

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CARLOS PAULINELLI PEREIRA

A AUTONOMIA DA COMPENSAÇÃO E PUNIÇÃO
DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL, COMO INSTRUMENTOS
DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

UBERLÂNDIA

2023

CARLOS PAULINELLI PEREIRA

A AUTONOMIA DA COMPENSAÇÃO E PUNIÇÃO
DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL, COMO INSTRUMENTOS
DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, na Linha de Pesquisa “Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais”, sob orientação do Professor Doutor Luiz Carlos Goiabeira Rosa.

UBERLÂNDIA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

P436a Pereira, Carlos Paulinelli, 1981-
2023 A autonomia da compensação e punição da indenização por
 dano extrapatrimonial, como instrumentos de efetivação do direito
 fundamental à proteção do consumidor [recurso eletrônico] / Carlos
 Paulinelli Pereira.
 - 2023.

 Orientador: Luiz Carlos Goiabeira Rosa.
 Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de
 Uberlândia, Programa de Pós-graduação em Direito.
 Modo de acesso: Internet.
 Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2025.5015>
 Inclui bibliografia.

 1. Direito. I. Rosa, Luiz Carlos Goiabeira, 1974-, (Orient.). II.
 Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-graduação
 em Direito. III. Título.

CDU: 340

 André Carlos Francisco
 Bibliotecário-Documentalista - CRB-6/3408



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 186, PPGDI				
Data:	Vinte e oito de fevereiro de dois mil e vinte e três	Hora de início:	14:00	Hora de encerramento:	16:00
Matrícula do Discente:	12112DIR008				
Nome do Discente:	Carlos Paulinelli Pereira				
Título do Trabalho:	A AUTONOMIA DA COMPENSAÇÃO E PUNIÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL, COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direitos e Deveres na Sociedade de Risco				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Deive Bernardes da Silva - UFT; Gustavo de Carvalho Marin - UFU; e Luiz Carlos Goiabeira Rosa - UFU - orientador do candidato.

Iniciando os trