida no celular para fins publicitários e esse se refletisse em um prejuízo material para a vítima, o dano material seria aplicado de forma reparatória e punitiva, em duas fases, sendo o método reparatório decorrente do ato ilícito puro com observância do art.944 do Código Civil para o dano material e o método punitivo com observância e do art.5º, X da CF/88 como garantia de punição pela violação da norma que causou o dano material.

³³¹ Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 90)

³³² LOWY, Michael. **Método Dialético e Teoria Política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975, p. 11-36.

O que diferencia a punição pelo dano material da reparação do dano material é a localização da norma violada. Estando a norma violada na Constituição da República as modalidades de pressupostos de formação do ato ilícito são diversas, estando uma prevista na primeira parte do art. 186 do Código Civil e a outra na segunda parte do mesmo dispositivo. Caso a norma violada tenha natureza infraconstitucional seguir-se-á a regra dos atos ilícitos absolutos (conduta, culpa, violação do direito, dano e nexo) para se alcançar uma indenização reparatória.

Contudo, como a norma constitucional tem natureza punitiva, não devem ser observados os pressupostos do ato ilícito puro para responsabilizar o transgressor da norma, mas sim os pressupostos do ato ilícito *lato sensu*, ou seja, aquele que se remete apenas ao comportamento antijurídico. Justifica-se esse entendimento na própria doutrina que busca uma normatização legítima que autorize a punição do ofendido dentro do campo do direito privado. A busca pela punição deve partir da norma jurídica, enquanto a busca pela reparação deve partir do dano³³³. Seguindo esse entendimento, ao vincular o dano material à violação de preceito fundamental inviolável, o julgador teria permissão legal para quantificar o dano material até o limite do próprio dano (art. 944 CC/2002) consoante o ato ilícito puro sujeito aos limites a ele impostos e ao mesmo tempo, determinar paralelamente a indenização punitiva assegurada na Constituição, já presumindo que a conduta violadora da norma merece repressão.

6.7 Denominação, conceito e classificação

Para trazer coerência jurídica ao instituto dos danos punitivos é necessário desenvolver uma estrutura didática que contribua para o entendimento do tema. Para tanto, apresenta-se primeiro como se justificaria a nomenclatura aplicada, quais são os elementos que formam o conceito e como se classificariam os danos punitivos.

6.7.1 Denominação

³³³ No Brasil podemos encontrar, aqui e ali, nas discussões doutrinárias, menções à teoria do desestímulo. Rui Stoco, enfatiza que “os fundamentos básicos que norteiam a fixação do *quantum* em hipóteses de ofensa moral encontram-se no seu caráter punitivo e compensatório”. Sugere ao juiz, ao arbitrar os danos morais, a observância da *teoria do valor do desestímulo*, criticando qualquer posicionamento que desconsidere, nessa fixação, as condições econômicas das partes e a culpa do ofensor. (STOCO, 2011, p. 1295-1296)

A denominação “Danos Punitivos” decorre da comparação direta com o Direito Norte-Americano (*punitive damages*), não exatamente uma tradução, mas em uma releitura completa do art.5º, X, da Constituição da República de 1988. Nessa construção observa-se além da tradução do instituto do direito comparado, a interpretação literal e teleológica da norma jurídica. Afastando a leitura isolada da expressão “dano moral” no art.5, X da CF/88 como é apresentada pela doutrina³³⁴ que tenta decifrar o conteúdo do dano, apresenta-se uma leitura de todos os elementos de conduta e sanção da mesma norma.

Para tanto, traçou-se em linhas anteriores uma comparação entre a norma jurídica constitucional punitiva e a norma jurídica civil reparadora, destacando que: violar direito fundamental inviolável garante-se uma indenização por danos morais e materiais. Afirmou-se que o mero descumprimento da premissa gera ato ilícito (contrário à lei) com uma sanção determinada em forma de indenização. Já a norma civil, além de ser infraconstitucional, aduz que o ato ilícito puro depende de uma ação ou omissão, da violação do direito e do dano. Existe um conjunto sistemático que define o ato como ilícito. No que se refere ao ato ilícito do dano exclusivamente moral que é citado ao final do art. 186 do Código Civil (2002): “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*” nota-se que essa expressão “ainda que exclusivamente moral” foi inserida no código civil de 2002 sendo a única referência do dano moral encontrada na Lei civil. Dessa forma, torna-se possível entender que o dano moral é tipificado na Constituição da República e o Código Civil adequou seu modelo de ato ilícito absorvendo uma nova classificação, qual seja, o ato ilícito *lato sensu* decorrente do direito punitivo, deixando o ato ilícito puro manter seu papel reparador dentro do sistema civilista. Fazendo uma leitura constitucional, a violação de direito fundamental inviolável já reflete a ideia de um comportamento antijurídico que denota o sentido de violação da norma moral. Portanto, o ato ilícito se funda no dano exclusivamente moral, ou contrário à lei. E sendo o dano

³³⁴ O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou o gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). (DINIZ, 2005, p. 93)

exclusivamente moral, esse ilícito que gerou o dano redundaria no descumprimento de direito inviolável.

Cientificamente não seria possível rebaixar as regras do dano moral e absorvê-las para um instituto jurídico totalmente diverso do constitucional. O art. 186 do Código Civil está apenas afirmando que o dano moral é por força constitucional um ato ilícito *lato sensu*, pois, ao pretender conceituar o contrário, o dano exclusivamente moral deveria ter a sua comprovação externada nos autos para que ocorresse a configuração do ato ilícito puro, o que não se verifica nos dispositivos legais analisados.

Neste contexto, explicada a exclusão dos preceitos civilistas que não devem ser aplicados no conceito de dano moral ou de danos punitivos, justifica-se o porquê da nomenclatura apresentada. Quando se faz a leitura completa do art. 5º, X, da CF/88 não se coloca uma lupa sobre a expressão dano moral, mas sobre a expressão “*dano moral e material decorrentes da violação de direito fundamental inviolável*”, como se lê: “Art. 5º. 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” (BRASIL, 1988).

Ou seja, quando se viola um direito da personalidade inviolável, automaticamente existe uma sanção pecuniária e, ao mesmo tempo, caso o direito da personalidade seja violado e cause reflexo que gere um dano material, esse último seguirá a observância da regra do art. 944 do Código Civil, que determina no caso de danos materiais uma indenização limitada, como se orienta os *punitive damages*³³⁵.

Isto significa que a nomenclatura “danos punitivos” se adequaria com mais coerência ao instituto indenizatório punitivo, porque o fenômeno social do dano moral é tratado na Constituição da República como uma proibição de comportamento social violador de norma específica. Ao contrário da doutrina e da jurisprudência que desprezam a junção: danos morais, materiais, e os termos: invioláveis ou assegurados, que compõe a estrutura punitiva da norma. Por isso, a denominação

³³⁵ A sanção tem outro objetivo, diverso do que se refere à equivalência de ordem econômica entre a ação danosa e o evento lesivo. Sua função é a de assegurar o respeito às prescrições da ordem jurídica, que não pode permanecer inerte às transgressões que atentam à dignidade da pessoa. Cabe também um a satisfação à pessoa do lesado. Aliás, é esta a função dos *exemplary damages* da *Common Law*. (PEDROSO, 1995, p.174)

mais adequada para o instituto seria: Danos Punitivos, no plural. Assim como no *punitive damages* que abrange tanto o dano moral, tanto o dano material.

6.7.2 Conceito

Neste ponto, não se tenta conceituar um sentimento privativo do ofendido de caráter subjetivo que é denominado de dano moral. O conceito é extraído da própria norma jurídica (assim como na definição dos títulos de crédito³³⁶, por exemplo) que confere ao intérprete todas as condições de elaborar um conceito fidedigno à norma jurídica, que assim pode ser definido: são invioláveis os direitos da personalidade fundamentais, relativos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, sendo assegurada uma indenização por danos morais ou materiais decorrentes da violação da norma inviolável, como forma punitiva de desestimular a prática ou reincidência de condutas que violam direitos fundamentais invioláveis³³⁷. Esse conceito alcançaria o patamar constitucional da norma jurídica, trazendo consigo a descrição expressa dos direitos invioláveis e a sua forma de punição, que na teoria e na prática, promoveriam a dignidade da pessoa humana pelo seu caráter binário protetor e punitivo, o que torna respeitável os direitos tidos como mais relevantes à pessoa humana.

6.7.3 Classificação: geral e específica

A classificação dos danos punitivos se refere diretamente a dos direitos da personalidade não considerados invioláveis. Nesse contexto, há de ser observada uma primeira análise que se subdivide em: características gerais e específicas. As características gerais dos danos punitivos aproveitariam as classificações já admitidas nos direitos da personalidade, ponderando, que são direitos: inatos, absolutos, ilimitados e universais, intransmissíveis, indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis³³⁸.

³³⁶ O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei. (BRASIL, 2002, Art. 887).

³³⁷ 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. (BRASIL, 1988, art. 5º, X).

³³⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo VII: Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento)**. São Paulo: RT, 2012, p. 60.

A classificação específica dos direitos protegidos pelos danos punitivos exprime todas as características acima e agrega características das normas e princípios constitucionais que podem ser extraídas da norma jurídica, através da sua posição no ordenamento jurídico, da sua gramaticidade e sua finalidade, sendo elas: a constitucionalidade, a inviolabilidade, a imediatidade, a taxatividade, a limitatividade, a imprescritibilidade, a desestimularidade e a punibilidade.

A constitucionalidade se fundamenta na posição geográfica da norma jurídica completa. Estando o direito positivado no topo da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico³³⁹ teremos uma norma constitucional por natureza.

A inviolabilidade decorre do local específico da norma dentro de um microssistema de direitos considerados como invioláveis. Tais direitos de condição inviolável são tratados pela Constituição como direitos essenciais à garantia de exercício de liberdade e respeito dentro de uma sociedade democrática³⁴⁰.

A imediatidade também decorre da estrutura da norma positiva no texto Maior e da sua previsão expressa. Os danos punitivos inseridos no rol dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata³⁴¹ e, portanto, devem ser observados de forma garantidora possível pelo interprete do Direito.

A taxatividade tem relação com a descrição específica dos quatro direitos que foram elevados ao patamar de fundamentais e invioláveis³⁴². Não se confunde a taxatividade da norma constitucional punitiva com o rol exemplificativo dos direitos da personalidade da norma infraconstitucional.

A limitatividade é uma extensão da taxatividade. Isto significa que a norma punitiva por natureza não pode apresentar condutas negativas ou reprováveis sem delimitar de forma taxativa quais são os direitos passíveis de punição, sob pena de se

³³⁹ 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. (BRASIL, 1988, Art. 5º, X).

³⁴⁰ 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. (BRASIL, 1988, Art. 5º, *caput*)

³⁴¹ As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988, art. 5º § 1º).

³⁴² A intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. (BRASIL, 1988, Art. 5º, X).

generalizar a norma punitiva e punir condutas sem prévio conhecimento do receptor da norma pedagógica/punitiva.

A imprescritibilidade é a característica tem ligação direta com a desestimularidade, à punibilidade e a própria natureza do direito violado. O tema da prescrição já esta sendo desenvolvido na ideologia de imprescritibilidade dos direitos da personalidade relativos ao dano moral, mas com limitações de cunho patrimonial. Não obstante a condição natural imprescritível dos direitos da personalidade, para que se alcance um resultado útil de desestimular o ofensor, o instituto da imprescritibilidade só reforça a categoria especial desestimuladora da norma punitiva.

A desestimularidade é a condição social dada pela norma e pela própria doutrina ao tentar adequar a teoria do valor do desestímulo oriunda do Direito Civil para o instituto constitucional punitivo³⁴³. A norma punitiva, por si só, atraí para si a natureza punitiva, a qual visa desestimular o ofensor e/ou outros agentes que tiveram ciência daquele fato de cometê-lo reiteradamente. O comando da desestimularidade tem efeitos diretos no alcance dos objetivos constitucionais que são fundamento aos direitos previstos como fundamentais.

Por fim, a punibilidade que decorre do Poder Punitivo do Estado inserido na norma. A Constituição garante ao Estado o Poder punitivo com intuito de preservar os bens mais relevantes de uma sociedade³⁴⁴.

³⁴³ A teoria do Valor do Desestímulo é um instituto que através da condenação a uma soma milionária, pretende obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e proporcionar um exemplo á sociedade, como meio preventivo e profilático. (DELGADO, 2011, p. 306).

³⁴⁴ MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador – Sanções administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 101-102.

7 A POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE INVOLÁVEIS: O PODER PUNITIVO DO ESTADO

A punição pela violação dos direitos da personalidade invioláveis decorre diretamente do comando normativo constitucional. Estruturalmente, o ordenamento jurídico ao encampar valores do ser humano para o art. 5º da Constituição confere legitimidade ao Estado para preservar e garantir direitos que são designados de fundamentais³⁴⁵ e invioláveis. Dentre as diversas espécies de direitos fundamentais e suas formas de proteção, a punição pecuniária está imediatamente vinculada aos direitos civis considerados extrapatrimoniais e inquantificáveis, por se tratarem de um valor³⁴⁶. Isso se sustenta na lógica jurídica de afastar a incompatibilidade do sistema civil com o instituto da punição que é privativo do direito público desde 1830.

O Poder Constituinte Originário revelou ser possível conferir ao Estado o poder de punir atos decorrentes de violação de norma inviolável quando a inseriu a norma no patamar constitucional. Uma vez conferido este poder ao Estado, gera-se automaticamente uma capacidade legítima para garantir a proteção a direitos inquantificáveis ou irreparáveis que a estrutura do Código Civil de 1916 não seria capaz de proteger e que, no Código Civil de 2002 se torna possível aplicar outras formas de ato ilícito com o rigor que os direitos invioláveis anseiam, fazendo com que a punição estatal seja viável, eficaz e legítima.

7.1 A proteção dos direitos violáveis da personalidade

Se existe no sistema jurídico uma espécie de garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais, há de existir também uma forma de proteção dos direitos não considerados invioláveis. Os direitos violáveis a princípio, são todas as normas constitucionais e infraconstitucionais que não tem sua inviolabilidade expressa na Constituição ou em lei. Os direitos da personalidade são direitos subjetivos absolutos

³⁴⁵ Sabe-se que o Título II da Constituição Federal, sob o título ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’, traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas também são essenciais ao ser humano, e sem elas a pessoa humana não pode atingir a sua plenitude e, por vezes, sequer sobreviver. (TARTUCE, 2012, p. 68)

³⁴⁶ O desvalor do injusto não pode ser relegado pela ordem jurídica. Sua estrutura desponta do sistema jurídico. (PEDROO, 1995, p. 147)

que regulamentam os aspectos mais essenciais e relevantes da personalidade humana³⁴⁷. Esses direitos não possuem caráter patrimonial e são inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Os direitos da personalidade são regulamentados pelos arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002, pela própria Carta Constitucional como direitos e garantias fundamentais e por diversas Convenções Internacionais³⁴⁸. Os Direitos da Personalidade, como fazem parte de um sistema próprio e autônomo do Direito Civil, se sujeitam as normas e pressupostos da conversão em perdas e danos em respeito ao procedimento da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito *stricto sensu*, que prescreve o método de reparação ou compensação indenizatória (perdas e danos), quando forem violados direitos do Código Civil. Vejamos a leitura conjugada dos direitos da personalidade na forma civil e constitucional.

Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. (BRASIL, 2002, Art. 12).

Aplicando primeiro o Código Civil, entende-se que a parte ameaçada se velará de uma ação civil de obrigação de não fazer para que se cesse a ameaça. Caso ocorra dano (que não é moral, somente extrapatrimonial) recorre-se novamente ao Código Civil apurando-se a responsabilidade civil decorrente de ato ilícito puro e, posteriormente apurando-se o valor da indenização compensatória via perdas e danos até o limite da extensão do dano e/ou, requerendo a aplicação de outras sanções (indenização punitiva) previstas em lei (art. 5º, X, CR/88) no caso de violação de direito fundamental da personalidade.

Ao contrário do art. 21 do diploma civil, que afirma:

A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (BRASIL, 2002, Art. 21)

³⁴⁷ ALVES, Aline Cardim; BORCAT, Juliana Cristina. **Os Direitos de Personalidade como Direitos Fundamentais e Manifestação da Dignidade**. II Simpósio Regional de Direitos Humanos e Fundamentais, Parte I – Direitos Fundamentais e Inclusão Social, UNIVEM, Marília/SP, 2013, p. 3

³⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2019, p. 224.

A vida foi classificada como direito inviolável na Constituição Federal³⁴⁹ e no Código Civil, e a violação desse direito franqueia à parte ofendida a possibilidade de se utilizar das normas processuais civis para impedir ou cessar o ato. Portanto, mais um exemplo prático de que o Código Civil se utiliza das suas próprias normas para repelir, reparar ou indenizar direitos violados decorrentes de ato ilícito absoluto, conquanto a Constituição Federal se utilize de meios próprios garantidores para autorizar a punição do fato antijurídico. A partir dessa análise pode-se constatar que a violação de direito geral da personalidade é regulada pelo art. 12 do Código Civil, ao constar no texto legal a indicação de utilização de medida processual civil que cesse a ameaça, bem como a forma de se apurar eventual dano causado.

Destarte, a indenização por perdas e danos é a exata reparação matemática³⁵⁰ do prejuízo sofrido pelo credor/ofendido com o inadimplemento da obrigação ou violação de direito extrapatrimonial. É o exato valor da prestação a que estava obrigado contratualmente ou extracontratualmente o demandado pela ofensa, restando fixada a exata ou mais aproximada reparação condicionada à extensão do dano com respeito ao princípio da igualdade³⁵¹ e do enriquecimento sem causa. Contudo, a Constituição da República de 1988 reservou para si quatro direitos da personalidade que são classificados como invioláveis (vida privada, honra, privacidade e imagem) porque tais direitos pela sua natureza *in re ipsa*³⁵² não se adequariam ao procedimento da responsabilidade civil reparatório já consolidado no direito privado, tendo-os elevado a nível constitucional como forma de garantir sua inviolabilidade, aplicando uma indenização punitiva por desrespeito a tais direitos³⁵³.

³⁴⁹Caput do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988)

³⁵⁰A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL, 2002, Art. 944).

³⁵¹ Isso significa que, em regra, o princípio da igualdade - nuclear para a justiça - oferece uma medida racional para a repartição do que cabe cada uma das relações bilaterais. Num primeiro momento, é importante o aspecto formal da igualdade (proporção), que se afirma de modo precedente ao que cabia a cada um ou ao que possa vir a ser determinado como algo que deva ser repartido. Trata-se de percepção da justiça como uma questão de justiça. Por exemplo, em sede de obrigação de indenizar, que nasce com o inadimplemento imputável. Para recorrer ao aforismo clássico, trata-se de recolocar a vítima na situação em que se encontraria se o prejuízo não tivesse sido produzido. (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 72).

³⁵³ Quanto à segunda objeção, referente à incerteza do direito violado, basta considerar que a configuração desse direito é simples problema de subsunção. O dano moral é a violação de um bem jurídico normativamente previsto. O ordenamento jurídico, ao reconhecer aos membros da comunidade, direitos subjetivos extrapatrimoniais, tipifica os elementos necessários à sua configuração. É questão de tipicidade. (PEDROSO, 1995, p. 174)

Desta forma, os direitos que geram indenização punitiva são aqueles que a Constituição da República escolheu como invioláveis e que são decorrentes da sua tipicidade, estando outros diretos da personalidade, por exclusão do seu caráter inviolável, sujeitos ao procedimento civilista reparatório limitado à extensão do dano, enquanto a indenização punitiva tem caminho livre de quantificação, sendo balizado apenas pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que devem observar apenas se a quantificação da pena é razoável para desestimular o ofensor através da punição.

7.1.1 A proteção de outros direitos

No que se refere à proteção de direitos diversos dos da personalidade, pode-se citar, como exemplo, o ramo do Direito do Trabalho, que é violado no caso de demissão sem justa causa mediante o não pagamento das verbas rescisórias. Reafirma-se que, de acordo com o CNJ³⁵⁴ que o descumprimento dos direitos trabalhistas é rotineiro. Outro ramo que serve como exemplo é o ramo de Trânsito. Apesar de ser um direito administrativo e penal, as regras de trânsito são cotidianamente descumpridas porque não foram elevadas à categoria constitucional de direitos fundamentais invioláveis. Outro argumento é de que o Código de Trânsito Brasileiro faz parte de um ramo de Direito Público, com permissão para punir, mas aplica punições brandas³⁵⁵ que não geram eficácia, tão qual o dano moral atualmente.

Pode-se afirmar que direitos civis são normas violáveis, e, portanto, descumpridas (contratos, obrigações, direito das coisas, direito de família³⁵⁶), entre

³⁵⁴ O Relatório Justiça em Números 2017 revelou que, no ano passado, 79,7 milhões de processos tramitaram no judiciário do País, com 29.351.145 novas ações. Além de informações sobre a litigiosidade, produtividade e despesas, o estudo apresenta uma análise dos assuntos mais demandados por ramo da Justiça. Na Justiça do Trabalho, com 15% do total de processos ingressados em 2016, há uma concentração no assunto Rescisão do contrato de trabalho/Verbas rescisórias. O assunto representa o maior quantitativo de casos novos do Poder Judiciário e é subdividido em aviso prévio, multas, férias proporcionais, décimo terceiro salário proporcional, saldo de salário e indenização adicional. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

³⁵⁵ Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração – gravíssima: Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. (BRASIL, 1997, Art. 165)

³⁵⁶ Por isso, especialistas estimam que o número de novas cobranças de pagamento de pensão, sob o nome técnico de “execução de alimentos”, seja ainda maior do que a indicação do Conselho. De todo modo, o dado representa cerca de 40% do número de divórcios no país, que, segundo o IBGE, totalizou 344 mil em

outros. Isso porque, quando um direito infraconstitucional é descumprido não existem garantias na legislação que assegurem uma indenização ou sua inviolabilidade, por exemplo. Na configuração do ato ilícito puro a violação do direito é lícita. O ilícito³⁵⁷ é praticar a violação e causar dano. Assim, a forma de proteção dos direitos violáveis deveria partir da junção dos elementos do ato ilícito puro para ser valer do direito com efetiva demonstração de diversos pressupostos, por este motivo não podem ser garantidos, já que dependem de elementos que configurem o ato ilícito que gerou a obrigação de reparar.

7.2 A proteção dos direitos invioláveis da personalidade

Existem na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 direitos elevados a uma condição essencial para o exercício de uma vida digna do ser humano, elencados no *Título dos Direitos e Garantias Fundamentais*³⁵⁸. Partindo do pressuposto de que direitos fundamentais e garantias dos direitos fundamentais são terminologias diferentes, é necessário antes classifica-las entre direitos violáveis e invioláveis para justificar uma punição, ou outra forma de garantia que lhes é inerente.

Reanalizando o *caput* do artigo 5º já se destacaram como invioláveis o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Vejamos os incisos do citado artigo iniciando pelos direitos que têm conteúdo moral³⁵⁹. O inciso V, do art.5º da CF/88 afirma que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 1988, art.5º, V); o que significa que é assegurado pela Constituição Federal o direito de resposta proporcional ao agravo. Resposta proporcional ao agravo é um meio de direito de

2016.25 de mar. de 2018. (O GLOBO. Disponível em <https://oglobo.globo.com> > Brasil. Acesso em: 25/08/2020.

³⁵⁷ Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002, art. 186).

³⁵⁸ Sabe-se que o Título II da Constituição Federal, sob o título ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’, traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas também são essenciais ao ser humano, e sem elas a pessoa humana não pode atingir a sua plenitude e, por vezes, sequer sobreviver. (TARTUCE, 2012, p. 68)

³⁵⁹ Na verdade, a terminologia dos direitos fundamentais deve ser pensada através do reconhecimento e da legitimidade desses direitos pela ordem constitucional interna. Assim, não se nega que os direitos fundamentais contêm fundamentos e conteúdos morais. (SARLET, 2006, p. 38-39).

resposta proporcional ao ato violador da norma de conteúdo moral³⁶⁰. A segunda parte do inciso V, diz que: além do direito de resposta proporcional que já está assegurado na norma, assegura sistematicamente a indenização prevista no inciso X³⁶¹ do mesmo artigo, define que, não obstante a garantia de direito de resposta é garantido também, uma indenização por dano moral ou material decorrente daquele agravo que foi praticado e respondido, ou não, porque, fazendo a leitura conjunta dos incisos V e X que se referem ao dano moral e material, exprimimos que os direitos são invioláveis (não podem ser violados) e, portanto, assegurado o direito a indenização moral ou material decorrente de sua violação.

Não é somente na área da indenização pecuniária que a Carta Magna garante a tutelou os direitos invioláveis. Ao fazer uma leitura do inciso VI que regula como direito fundamental inviolável à liberdade religiosa, verificou-se que a própria norma garante que a Lei Complementar garantirá suas formas de exercício³⁶². O que analiticamente seria dissecado da seguinte forma: é inviolável a liberdade de consciência e de crença. (direito inviolável); é assegurado o livre exercício dos cultos (assegura que a liberdade de crença pode ser manifestada e deverá ter uma lei própria garantindo); é garantido na forma da lei a proteção aos locais de culto (determina expressamente que deverá haver lei³⁶³ garantindo o exercício do direito inviolável); é assegurado nos termos da lei³⁶⁴ (está assegurando o exercício do direito inviolável).

Na área de direito sucessório, tem-se que: (BRASIL, 1988, Art. 5º, XXX) “é *garantido o direito de herança*”, devido ao disposto no Código Civil que assegura que (BRASIL, 2002, art. 1.784): “*Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo,*

³⁶⁰ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Tese de Doutorado. Puc Rio Grande Do Sul. O direito de Resposta Proporcional ao Agravo:**, 2001, p. 244.

³⁶¹ Art. 5º. 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. (BRASIL, 1988)

³⁶² VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. (BRASIL, 1988, Art. 5º, VI e VII)

³⁶³ BRASIL, **Projeto Lei. 4500 de 2012**. Acresce inciso IV ao art. 142 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 e garante a liberdade de expressão religiosa. Câmara Legislativa. Disponível e: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0119p2kk26jl281olb5lp08q93o4549913.node0?codteor=1029602&filename=PL+4500/2012. Acesso em: 28/09/2022.

³⁶⁴ BRASIL, **Lei no 6.923, de 29 de junho de 1981**. Dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas.

aos herdeiros legítimos e testamentários". Ou seja, o direito é garantido porque com a morte a herança se transmite aos herdeiros de forma garantida na lei. Apenas os Direitos Fundamentais tem essas garantias para seu exercício.

Os demais direitos que exigem comportamento do Estado³⁶⁵ já se apresentam como assegurados, e em caso de descumprimento aplicar-se-á, os remédios constitucionais como forma de garantia do exercício desses direitos e não como forma de punição como ocorre nos direitos da personalidade na Carta expressos. Esses direitos exigem comportamento do Estado porque a própria lei infraconstitucional penal, ambiental, administrativa, tributária, dentre outras, asseguram aos direitos fundamentais, como a vida ou o meio ambiente ecologicamente equilibrado uma punição, enquanto em caso de descumprimento de exercício de outros direitos constitucionais, aplicam-se os remédios constitucionais como forma de garantia do exercício desses direitos e não como forma de punição, como ocorre nos direitos da personalidade, esboçando, portanto, quais são as normas fundamentais que fazem parte de um micro sistema garantista³⁶⁶ do Estado Democrático de Direito que visam promover o princípio da dignidade da pessoa humana.

7.2.1 O sistema atual unificado de "proteção" aos direitos da personalidade invioláveis.

Neste tópico trataremos de demonstrar que a combinação feita entre direito punitivo e direito reparador se constituiu em um novo sistema unificado de reparação de danos morais e materiais que é utilizado para justificar as condenações por danos morais no formato subjetivo.

³⁶⁵ XXXIV ; XXXV ; XXXVI; XXXVII ; XXXVIII; XXXIX; XLII; XLVII ; XIX; XLIX; LI; LIII; LV; LIX ;LX; LXI; LXII; LXIII; LXIV; LXV; LXVIII ; LXIX; LXX; LXXI; LXXII; LXXIII;; LXXV; LXXVI; LXXVII; LXXIX. (BRASIL, 1988, art. 5º).

³⁶⁶ Garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2010, p. 785-786).

O sistema unificado tem sua primeira base constitucional ao se constatar que a doutrina e a jurisprudência iniciam os argumentos a partir do art. 5º, X da CF/88.³⁶⁷ Posteriormente, introduz-se o Código Civil na tentativa de se constatar o dano para atender o deslocamento do eixo da responsabilidade civil para o fato jurídico lesivo³⁶⁸. Por fim, o sistema unificado utiliza-se do ramo do direito público punitivo para aplicar e justificar a punição, enquanto o ramo do direito privado é utilizado para se apoiar na reparação do dano, denominando o instituto de teoria do Valor do Desestímulo, como afirma Delgado (2011, p. 306), ao dispor que:

A teoria do Valor do Desestímulo é um instituto que através da condenação a uma soma milionária, pretende obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e proporcionar um exemplo à sociedade, como meio preventivo e profilático.

Esse sistema unificado vem gerando problemas³⁶⁹ desde a consagração dos danos morais punitivos³⁷⁰ na Constituição de 1988, uma vez que a doutrina e jurisprudência utilizam como referência os *punitive damages* para se chegar ao

³⁶⁷ De fato, adotada com razoabilidade e proporcionalidade, a aplicação da doutrina do *Punitive Damages* não se mostra ofensiva à Constituição da República. As garantias tratadas nos incisos V e X do art. 5º têm por destinatário o titular do direito à honra, à imagem e à privacidade, expressões do direito fundamental à dignidade humana e dos direitos da personalidade, a quem, em caso de violação, a Carta Magna assegura indenização por dano moral e material. Mas, ao assegurar a indenização, com total ressarcimento do dano sofrido, não proíbe seja também proporcionada à vítima reparação, pelo ofensor, considerando se o aspecto punitivo-pedagógico com majoração do valor reparatório. (ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive Damages e sua Aplicabilidade no Brasil*. 2014, p. 338. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/75669>. Acesso em: 14/02/2022).

³⁶⁸ Todavia, chamamos a atenção para a segunda razão do deslocamento do eixo da responsabilidade civil para o fato jurídico lesivo: trata-se do sintoma da proliferação de danos. Vivenciamos um "big bang" de interesses merecedores de tutela, com uma fartura de novas etiquetas, sendo a maior parte objeto de importação jurídica, sem a necessária reflexão sobre a adequação do transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. É evidente que a fórmula binária adotada pela CF/88 (art. 5., V) é insuficiente para abraçar o perímetro da responsabilidade civil em 2020. Há 32 anos, o carimbo constitucional da dicotomia dano material/moral representou a consolidação de um avanço civilizacional perante a clássica objeção à indenizabilidade de lesões a situações existenciais, um vigoroso passo em direção à personalização do direito privado e a mais ampla tutela diante de vulnerações a direitos fundamentais. Nada obstante, é hora de avançar. (ROSENVAL, 2021, p. 122).

³⁶⁹ Não se cogita de nenhuma pena no direito brasileiro, seja de natureza penal, seja de natureza privada, seja até mesmo de natureza processual, que não esteja prevista expressamente na lei, constatando-se a atenção do legislador ao princípio constitucional da legalidade. (ROCHA; MENDES, 2017. p. 249).

³⁷⁰ Os *punitive damages* ocorrem no direito norte-americano. Um sistema jurídico bem diferente do nosso. Diferentemente dos países de tradição romano-germanica, este sistema jurídico não se desenvolveu nas mesmas bases que o nosso. O sistema jurídico norte-americano admite algo impensável para o nosso sistema: conjugar em uma mesma sentença, uma condenação de caráter civil (reparação) e uma condenação de caráter penal (punição). (SOUZA, 2009, p.259).

resultado social esperado pela vítima. Ou seja, partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico é dividido em ramos de Direito Público e Direito Privado, com normas e princípios específicos que dão autonomia a cada ramo do direito, tentar resolver os problemas com outro ramo do direito senão à Constituição se torna uma incoerência. Essa ofensa à estrutura hierárquica das normas jurídicas mediante utilização de um sistema unificado de princípios e normas, desagua em subproblemas relativos à natureza jurídica dos danos morais, bem como em problemas assessórios referentes ao *quantum* indenizatório, que encontra barreiras inerentes ao instituto da reparação civil decorrente de ato ilícito puro, além do efeito social de impunidade que o Estado gera para os cidadãos através da falta de punição que se espera.

7.3 A quantificação dos danos punitivos

Apresentando uma possibilidade viável para dar eficácia ao instituto dos danos morais punitivos, conhecidos popularmente como “danos morais”, a quantificação da indenização punitiva se basearia na doutrina do direito punitivo estatal e na sua finalidade constitucional de proteger os direitos inerentes à pessoa humana. Após sopesar as comparações do instituto jurídico do dano moral com o microsistema de direitos fundamentais invioláveis da Constituição da República de 1988, chega-se à existência de um novo instituto do Direito que pode ser denominado de “Danos Punitivos”. Partindo do pressuposto de que o poder punitivo do Estado³⁷¹ não se restringe ao ramo do Direito Penal, mas se encontra em outros ramos do Direito como: direito administrativo³⁷², ambiental ou do consumidor é possível extrair paralelamente que tais ramos do direito se utilizam de aplicação de penalidade pecuniária com a finalidade de prevenir e desestimular atos contrários à lei, como uma multa, por exemplo. Portanto, adequado utilizarmos as referências legislativas correspondentes ao ramo do Direito Público punitivo.

³⁷¹ O Direito Administrativo Sancionador (DAS) pode ser tradicionalmente definido como "a expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado.. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>, acessado no dia 03/03/2022. (GONÇALVES; GRILO. 2021, p. 468).

³⁷² BRASIL, **Decreto 10.887 de 6 de dezembro de 2021**. Altera o Decreto nº. 2.181 de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.887-de-7-de-dezembro-de-2021-365395151>. Acesso em: 25/09/2022.

Os ramos do direito punitivo, cuja totalidade tem natureza jurídica de direito público, tem uma função social de manter a ordem e paz³⁷³ através de sanções privativas de liberdade, de restrição de direitos civis ou indenizações (multas) punitivas. Orientando-nos do pressuposto de que a indenização punitiva, seja em forma de multa, seja através de pronunciamento judicial, serve para informar à sociedade que aquele ato é proibido e não deve ser cometido novamente, a teoria que se apresenta, encontra caminho viável, pois, caso o ato ilícito seja cometido novamente o direito punitivo analisaria a reincidência e tomaria medidas mais enérgicas para cessar o ato contrário à lei, e ao mesmo tempo desestimular o ofensor ou outrem que tomaram ciência do exemplo da pena.

Para que não ocorra um desequilíbrio na aplicação da pena indenizatória é necessário estabelecer parâmetros legais, econômicos e sociais que devem trazer consigo uma previsão legal, acrescidas de razoabilidade e proporcionalidade.

O primeiro parâmetro legal como estudado, esta inserido no Direito do Consumidor. No capítulo VII do CDC³⁷⁴ é aplicada uma penalidade pecuniária que desestime o ofensor da norma coletiva. Nesse caso, a lei estabelece os pressupostos legítimos para se chegar ao *quantum* da punição pecuniária³⁷⁵. Analisa a condição econômica do fornecedor/ofensor e chega ao valor da punição. O direito Ambiental³⁷⁶ por se tratar de direito difuso utiliza a mesma regra para aplicar a punição pecuniária.

³⁷³ O fim, portanto, não é outro que o de impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo. Aquelas penas, portanto, e aquele método de infligi-las, deve ser eleito de tal forma que, observada a proporção, causará uma impressão mais eficaz e mais durável sobre os ânimos dos homens, e a menos tormentosa sobre o corpo do réu. (BECCARIA, 2005.p. 57).

³⁷⁴ A base jurídica está nos artigos 56 e 57 do CDC, tendo o legislador apontado os critérios de graduação: gravidade da infração; vantagem auferida; e condição econômica do fornecedor. (BRASIL, Lei. 8078/90)

³⁷⁵ BRASIL. **Decreto Lei. 2181 de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da união. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%202.181%2C%20DE%2020,1993%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.. Acesso em: 25/09/2022.

³⁷⁶ Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos

A reincidência é outro parâmetro que pode orientar os critérios econômicos da punição. O Poder Punitivo do Estado para se chegar a uma indenização eficaz e legítima, concebe a quantificação da indenização através de instituto da reincidência³⁷⁷, assim como no Direito Penal. A análise e aplicação da reincidência é uma grande ferramenta do direito punitivo para dar eficácia ao desestímulo do ato ilícito, e, portanto, nos institutos do direito, cuja natureza é punitiva, torna-se imprescindível aplicar a reincidência para se quantificar a pena pecuniária.

Mas para que se possa estabelecer uma igualdade de direito³⁷⁸ à quantificação deve observar as desigualdades constantes na relação jurídica, e, portanto, se basear também no princípio constitucional da igualdade para alcançar o valor da indenização. Isso porque, não seria razoável analisar uma relação entre iguais quando existente alguma forma de vulnerabilidade ou desigualdade. Quando o fato violador da norma punitiva advir de uma relação entre particulares, a pena deverá ser aplicada de acordo com a capacidade financeira³⁷⁹ do ofensor, que será analisada objetivamente até o limite que não interfira na dignidade da pessoa humana de quem deverá pagar a indenização, evitando sistematicamente que ocorram indenizações desproporcionais capaz de reduzir o ofensor à condição desconfortável como no *punitive damages*.

Já nas relações economicamente desproporcionais entre entes públicos e particulares, a análise deve ser mais criteriosa. O Estado é quem deveria dar o exemplo de não violar direito inviolável³⁸⁰. Neste cenário ficaria à mercê do poder discricionário da Corte utilizar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a condição de pessoa jurídica de Direito Público para quantificar a punição.

Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL, 1981, Art 14, § 1º).

³⁷⁷ Para a imposição da pena e sua gradação, serão considerados: I - as circunstâncias atenuantes e agravantes; Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes: II - ser o infrator primário; Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes: I - ser o infrator reincidente. (BRASIL.1997, Art. 24).

³⁷⁸ O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

³⁷⁹ Observado o disposto no art. 24 pela autoridade competente e respeitados os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do art. 57 da Lei nº 8.078, de 1990, a pena de multa fixada considerará: IV - a condição econômica do infrator; e (Incluído pelo Decreto nº 10.887, de 2021) V - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção. (BRASIL.1997, Art. 28).

³⁸⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã: Ou Matéria, Forma E Poder De Uma República Eclesiástica e Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 225.

Quando se tratar de relação de consumo observar-se-á, as regras do direito do consumidor que tem previsão legal para aplicar penas pecuniárias nos fornecedores com observância da legislação³⁸¹.

O parâmetro dos *punitive damages* não poderia deixar de ser referenciado, afinal, como afirmado, o instituto já é aplicado de forma velada do Brasil³⁸² e, portanto, não se justificaria afastar a sua maior ferramenta de punição que é a indenização vultosa, que se não desestimula, pune o ofensor de forma contundente e exemplar, dando uma resposta para a sociedade. Partindo a ideia da teoria dos *punitive damages* e sua finalidade protetora, atrelada ao texto constitucional vigente, já se torna possível concretizar a ideia de aplicação de dano punitivo brasileiro. Primeiro, quando se destaca que ambos os institutos são punitivos³⁸³. Segundo, porque é possível constatar que ambos os institutos se referem ao dano moral e material e, terceiro porque ao contrário dos *punitive damages* que não tem previsão legal, no sentido taxativo da lei, a norma constitucional foi inovadora ao definir a matéria no corpo do texto, ao contrário do instituto norte-americano que não os positivou³⁸⁴,

³⁸¹ BRASIL. **Decreto Lei. 2181 de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da união. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%202.181%2C%20DE%2020,1993%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.. Acesso em: 25/09/2022.

³⁸² A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. (SANTOS, 2003, p. 162)

³⁸³ Ao acolher a função punitiva da indenização por danos morais, a jurisprudência (em especial o STJ) costuma utilizar três critérios para se chegar a um valor indenizatório: (1) o grau de culpa do ofensor; (2) a condição econômica do responsável pela lesão; e (3) o enriquecimento obtido com o fato ilícito. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23).

³⁸⁴ See Grimshaw v. Ford Motor Co. (Ford Pinto Case), 174 Cal. Rptr. 348 (Cal. Ct. App. 1981) (Tamura, J.), subhead VI. . Punitive damages are a settled principle of common law in the United States. They are generally a matter of state law (although they can also be awarded under federal maritime law), and thus differ in application from state to state. In many states, including California and Texas, punitive damages are determined based on statute; elsewhere, they may be determined solely based on case law. Os danos punitivos são um princípio estabelecido de direito comum nos Estados Unidos. Eles são geralmente uma questão de lei estadual (embora também possam ser concedidos sob a lei marítima federal) e, portanto, diferem na aplicação de estado para estado. Em muitos estados, incluindo Califórnia e Texas, os danos punitivos são determinados com base no estatuto; em outros lugares, eles podem ser determinados apenas com base na jurisprudência. (GRIMSHAW V. FORD MOTOR CO. (1981). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>. Acesso em: 26/02/2022.

deixando a critério do corpo de jurados³⁸⁵ decidirem se àquela ofensa merece uma punição. Portanto, os institutos são indiscutivelmente idênticos na sua abrangência dos danos morais e materiais punitivos, na sua legalidade, na sua finalidade e no respeito aos sistemas *Civil Law* e *Common Law*.

7.3.1 A quantificação do dano moral no modelo atual: método bifásico

No âmbito do sistema jurídico atual civilista torna-se importante fazer uma apresentação sobre os critérios de fixação do *quantum* indenizatório ensejado por ocorrência de dano moral. Diante da dificuldade de se fixar o *quantum* de compensação ou indenização reparatória em casos de violação de direitos extrapatrimoniais invioláveis, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o método mais adequado para um arbitramento razoável deve considerar dois elementos principais: os precedentes em relação ao mesmo tema e as características do caso concreto. Ou seja, para se alcançar o valor adequado para cada caso, adota-se um método bifásico subjetivo, no qual se apresentam duas etapas bem delineadas.

Na primeira fase, arbitra-se um valor em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria. Para tanto, o julgador deve analisar a jurisprudência sobre o evento danoso e identificar quais são os valores usualmente arbitrados para o mesmo grupo de casos. Já na segunda fase, alcança-se o *quantum* definitivo mediante análise subjetiva das características do caso, ajustando-se o valor verificado na primeira fase às peculiaridades do caso concreto. Para aferição das peculiaridades do caso concreto são sopesados a gravidade do fato em si na visão do juiz, a responsabilidade do agente, a culpa concorrente da vítima e a condição econômica do ofensor. Conforme consignado na ementa do Recurso Especial 1.473.393/SP³⁸⁶, este método é o praticado. Segundo asseverado por Luis

³⁸⁵ “O júri tem o poder de impor indenizações que excedam o prejuízo suportado. A indenização se destina não apenas a compensar o lesado, mas também a punir o culpado, a desestimular condutas semelhantes no futuro, e a demonstrar a desaprovação do júri quanto ao ilícito cometido”. Original: *a jury have it in theis to give damages for more than the injury receuved. Damages arre designed not only as satisfaction to the injured peson, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such preceedings for the future, and as proof of detestation of the jury to the action itself*. (INGLATERRA, HOUSE OF LORDS, 98 End. Rep. 499).

³⁸⁶ [...] atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarificação do dano, trazendo um ponto de equilíbrio pelo qual se consegue alcançar razoável correspondência entre o

Felipe Salomão, no julgamento do recurso especial acima citado, a adoção desse critério traz, além de segurança jurídica, um norte de estabilização para o arbitramento dos danos morais, evitando-se, ainda, que a fixação do *quantum* não guarde proporcionalidade em relação às diversas hipóteses de dano moral analisadas pelo Judiciário.

7.3.2 Os problemas do sistema bifásico: reparatório e punitivo

Para se quantificar a indenização por dano moral verificam-se dois pontos de conflito na própria jurisprudência. Primeiro o que reconhece o caráter punitivo da norma e segundo, o que emprega a limitação inerente à reparação do dano que deve afastar o enriquecimento sem causa, abduzindo a possibilidade de uma punição concreta ou eficaz³⁸⁷.

O Superior Tribunal de Justiça se posiciona em relação à quantificação do dano moral utilizando-se do método bifásico³⁸⁸, que significa a fixação de um valor base da indenização, levando em conta a jurisprudência sobre casos de lesão ao mesmo interesse jurídico e, após essa análise, chega-se à indenização definitiva ajustando o valor base para mais ou para menos, conforme as circunstâncias específicas do caso e a extensão do dano mencionada no art. 944 do CC/02. Ou seja, tal modelo funda-se em uma dupla fase para a quantificação do dano moral, avaliando tanto os precedentes quanto as circunstâncias subjetivas do bem jurídico protegido. Os partidários³⁸⁹ do sistema aberto acreditam que a quantificação do dano moral deva ficar a cargo do arbítrio do magistrado, justamente por ser da própria essência do dano moral, a subjetividade deste. Não existe a possibilidade de tarifar a dor, segundo esses

valor da indenização e o interesse jurídico lesado, bem como estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso. (BRASIL, STJ. Resp. 1.473.393/SP. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/10/2016, DJe 23/11/2016).

³⁸⁷ Nesse sentido, verifica-se que a jurisprudência brasileira, apesar de reconhecer a utilização de critérios punitivos na quantificação da indenização por danos morais, aponta expressamente que o *quantum* indenizatório encontra limite, nesses casos, na vedação ao enriquecimento sem causa. Isto é: a condenação do agressor deve superar a mera reparação dos danos, mas não pode ser tão elevada a ponto de enriquecer a vítima. (ROCHA; MENDES, 2017. p. 238).

³⁸⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Publicações**. Textos. 06/05/2011: Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101710. Acesso em: 05/08/2021.

³⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 132.

autores, razão esta pela qual, a fixação do *quantum* indenizatório deva ficar sob a responsabilidade do magistrado, que utilizará critérios subjetivos para avaliar a extensão do dano e o valor de sua consequente reparação.

7.4 A aplicação dos *punitive damages* de forma velada no ordenamento brasileiro.

A teoria dos *punitive damages* já é aplicada no Brasil, tanto o é que permanecemos analisando exatamente a possibilidade ou não de punição dentro do ramo do direito privado. Logo, o instituto norte-americano não poderia deixar de ser analisado ou comparado positivamente, afinal, já é aplicado de forma velada³⁹⁰ no Brasil com a denominação de teoria do Valor do Desestímulo.

Como no Direito Brasileiro já é aceita a natureza punitiva da responsabilidade civil para casos que envolvem indenização por dano moral, não se justifica afastar a sua maior ferramenta que é a referência norte-americana³⁹¹ de punição, cuja indenização vultosa, que, se não desestimula, pune o ofensor de forma contundente e exemplar, dando uma resposta para a sociedade.

Partindo da teoria dos *punitive damages* e sua finalidade, atrelada ao texto constitucional vigente, já se torna possível traçar um paralelo com a ideia de dano punitivo brasileiro. Primeiro quando se reafirma que ambos os institutos são punitivos³⁹². Ato contínuo porque é possível constatar que ambos os institutos se referem ao dano moral e material e, terceiro porque ao contrário dos *punitive damages* que não tem previsão legal, no sentido taxativo da lei, a norma constitucional foi

³⁹⁰ No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das “*punitive damages*” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor 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. Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte 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 e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. (ARAÚJO FILHO, 2014 p. 341).

³⁹¹ *Dos Punitive damages*

³⁹² Ao acolher a função punitiva da indenização por danos morais, a jurisprudência (em especial o STJ) costuma utilizar três critérios para se chegar a um valor indenizatório: (1) o grau de culpa do ofensor; (2) a condição econômica do responsável pela lesão; e (3) o enriquecimento obtido com o fato ilícito. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23).

inovadora ao prever a conduta reprovável mediante punição pecuniária. Portanto, os institutos são indiscutivelmente idênticos na sua abrangência dos danos morais e materiais punitivos, na sua legalidade e na sua finalidade.

7.5 O mecanismo de funcionamento dos danos punitivos: pontos positivos e pressupostos.

Ao contrário do mecanismo punitivo utilizado no Brasil que se orienta pelas regras do sistema jurídico *Civil Law*, o ponto central é apresentar uma nova visão que configura, em primeira análise, a possibilidade legítima de punição pecuniária em caso de violação de direitos da personalidade invioláveis e, em segunda análise, introduzir o mecanismo da quantificação desprendido das amarras do Direito Privado para atingir seus fins sociais sem esbarrar nos princípios reparatórios do Direito Civil.

7.5.1 Legitimidade e legalidade

O primeiro ponto positivo encontrado na busca ideológica de uma teoria para os danos punitivos seria a configuração da legitimidade do instituto e sua legalidade. Ponto essencial para dar eficácia norma jurídica. Para que se dê legitimidade ao ordenamento jurídico ou a um sistema jurídico é necessário que o processo seja conduzido de forma harmoniosa com a Constituição da República³⁹³, o que não se verifica no atual modelo punitivo em relação à indenização por danos morais. O modelo atual justifica o caráter punitivo da norma na responsabilidade civil decorrente de ato ilícito puro, mas fere essa legitimidade que lhe é conferida para regular o procedimento de reparação de danos quando não encontra no ato ilícito puro o caminho para a punição, e se utiliza de critérios subjetivos na tentativa de definir o dano moral com intuito de encaixá-lo dentro da norma definidora do ato ilícito absoluto.

A subjetividade decorrente do conceito de dano moral que é criado a partir da necessidade do dano determinada pelo art. 186 do Código Civil, que por si só gera a ilegitimidade do sistema punitivo privado, por conter os conceitos atuais de dano moral, remissão ao dano propriamente dito, o que reluz na inobservância da previsão legal no diploma civilista que se refere ao dano moral como ato antijurídico e não como

³⁹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. JusPODIVM, 2016. p. 33

ato ilícito puro, deixando a critério de o julgador diferenciar dano moral de mero aborrecimento.

Contudo, a aceitação de uma teoria baseada na norma constitucional tornaria o arbitramento do *quantum* indenizatório legítimo porque seguiu as regras do sistema de direito público punitivo, o qual prevê a norma punitiva dentro do seu sistema, bem como porque direcionou o entendimento da definição de dano exclusivamente moral como um comportamento antijurídico e, portanto, não encontraria barreiras ou conflito de princípios constitucionais e infraconstitucionais, já que não prescindiria de uma definição do dano para fazer a subsunção do fato à norma do ato ilícito puro que exige o dano para consequentemente quantificá-lo.

Atrelada à legitimidade está a legalidade, posto que, uma vez convencido de que a norma punitiva e garantidora dos direitos constitucionais da personalidade invioláveis está completa ao prever um comportamento e uma punição, alcançar-se-ia o respeito ao princípio da legalidade.

7.5.2 *A desnecessidade de aplicação velada do instituto punitivo*

Ao contrário das teorias predominantes que buscam ainda entender como solucionar o problema da punição oriunda da responsabilidade civil no ramo do Direito Privado, os danos punitivos por terem previsão expressa e natureza jurídica de norma de Direito Público, abrem caminho para o estabelecimento de aplicação dos *punitive damages* no Direito brasileiro, sem a necessidade de se justificar o instituto de forma velada. A liberdade dentro da moldura conferida ao julgador se torna algo relevante, quando este estiver diante do caso concreto, terá melhores condições de atender o conteúdo da norma fundamental aplicando uma punição que tenha efeito social.

7.5.3 *As condições legais e legítimas para punir o ofensor*

Outro item favorável é a possibilidade jurídica de punir o ofensor de maneira contundente. Atualmente, diante do conflito de princípios de direito público e privado não é possível conferir ao magistrado autonomia para aplicar a punição nos moldes do direito punitivo, porque existe na doutrina críticas a este modelo punitivo privado³⁹⁴.

³⁹⁴ Os *punitive damages* ocorrem no direito norte-americano. Um sistema jurídico bem diferente do nosso. Diferentemente dos países de tradição romano-germânica, este sistema jurídico não se desenvolveu nas

O Direito punitivo segue uma moldura³⁹⁵ que deve ser interpretada e respeitada pelo juiz, tão quanto, nas situações agravantes e atenuantes. Seguindo essa lógica científica, resta estabelecido que o Poder Punitivo do Estado tem limites estabelecidos pelas próprias regras do direito punitivo, seja no ramo criminal ou administrativo.

7.5.4 *As condições legais para quantificar a pena e não o dano*

Ainda tratando das condições legais que serão ofertadas ao magistrado dentro da legalidade, a teoria que se propõe apresenta uma nova visão para o caminho da quantificação. Ao contrário da responsabilidade civil reparadora que parte da configuração do dano para na quantificar e reparar esse mesmo dano, o Direito punitivo parte da quantificação da pena pecuniária para punir a conduta³⁹⁶, e não reparar num primeiro momento o dano. O dano no caso de violação de direitos invioláveis é presumido para o Direito. Logo, o que se pune é a conduta e não o dano.

Assim, uma vez constatado que o Direito Privado parte do conceito de dano moral e da ocorrência do dano para quantificar a indenização, o Direito Público parte da conduta para quantificar a pena, sendo, portanto, plausível tratar uma norma punitiva com os métodos de quantificação que atendam melhor os princípios constitucionais.

7.5.5 *A finalidade social*

Destaque de extrema relevância é a finalidade social que seria alcançada pela teoria proposta dos danos punitivos. Não obstante a Constituição da República de 1988 elevar o direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem ao patamar constitucional e garantir-lhes uma indenização pecuniária em caso de violação, já

mesmas bases que o nosso. O sistema jurídico norte-americano admite algo impensável para o nosso sistema: conjugar em uma mesma sentença, uma condenação de caráter civil (reparação) e uma condenação de caráter penal (punição). (SOUZA, 2009, p.259).

³⁹⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (Tradução de João Batista Machado). 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 264, 265, 268 e 393.

³⁹⁶ OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. **Crimes de perigo abstrato**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº. 25, 2005, p. 203. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/73924-Texto%20do%20artigo-306523-1-10-20170603.pdf>. Acesso em: 25/09/2022.

estampa na norma sua finalidade social, qual seja, garantir e promover a dignidade da pessoa humana evitando agressões a bens e valores imateriais.

A punição em caso de ofensa a bens personalíssimos atrelados a valores do ser humano serve exatamente para convencer os cidadãos que aquela norma deve ser respeitada acima de tudo, quando se toma como parâmetro a justificativa da regra dos *punitive damages*³⁹⁷. Principalmente por se tratar de norma inviolável. Partindo desse pressuposto, de que a norma constitucional tem uma finalidade social de manter o respeito àqueles direitos específicos para promover o princípio da dignidade da pessoa humana³⁹⁸ é que os danos punitivos convergem exatamente na mesma direção. Isso porque, ao se aplicar uma pena pecuniária partindo a quantificação da pena, seria possível obter do Estado uma resposta social de acordo com o nível da norma constitucional punitiva. O Direito Privado não tem condições ou ferramentas hábeis para estabelecer uma paz social, mas tão somente, equilibrar as relações em desequilíbrio. Já o ramo do Direito Público tem legitimidade para normatizar a punição do ofensor de modo que a sociedade tenha uma resposta direta daquele fim social que se espera.

7.5.6 O respeito ao sistema jurídico vertical

Por fim, outro ponto positivo e notório que se enfoca é a localização geográfica que a norma punitiva encontra dentro do ordenamento jurídico³⁹⁹. Ao contrário do ramo do Direito Privado que deve respeito às normas constitucionais, quando se verifica que a estrutura da norma está completa e se encontra no topo da pirâmide, não há que se falar em aplicação de normas ou princípios infraconstitucionais, exceto, quando a própria norma constitucional informa que aquele direito será garantido por lei. O que não é o caso dos danos punitivos ou dano moral como é chamado atualmente. Diante do respeito hierárquico do sistema jurídico, os danos punitivos encontram legitimidade

³⁹⁷ LEVY, Daniel de Andrade, **Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012, p.49.

³⁹⁸ O homem passou a ser encarado como centro da sociedade, como elemento principal do ordenamento jurídico, sempre protegido pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2003, p. 174)

³⁹⁹ 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. (BRASIL, 1988, Art. 5º)

para absorver os conceitos atuais denominados isoladamente de dano moral, para, Danos Punitivos.

8 OS EFEITOS POSITIVOS DA PUNIÇÃO NOS DANOS PUNITIVOS

Os efeitos da punição será o último tema a ser tratado, porque neste momento serão apresentadas comparações negativas e positivas que geram efeitos no campo social, econômico e jurídico, quando se expõe o alcance efetivo da norma jurídica que decorre de interpretações subjetivas do conceito de dano moral e do conceito objetivo extraído da norma jurídica asseguradora desse dano, iniciando pelos efeitos negativos através do sistema quantificatório atual.

8.1 O funcionamento do sistema atual quantificatório do dano moral

No sistema atual, a indenização por dano moral tem seu *quantum* indenizatório baseado em um método bifásico⁴⁰⁰ como já exposto. Isso significa que o julgador deve observar condições objetivas através da análise de precedentes e subjetivas, sendo que, nesse último, o julgador se apoia na sua experiência de vida para balizar o valor da indenização. Esse sistema faz com que a intenção do legislador, do magistrado e da doutrina em punir o ofensor, encontre barreiras no sistema civilista, afastando assim, a finalidade punitiva da norma gerando efeitos sociais, econômicos e jurídicos negativos. Vejamos cada um deles.

8.1.1 Efeitos sociais

O primeiro efeito é o social. De acordo com a leitura da norma punitiva, aquele que comete o ato ilícito violador de premissa legal inerente à norma, deveria ser punido para não cometê-lo novamente e dar exemplo à sociedade⁴⁰¹. Nesse caso, teríamos um efeito social pedagógico que educaria o ofensor e, ao mesmo tempo, garantiria um efeito exemplar que se utilizaria da pena aplicada ao ofensor para desestimular outros potenciais ofensores. Entretanto, no modelo atual de condenação e indenização decorrente de dano moral o efeito social é reverso, fazendo com que o

⁴⁰⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Publicações. Textos. 06/05/2011: Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101710. Acesso em: 05/08/2021.

⁴⁰¹ GRECO. Rogério, **Curso de Direito Penal**, parte geral. Volume 1. Ed. Impetus. 18ª Edição, revista, ampliada e atualizada. 2016. P. 587.

instituto seja banalizado⁴⁰². Reverso porque, quando se permite ao julgador diferenciar os meros aborrecimentos do dano moral aplicando critérios de subjetividade, a verdadeira punição é afastada do conteúdo da norma punitiva já que o magistrado não se baseia em critérios objetivos para fundamentar sua condenação. Em segunda análise, a qual faz parte do momento quantificatório, o valor da indenização por se limitar a uma indenização pré-determinada⁴⁰³, o que torna possível equacionar se a prática do ato ilícito compensa em detrimento da indenização nos moldes da análise econômica do direito⁴⁰⁴. E mais, além de ser possível fazer uma análise econômica da pena, ainda é crível notar que existem casos em que a parte não sofreu dano algum, mas recebe uma indenização da mesma forma, gerando um subterfugio⁴⁰⁵ para o enriquecimento sem causa.

A reincidência também se destaca como reflexo de efeito reverso como se esboça com a banalização do instituto, uma vez que, quanto mais ações por dano moral são propostas no Poder Judiciário⁴⁰⁶, mas notória fica a impunidade do ofensor,

⁴⁰² MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** n° 1.0520.06.012840-9/001; Desembargador Relator: Ministro Wanderley Paiva; D.J.: 05/10/2011. TJMG JUS. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7562/5/TJMG%20-%2010515120005936001.pdf> . Acesso em: 25/09/2022.

⁴⁰³ Como instância máxima de questionamentos envolvendo legalidade, o STJ definiu algumas quantias para determinados tipos de indenização. Um dos exemplos são os casos de morte dentro de escola, cujo valor de punição aplicado é de 500 salários mínimos. Quando a ação por dano moral é movida contra um ente público, cabe às turmas de Direito Público do STJ o julgamento do recurso. Seguindo o entendimento da 2ª Seção, a 2ª Turma vem fixando o valor de indenizações no limite de 300 salários mínimos. Foi o que ocorreu no julgamento do Recurso Especial 860.705, relatado pela ministra Eliana Calmon. O recurso era dos pais que, entre outros pontos, tentavam aumentar o dano moral de R\$ 15 mil para 500 salários mínimos em razão da morte do filho ocorrida dentro da escola, por um disparo de arma. A 2ª Turma fixou o dano, a ser ressarcido pelo Distrito Federal, seguindo o teto padronizado pelos ministros. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 08/12/2021.

⁴⁰⁴ PEREIRA, Henrique Viana, MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A Análise Econômica no Direito Pena:** Artigo de revista. Idioma: Português. Publicado em: Plenum 2017, p. 3.

⁴⁰⁵ SOUZA, Adriano Stanley Rocha (Coord.) Reflexões Acadêmicas. **O dano moral como enriquecimento sem causa.** Belo Horizonte: Conhecimento, 2017, p. 37.

⁴⁰⁶ Publicado em 20/09/2017 O Relatório Justiça em Números 2017 revelou que, no ano passado, 79,7 milhões de processos tramitaram no judiciário do País, com 29.351.145 novas ações. Além de informações sobre a litigiosidade, produtividade e despesas, o estudo apresenta uma análise dos assuntos mais demandados por ramo da Justiça. Responsável por aproximadamente 67% do total de processos ingressados no Poder Judiciário, a Justiça Estadual trata de uma ampla grama de assuntos do cotidiano do cidadão. O tema Direito Civil aparece entre os cinco assuntos com maiores quantitativos de processos em todas as instâncias desse segmento. O destaque fica para as ações relativas a Obrigações/Espécies de Contratos (1.944.996), Responsabilidade civil/Indenização por dano moral (1.760.905) e Família/Alimentos (853.049). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

o que gera um efeito social negativo, não obstante, a prática do julgador que se apoia em critérios subjetivos na busca pela compreensão do dano e, posteriormente deve se ater aos comandos impostos pelo Código Civil que limita o valor da indenização à extensão desse mesmo dano, causando o desvio do interesse social do legislador.

8.1.2 Efeitos jurídicos

Juridicamente os efeitos reversos são vastos. Isso porque, o tema da natureza jurídica do dano moral é constantemente discutido nas academias e nos tribunais⁴⁰⁷. A jurisprudência e a doutrina tentam insistentemente criar uma fundamentação que dê legitimidade às condenações, ou melhor, ao valor das condenações, tornando-as ilegítimas por falta de consenso objetivo⁴⁰⁸. Projetos de lei criados para alterar o Código Civil não seriam os mais adequados⁴⁰⁹ por já existir no ordenamento jurídico previsão legal do instituto, fazendo com que as inovações jurídicas que redundam na busca por uma possibilidade de punição moral, não encontrem guarida no meio jurídico quando se trabalha a ideia de pressupostos subjetivos para condenar ou quantificar aquele ato violador da norma, trazendo ao sistema uma insegurança jurídica reiterada.

8.1.3 Efeitos econômicos

Os efeitos econômicos negativos são diversos, mas nos atentaremos apenas dois. O primeiro deles foi citado no item 5.5.1 quando se afirma que é possível

⁴⁰⁷ ARAÚJO FILHO, Raul. **Punitive damages e sua Aplicabilidade no Brasil**. 2014, p. 338. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/75669>. Acesso em: 14/02/2022.

⁴⁰⁸ No Brasil podemos encontrar, aqui e ali, nas discussões doutrinárias, menções à teoria do desestímulo. Rui Stoco, enfatiza que “os fundamentos básicos que norteiam a fixação do *quantum* em hipóteses de ofensa moral encontram-se no seu caráter punitivo e compensatório”. Sugere ao juiz, ao arbitrar os danos morais, a observância da *teoria do valor do desestímulo*, criticando qualquer posicionamento que desconsidere, nessa fixação, as condições econômicas das partes e a culpa do ofensor. (STOCO, 2011, p. 1295-1296)

⁴⁰⁹ Alguns projetos de lei visam a disciplinar a matéria seja para reconhecer expressamente a função punitiva da responsabilidade civil (Projeto de Lei nº 276/2007 do Dep. Léo Alcântara e Projeto de Lei 2.496 de 2007 do Deputado Vital do Rêgo Filho), seja para estipular de forma mais clara os critérios a serem seguidos pelo magistrado quando da estipulação da indenização a título de dano moral (Projeto de Lei nº 334 de 2008 do Senador Valter Pereira). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>. Acesso em: 1/05/2022.

estabelecer uma previsibilidade no valor das condenações e equacionar se vale à pena praticar o ato ilícito e causar dano. Isso faz, exemplificadamente, que as empresas de transporte aéreo, bancos, varejo ou telefonia, violem direitos da personalidade invioláveis podendo os quantificar anteriormente para chegar ao resultado analítico entre o lucro e a prática da conduta ilícita, equacionando de tal forma se o lucro comporta o valor da indenização. Isso ainda, caso o cidadão acione a justiça. Outro efeito que merece destaque é a possibilidade de o juiz fazer justiça social. No cenário atual o magistrado utiliza critérios subjetivos⁴¹⁰ e promove uma justiça social distributiva ao arbitrar um valor indenizatório sem se ater a uma base legal objetiva.

8.2 Como funcionaria no sistema constitucional dos danos punitivos

Ao seguirmos a orientação constitucional, a indenização por dano moral ou material decorreria imediatamente da violação de direito inviolável. Portanto, de uma prática contrária à norma⁴¹¹ e teria seu *quantum* indenizatório baseado na quantificação da pena⁴¹². Isso significaria que o julgador observaria condições objetivas de descumprimento da norma, afastando a subjetividade e aplicando por fim uma sanção exposta na moldura do direito sancionador e não vinculada à extensão do dano como prescinde o Código Civil ou o ato ilícito puro. Esse sistema faria com que o magistrado tivesse legitimidade para punir o ofensor e dar uma resposta à sociedade, gerando efeitos sociais, econômicos e jurídicos positivos diante da possibilidade de resposta concreta.

8.2.1 Efeitos sociais

O efeito social positivo decorreria, em primeira análise, da aplicação da norma punitiva transgredida para aquele que cometeu o ato ilícito. Uma vez afastado o

⁴¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 132

⁴¹¹ PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. **A reparação do dano moral**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 90, 1995, p. 174. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67294/69904>. Acesso em: 29/09/2022

⁴¹² Observado o disposto no art. 24 pela autoridade competente e respeitados os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do art. 57 da Lei nº 8.078, de 1990, a pena de multa fixada considerará: IV - a condição econômica do infrator; e (Incluído pelo Decreto nº 10.887, de 2021) V - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção. (BRASIL.1990, Art. 57).

regramento do Código Civil teríamos um efeito social pedagógico autorizado pela norma punitiva que educaria o ofensor e ao mesmo tempo garantiria um efeito exemplar, que utilizaria da pena legítima aplicada ao ofensor para desestimular outros potenciais ofensores, uma vez que o ato que gera a indenização por dano moral seria a ofensa do direito tipificado⁴¹³, superando uma análise parcial e subjetiva do julgador no caso concreto. Partindo do pressuposto de que a punição seria legítima em razão do descumprimento da premissa normativa, não seria mais possível, em tese, fazer uma análise econômica da pena, porque cada pena teria uma quantificação, estabelecendo um respeito às normas invioláveis e gerando uma paz social. A reincidência também teria possibilidade de ser aplicada e tratada de forma objetiva deixando notória a probabilidade de coibir a impunidade do ofensor, não obstante, abre-se caminho para afastar a prescrição civil que já vem sendo consolidado pelos tribunais⁴¹⁴, o que geraria um efeito social positivo.

8.2.2 Efeitos jurídicos

Juridicamente os efeitos reversos seriam extintos e o Direito seguiria novamente à sua partitura em harmonia. Isso porque, uma vez constatado que dentro do próprio ordenamento jurídico a natureza jurídica do dano moral já foi delineada e compõe o complexo dos danos punitivos, as divergências jurídicas para o tema teriam o caminho livre para a aplicação do instituto, afastando hipóteses de insegurança jurídica nas ações que envolvem pedido de dano moral em decorrência da objetividade do conceito. Nesse ponto, haveria então possibilidade de se apurar com critérios legislativos a ocorrência do dano moral, evitando os subterfúgios para o enriquecimento sem causa, bem como arbitrar de acordo com os princípios constitucionais o valor repressivo que deveria constar na indenização, trazendo harmonia para o ordenamento jurídico.

8.2.3 Efeitos econômicos

⁴¹³ É questão de tipicidade. Logo, o direito violado não é incerto. O desvalor do injusto não pode ser relegado pela ordem jurídica. Sua estrutura despenda do sistema jurídico. (PEDROSO, 1995, p. 174).

⁴¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em Teses** – Edição nº 137. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Inicio>. Acesso em: 25/04/2021.

Os efeitos econômicos positivos também são diversos, mas nos atentaremos apenas aos dois comentados. O primeiro deles já foi citado de forma negativa nos itens 5.5.1 e 8.1.3 quando se afirmou ser possível estabelecer uma previsibilidade no valor das condenações e equacionar se vale à pena a prática do ato ilícito mediante uma análise econômica do direito. Nesse caso, o efeito econômico positivo consistiria naquele que afasta a possibilidade de previsibilidade do valor a ser arbitrado, como nos *punitive damages*, dificultando que as empresas de transporte aéreo, bancos, varejo ou telefonia violem direitos da personalidade e sejam devidamente punidas, descompensado uma hipótese de análise econômica do direito através da prática da conduta ilícita.

Outro efeito que merece destaque é à possibilidade de o juiz fazer justiça social. No cenário atual como estudado, o magistrado analisa através critérios subjetivos, como sua experiência de vida e suas sensações para promover critérios de quantificação⁴¹⁵. Este promoveria uma justiça distributiva ao difundir uma reparação em forma de indenização que, na teoria dos danos punitivos seria indevida pela possibilidade de inocorrência de violação da norma inviolável que assegura a indenização ou, pela inobservância de critérios legais e objetivos para se quantificar a pena e não o dano. Assim, como não seria mais possível, em tese, adiantar matematicamente o valor da indenização punitiva, a justiça comutativa poderá ser alcançada ao invés da justiça distributiva ou corretiva.

⁴¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 132

9 CONCLUSÃO

A par de todo o exposto, a tese apresentou argumentos que resolveriam o problema da natureza jurídica do dano moral. Em busca de um conceito objetivo de dano moral demonstrou que os conceitos atuais foram criados a partir do ponto de vista da constatação do dano, sendo proposta na obra uma análise científica para a criação de um novo conceito jurídico de dano moral, tomando como ponto de partida a norma jurídica. Ao estruturar um conceito objetivo para o dano moral passou-se para uma segunda fase e demonstrou que o Direito punitivo pode ser aplicado pelo ramo do Direito Privado, desde que exista uma norma prevendo aquela punição. Confirmou-se que a norma permissiva da punição indenizatória se encontra na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais precisamente no art. 5º, X da Carta. Foram feitos testes de construção histórica dos direitos e garantias fundamentais em relação à norma punitiva do dano moral, demonstrando-se a provável existência de direitos violáveis e invioláveis dentro do ordenamento jurídico. Demonstrou-se ainda filosoficamente, que os direitos violáveis estão regulados fora do art.5º da Constituição Federal de 1988 e, os direitos inseridos na Constituição estão submetidos a regramento diverso do modelo do civilista. Após absorver essas premissas, a obra apresentou teses favoráveis ao entendimento punitivo, mas com outros fundamentos, os quais se basearam no Direito Constitucional. Assim, afastou o problema de aplicação de pena pecuniária no ramo do Direito Privado, tendo em vista a existência de uma norma punitiva autorizadora daquela punição.

Ao ser objetivado o conceito de dano moral mediante a leitura científica da norma jurídica, a obra fez o teste desse novo conceito nos problemas decorrentes do conceito subjetivo de dano moral, constatando que: a punição feita através das ferramentas do Direito Civil é legítima, uma vez que a norma punitiva não faz parte do sistema normativo do Direito Privado, mas sim, do sistema Constitucional, o que autoriza que o dano moral tenha natureza punitiva. O Direito Civil apenas aplica a norma punitiva, mas isso não torna punitivo, uma vez que a norma que determina a punição está no topo da pirâmide, respeitando por completo o sistema jurídico. Nesse contexto, surgem outros problemas que foram examinados e solucionados por próprio ordenamento jurídico.

Afirmou-se que o instituto da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito *stricto sensu* é conceituado como a obrigação de responder juridicamente pelos seus

atos praticados, se exigindo, além de outros pressupostos, o dano. Ou seja, a responsabilidade civil decorrente de ato ilícito *stricto sensu* invoca o responsável para responder por seus atos, mas caso não haja dano, não será responsabilizado, sendo essa uma modalidade de responsabilidade civil reparadora que é uma espécie de responsabilidade civil decorrente de violação de ato ilícito absoluto, o qual está sujeito às limitações do sistema civilista por exigir o dano como pressuposto da reparação.

Neste ponto, a obra se volta à observação histórica do instituto para analisar quando foi inserido o dano moral na Constituição da República e quando foi inserida a expressão “exclusivamente moral” no Código Civil de 2002, concluindo que o art. 186 do Código Civil de 2002, que absorveu o ato ilícito do art.159 do Código Civil de 1916, manteve o ato ilícito absoluto para a responsabilidade civil reparatória e inseriu o ato ilícito *lato sensu*, que se refere ao dano moral como mero descumprimento de norma no final do dispositivo. Feita essa análise, concluiu que o ato ilícito que configura o dano exclusivamente moral tem pressupostos de formação diversos do ato ilícito *stricto sensu*, quando se verificou que esse exige a exteriorização do dano para quantificá-lo e repará-lo, seja em forma de reparação ou indenização compensatória limitada até à extensão do próprio dano. Nada punitivo.

Ao contrário do ato ilícito puro que tem natureza jurídica de direito privado, o ato ilícito *lato sensu* como um comportamento antijurídico faz uma remissão constitucional, ou seja, autoriza uma punição. Dessa forma, utilizando primeiro a leitura da norma constitucional e, confirmando ser aquele comando uma norma proibitiva da qual decorre uma sanção, o Código Civil ao se referir àquela norma afirmando que: quem comete dano exclusivamente moral também pratica ato ilícito, apresenta outra nova modalidade de ato ilícito dentro do mesmo regramento legal, que por sua vez não exigiria mais o dano.

Essa construção de argumentos sistemáticos fez com que se abrisse caminho para o entendimento conclusivo de que o Direito Privado não é punitivo, servindo apenas a responsabilidade civil como ferramenta jurídica que dá eficácia à norma punitiva constitucional, concluindo, portanto, que o Direito Privado realmente não é punitivo, mas a Constituição sim, quando são violados os direitos invioláveis.

Superado o problema da natureza jurídica do dano moral e objetivado seu conceito, a obra repeliu a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* no Brasil. Isso porque, restou analisado que os países nórdicos respeitaram o seu sistema *Common Law* quando se edificou a doutrina dos *punitive damages* através dos seus

costumes e porque no Brasil o sistema *Civil Law* foi rigorosamente respeitado, ao ser positivada a norma autorizadora de aplicação de punição indenizatória no ramo do Direito Privado. Contudo, não significou que os *punitive damages* não poderiam servir como uma referência para o Direito Brasileiro. Pelo contrário, restou demonstrado que a doutrina dos *punitive damages* colaborou para esboçar a finalidade da norma punitiva que protege valores essenciais do ser humano. Não obstante outras referências agregadoras, como: a possibilidade de se fazer um julgamento bifurcado para danos morais e materiais; à referência aos danos morais e matérias no conjunto de proteção do bem jurídico tutelado e a exemplaridade da pena, que se não desestimula pune o ofensor de forma contundente.

Quanto aos problemas direcionados à quantificação da indenização, como: o do conflito entre a punição privada e o enriquecimento sem causa, chegou-se à conclusão de que, a partir de uma leitura do conceito de dano moral objetivo seria possível à adoção de novos critérios para se quantificar o ato violador da norma inviolável. O primeiro deles seria afastar da responsabilidade civil decorrente de violação de direito inviolável do ato ilícito *stricto sensu* e aplicando o ato ilícito *lato sensu* para os casos de violação de direitos invioláveis. Essa alteração de pressupostos para a formação do ato ilícito desvincularia a indenização do ato ilícito puro e o remeteria para o ato ilícito *lato sensu*, qual seja o de praticar um ato contrário à lei. Ao se praticar o ato contrário à lei está-se ao mesmo tempo violando uma norma inviolável que assegura uma indenização. Dessa forma, violada a norma impõe-se a condenação punitiva em forma de indenização, o que se denominou de danos punitivos.

Uma vez apresentada a solução hipotética do problema da indenização punitiva limitada à extensão do dano, a tese consolidou que ao se utilizar de um ato ilícito *lato sensu* que se remete à violação de uma norma constitucional punitiva, o Direito Privado, ou melhor, a responsabilidade civil teria o caminho aberto para aplicar uma punição com efeitos sociais concretos que desestimulasse o ofensor, afastando a banalização do instituto e punindo de forma exemplar o ofensor, não ficando o julgador reprimido ao critério reparatório, mas sim ao caráter pedagógico da pena pecuniária, fazendo com que ocorra o menor número de violações ou reincidência mediante o pagamento de uma indenização que desmotive aquela conduta. Nessa organização de ideias, concluiu ainda que os efeitos econômicos dos danos punitivos seriam capazes de afastar a previsibilidade da condenação através da análise econômica do

direito, preservando pela impossibilidade de mensurar a possibilidade de descumprimento de norma fundamental inviolável.

A partir dessas conclusões iniciou-se uma construção acerca de uma teoria punitiva para a violação do direito inviolável, traçando uma análise histórica dos direitos constitucionais invioláveis e suas peculiaridades, para concluir que o dano moral seria uma espécie do gênero de danos punitivos, e, portanto, teria denominação, conceito e classificação própria.

Cientificamente, restou exposto que a norma jurídica definidora do dano moral se encontra dentro do art. 5º, X da Constituição da República de 1988, e, portanto, deve em primeira análise, ser lida como uma norma constitucional de aplicação imediata. Não obstante, a definição da hierarquia da norma que respondeu aos testes de premissa e sanção feitos nessa mesma norma, e que conduziram o argumento para uma norma completa de caráter punitivo, conclui-se que a norma jurídica do dano moral se encontra no topo da pirâmide e contempla todos seus elementos essenciais, sendo ela uma norma de direito público punitivo.

Por fim, socialmente e juridicamente concluiu que os danos morais decorrentes de ofensa aos direitos da personalidade invioláveis não são passíveis de quantificação por sua própria natureza. Por se trataram de um *valor*, a quantificação seria influenciada pelas mais diversas experiências de vida, fazendo com que a subjetividade ganhasse primazia nesta quantificação. O Direito Público punitivo, seja criminal, administrativo ou constitucional não estaria sujeito aos critérios de subjetividade decorrentes do sistema atual, bem como não se limitaria à hipótese de enriquecimento sem causa da parte ofendida, uma vez que, o ramo do direito punitivo aplicaria uma pena sob a luz de princípios que regulem a quantificação dessa mesma pena, por exemplo, os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Com esse no método o julgador seria capaz de aumentar ou reduzir a pena pecuniária com observância apenas dos efeitos da pena no ofensor assim como nos *punitive damages*, afastando critérios subjetivos e dando à sociedade a resposta preventiva ou repressiva que se espera.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Kennedeth S., JEFFRIES JR., Jhon C. **Punitive Damages and The Rule of Law: The Role of Defendant's Wealth**, in Journal of Legal Studies, vol. XVIII, jun, 1989.

_____. **The Liability Century, Insurance And Tort Law Form The Progressive era to 9/11**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES, Aline Cardim; BORCAT, Juliana Cristina. **Os Direitos de Personalidade como Direitos Fundamentais e Manifestação da Dignidade**. II Simpósio Regional de Direitos Humanos e Fundamentais, Parte I – Direitos Fundamentais e Inclusão Social, UNIVEM, Marília/SP, 2013.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2006.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica- Tratado de Justiça**- II Seção da Parte 57-63. Portugal: Resjuridica, 2002.

_____. **Suma Teológica VI** – São Paulo: Loyola. II, Q. 60, R1. 2014.

ARAÚJO FILHO, Raul. **Punitive Damages e sua Aplicabilidade no Brasil**. 2014, Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/75669>. Acesso em: 14/02/2022.

ARAÚJO, José Wellington Medeiros de. **O Dano Moral e Sua Avaliação**. Distrito Federal, Universidade Católica de Brasília, 2001.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução Edson Bini. 4ª edição. São Paulo: Edipro, 2014.

_____. Vitor Civita. “Os Pensadores”- **Ética a Nicômaco**. Abril S/A Cultural e Industrial: São Paulo. 1973.

AURÉLIO. Buarque de Olanda Ferreira. **Dicionário Da língua Portuguesa**. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1988.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatórios. **Ações e relatórios dos lucros dos bancos**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/relatórios>. Acesso em 08/04/2022.

BARBOSA, José Olindo Gil. **A norma em Kelsen: a sanção como fundamento da norma**. Revista Jus avigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4696, 10 maio 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44659>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BARBOZA, Márcia Noll. "Parte I: Direito e Moral". In: **O Princípio da Moralidade Administrativa: uma abordagem de seu Significado e suas Potencialidades à Luz da Noção de Moral Crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Alexis Couto de Brito São Paulo: Quartier Latin. Clássicos Quartier. 2005.

BELL, Griffin B; PEARCE E, Perry. **Punitive damages and the Tort System**. University of Richmond Law Review, vol. 22, 1987, p;3. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1806&context=lawreview>. Acesso em: 23/09/2022.

BERNÉS, M., in: André Lalande. **Vocabulário Técnico y crítico da filosofia, Buenos Aires-Barcelona**:El ateno, 1966.

BERTONCELO, Franciellen. **Direitos da Personalidade: Uma Nova Categoria de Direitos a ser Tutelada**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Maringá. 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021795.pdf>. Acesso em: 28/09/2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 01. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2.a ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense Universitária, 1995.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Constitucional**. 16º. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

_____. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOOBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed., Brasília: Editora UNB, 1999.

BRAGA NETO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva. 2005.

_____. **Teoria dos ilícitos civis**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

BRASIL. **Lei 8078 de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, setembro, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 01/07/2022.

BRASIL. **Lei 9279 de 14 de maio de 1996.** Regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União. Brasília, DF, maio, 1996. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=V%20%2D%20repress%C3%A3o%20%C3%A0%20concorr%C3%Aancia%20desleal. Acesso em: 04/07/2022.

BRASIL. **Lei no 6.923, de 29 de junho de 1981.** Dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, junho, 1996. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6923.htm#:~:text=LEI%20No%206.923%2C%20DE,Assist%C3%Aancia%20Religiosa%20nas%20For%C3%A7as%20Armadas.&text=Art%20.,ser%C3%A1%20regido%20pela%20presente%20Lei. Acesso em: 02/07/2022.

BRASIL. **Lei. nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Presidência da República, janeiro, 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04/07/2022.

BRASIL. [Constituição (1824)] **Constituição Política do Império do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24compilado.htm. Acesso em: 01/07/2021.

BRASIL. [Constituição (1891)] **Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91compilado.htm. Acesso em: 01/07/2021.

BRASIL. [Constituição (1934)] **Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34compilado.htm. Acesso em: 01/07/2021.

BRASIL. [Constituição (1937)] **Constituição Dos Estados Unidos do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37compilado.htm. Acesso em: 01/07/2021.

BRASIL. [Constituição (1946)] **Constituição Dos Estados Unidos do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46compilado.htm. Acesso em: 01/07/2021.

BRASIL. [Constituição (1967)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67compilado.htm. Acesso em: 01/07/2021.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01/07/2021.

BRASIL. **Decreto Federal nº 10.887 de 6 de dezembro de 2021**. Disciplina o processo administrativo sancionador. Diário Oficial da União. Brasília, DF, julho, 1965. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/decretos1/2021-decretos>. Acesso em: 01/07/2022.

BRASIL. **Decreto Lei. 2181 de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em: 01/07/2022.

BRASIL. **Lei 2083 de 12 de novembro de 1953**. Regula a Liberdade de Imprensa Diário Oficial da União. Brasília, DF, julho, 1953. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2083.htm. Acesso em: 01/07/2022.

BRASIL. **Lei 4.117 de 29 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Diário Oficial da União. Brasília, DF, julho, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117compilada.htm. Acesso em: 01/07/2022

BRASIL. **Lei 4.737 de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, julho, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 01/07/2022.

BRASIL. **Lei 5.250 de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Diário Oficial da União. Brasília, DF, julho, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm#:~:text=Regula%20a%20liberdade%20de%20manifesta%C3%A7%C3%A3o%20do%20pensamento%20e%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o.&text=Art%20.,lei%2C%20pelos%20abusos%20que%20cometer. Acesso em: 01/07/2022.

BRASIL. Projeto Lei. 4500 de 09 de outubro de 2012. Acresce inciso IV ao art. 142 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 e garante a liberdade de expressão religiosa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1029602. Acesso em: 05/06/2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. 4º T- **Recurso Especial** 403.919 – Rel. Cesar Asfor Rocha – j. 15.05.2003 – RSTJ 171/351. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar de dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angustias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial não conhecido. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1976799>. Acesso em: 30/04/2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. As ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932. **Precedentes do STJ**: AgRg no Ag 1.339.344/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/2/2012; AgRg no REsp 1.251.529/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 1º/7/2011. (STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Precedentes. Acesso em 25/05/2021.

BRASIL. **Superior Tribunal De Justiça**. Como instância máxima de questionamentos envolvendo legalidade, o STJ definiu algumas quantias para determinados tipos de indenização. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 08/12/2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Consulta processual**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=AgRg%20no%20Ag%20850273>. Acesso em 21/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Jurisprudência em Teses** – Edição nº 137. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 25/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Jurisprudência em Teses** – Edição nº 137. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/Principais-atos-por-tema/Repositorios-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 25/03/2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui alguns entendimentos de situações em que o dano moral pode ser considerado *in re ipsa*. **situações que geram o dano moral in re ipsa**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio/noticias>. Acesso em: 25/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Publicações. Textos**. 06/05/2011: Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101710. Acesso em: 05/08/2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Punitive Damages e sua Aplicabilidade no Brasil**. p. 338, Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/75669>. Acesso em: 25/03/2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial**. 213.188/SP da relatoria do Min. Barros Monteiro, assentou que a “limitação estabelecida pela Lei de Imprensa quanto ao montante da indenização não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988”. Sendo assim mais uma vez observamos a rejeição ao sistema tarifado da Lei de Imprensa. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 02/07/2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Súmula 385**. Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento. STJ. Súmula 403 Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula385.pdf. Acesso em: 01/07/2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Súmula n. 281**. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/issue/archive>. Acesso em: 28/04/2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Teses**. A pretensão de reconhecimento de ofensa a direito da personalidade é imprescritível. Ou seja, é imprescritível a ação para declarar que houve ofensa a direito da personalidade, mas a pretensão indenizatória está sujeita a prescrição. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/Principais-atos-por-tema/Repositorios-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 25/03/2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 07/03/2022.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 7. ed. Atlas, 2008.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**, São Paulo: 8.ed. Atlas, 2008.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Programa de responsabilidade civil**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 5º ed. São Paulo: Ática, 1995, p.187.

CHAVES, Natália Cristina. **Inteligência Artificial: Os Novos Rumos da Responsabilidade Civil**. 2017, p.63-64. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/pi88duoz/c3e18e5u/7M14BT72Q86shvFL.pdf>. Acesso em: 21/09/2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Carlos Henrique Generoso. **A interpretação em Ronald Dworkin**. Brasília: Revista CEJ, Ano, XV, nº. 55, 2011.

COSTA, Cristina. **Sociologia: introdução à ciência da sociedade**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1997.

COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. **História do Direito: De Roma à História do Povo Hebreu e Mulçumano. A Evolução do Direito Antigo à Compreensão do Pensamento Jurídico Contemporâneo**. Belém: Unama, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. JusPODIVM, 2016.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: como chegar até ele**. 3.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. Ed. Salvador: Juspodivm. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 7: responsabilidade civil. -24. ed.- São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7. 2012.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. V.7. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução. Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão, 3ª ed. – São Paulo Martins Fontes, 2007

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1. São Paulo: Atlas, 2020.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2004.

FEUERBACH, Paul J. A. R. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania**. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. 1989.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.

FONTES, Ieda Uema. **A fixação do quantum debeatur na reparação do dano moral e a indenização tarifada**. 2009. 110.f. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

FRANÇA, **Código Civil de 31 de março de 1804**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006089696?from=CODE&page=1&pageSize=10&query=code+civile&searchField=ALL&searchType=ALL&tab_section=all&typePagination=DEFAULT&anchor=LEGIARTI000006419280#LEGIARTI000006419280. Acesso em: 01/07/2022.

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

GARCIA-GALLO, Alfonso. **Estudio de Historia Del Derecho Indiano**. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972.

GARNER, Bryan. A. **Black's Law Dictionary**, 7ªed., St Paul, Est Gropu, 1999.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **O direito de Resposta Proporcional ao Agravo**. 2001. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2001. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4105/1/425134.pdf>. Acesso em: 22/09/2022.

GEROTA, Demètre G. **La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code Civil allemand**. Paris, 1925.

GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato César Guedes. **Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988**. Revista Estudos Institucionais, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>, acessado no dia 03/12/21.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Vitor Fernandes, **A punição na responsabilidade civil: A indenização do dano moral e de da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A Punição na Responsabilidade Civil: A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GONÇALVEZ, Patrícia Antunes; GONÇALVES, Fábio Antunes. **Categorias da Antijuridicidade: O Ato ilícito e o Ato Abusivo**. Periódicos UMFG. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/715-Texto%20do%20artigo-3331-1-10-20171019%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/715-Texto%20do%20artigo-3331-1-10-20171019%20(1).pdf). Acesso em: 05/10/2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, parte geral. Volume 1. ed. Niterói: Impetus, 2016.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. V.1. 15ª ed. Rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRIMSHAW V. FORD MOTOR CO See Grimshaw v. Ford Motor Co. **Ford Pinto Case**, 174 Cal. Rptr. 348 (Cal. Ct. App. 1981) (Tamura, J.), subhead VI. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-peal/3d/119/757.html>. Acesso em: 26/02/2022.

GROVES, John R. (Ed.). **Extracontractual Damages – torts and insurance practice section**. Chicago: American Bar Association, 1983.

HAMMESFAHR, Robert W.; NUGENT, Lori S. **Punitive damages – a state by state guide to law and practice**. New Jersey: West, 2011.

HASTIE, Reid; W. Kip Viscusi. **Punitive Damages. How Juries Decide**. The University of Chicago Press, Chicago. 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: Ou Matéria, Forma E Poder De Uma República Eclesiástica e Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUBER, Peter W. **Liability, the legal revolution and its consequences**. New York: Basic Books, 1988.

JHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Tradução de Pinto Aguiar. Bauru: Edipro, 1999.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura. Trad.** Valério Rohden e Udo Moosburger. In: **Os pensadores (Kant I)**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** – 2ªed. – São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª ed., 1999.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 5ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KÜMMEL, Marcelo Barroso. **A Classificação dos fatos Jurídicos**. Revistas Unijui. 2003. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/758-Texto%20do%20artigo-3012-1-10-20130328.pdf>. Acesso em: 08/10/2022.

LEVY, Daniel de Andrade, Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

LOWY, Michael. **Método Dialético e Teoria Política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (“punitive damages” e o direito brasileiro)**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v. 32, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAYO, Jorge; CROVI, Luis Daniel, **Penas Civiles y Daños Punitivos**, in Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo/dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2019.

MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador – Sanções administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. (30ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível: Indenização – Dano moral – Prova – Desnecessidade. Relator: Orlando Pistoresi, Data de Julgamento: 18/01/2012. **Jurisprudência Mineira**. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 05/02/2022.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** nº 1.0520.06.012840-9/001; Desembargador Relator: Ministro Wanderley Paiva; D.J.: 05/10/2011. TJMG JUS. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7562/5/TJMG%20-%2010515120005936001.pdf> . Acesso em: 25/09/2022.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Região. **Notícias**. 2021 Das novas ações trabalhistas com pedido de indenização por dano moral, no ano de 2018, foram iniciadas 2.165, e, em 2019, 2.139. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas>. Acesso em: 05/03/2022.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo VII: Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento)**. São Paulo: RT, 2012.

MORAES, Alexandre. de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, abr./jun. 2004.

NAPOLITANO, Marcos. **História do Regime Militar Brasileiro**. São Paulo: Contexto, 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. **Crimes de perigo abstrato**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº. 25, 2005. Disponível em:

file:///C:/Users/User/Downloads/73924-Texto%20do%20artigo-306523-1-10-20170603.pdf. Acesso em: 25/09/2022.

PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. **A reparação do dano moral**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 90. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67294/69904>. Acesso em: 29/09/2022.

PELLIZARO, Mariana; WINCK, Daniela Ries. **A Implantação do Tribunal do Júri no Brasil e suas Características nos Principais Países do Mundo**. 2018, p. 53. Periódicos Uniarp. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/1501-Texto%20do%20Artigo-6416-1-10-20190207.pdf. Acesso em: 08/10/2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Henrique Viana, MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A Análise Econômica no Direito Pena**: Artigo de revista. Idioma: Português. Publicado em: Plenum, 2017.

POLI, Leonardo Macedo; LUCIANA, Costa. **Apontamentos sobre responsabilidade civil por perda de uma chance**. In: COMPEDI; UFF. (Org). Direito Civil. 1º ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v 01. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=04da4aea8e38ac93>. Acesso em: 23/09/2022.

_____. **Ato Ilícito**. In: FIUZA, César. (Org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Ato ilícito e responsabilidade civil**. In: MEIRA, José Boanerges; MOTA, Lindomar Rocha (Org.). Teoria do direito e conflitos jurídicos. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilvaFC_1.pdf. Acesso em: 05/10/2022.

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, 2019 **Comissão da verdade**. Disponível em: <https://www.pucsp.br/comissaoдавerdade/sobre-a-cvpuc-composicao.html>. Acesso em: 12/03/2022.

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de projeto de pesquisa, trabalhos acadêmicos, relatórios técnicos e/ou científicos e artigos científicos**: conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 4. ed. reform. e atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2022. Disponível em: www.pucminas.br/biblioteca. Acesso em: 28/09/2022.

PROSSER, William L.; WADE, John W; SCHWARTZ, Victor E. ***Torts cases and materials***. New York: Foundation Press, 2010.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A Teoria Penal de P. J. A. Feuerbach e os Juristas Brasileiros do Século XIX: **a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

REALE, Miguel. **"Direito e moral"**. In: **Filosofia do Direito**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

REZENDE, Élcio Nacur; FREITAS, Marcelo Vieira Rabelo. A responsabilidade Civil Por Danos Ambientais no Direito Espanhol. In: REZENDE, Élcio Nacur; GUIMARÃES, Michele Aparecida Gomas. (Org.) **Responsabilidade Civil Por Danos Ambientais no Mundo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RIPERT, George. ***La Règle Morale dans les Obligations Civiles***, Paris, Lib. Générale, 4a ed.1949.

ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. **Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira**. **Revista de Direito Civil contemporâneo**. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/guialcantara-rdcc-12-211-252.pdf>. Acesso em: 29/09/2022.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

ROUQUETTE, M-L. **Sur la connaissance des masses**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1994.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4.ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHWARCZ, Lília Moritz e STARLING, Heloísa Murgel. Brasil: **Uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e Sua Reparação Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros: São Paulo, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SILVA, Fernanda Cristina Campolina e, **A Lógica da Exemplaridade e a desnecessidade de Aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade católica de Minas Gerais, 2017.

SKIDMORE, Thomas E. **Uma História do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha (Coord.) Reflexões Acadêmicas. **O dano moral como enriquecimento sem causa**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2017.

_____. **Direito das coisas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

_____. **Dano moral e Punitive Damages**. Belo Horizonte. Del Rey, 2013.

_____. **O fundamento jurídico do dano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou punitive damages?** In: Direito Civil: Atualidades III: princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STOCO, Rui **Manual de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

_____. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 6º ed. São Paulo: Editora Forense, 2016.

_____. **Tratado de responsabilidade civil, Doutrina e Jurisprudência**, 8ª edição, Ed. RT, 2011.

_____. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil- Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, Vol 2, 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRIVOSONNO, Alexandre Gomes Travessoni. **A Teoria da estrutura hipotética das Normas Jurídicas de Kelsen. –Características, evolução e balanço de sua importância.** Revista Brasileira de Estudos Políticos 2020.

UILAN, Eduardo. **Responsabilidade Civil Punitiva.** 2003. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511>. Acesso em: 25/09/2022.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil – Da Reparação à Punição e Dissuasão** - Os Punitive Damages no Direito Comparado e Brasileiro, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. V. 4, 2010.

WILIAN, Kolb. Ciência. In: **dicionário de ciências sociais.** Fundação Getúlio Vargas/ instituto de documentação, Rio de janeiro, 1986.

WHITE, Edward. **Tort Law in America.** New York: Oxford University Press, 1985.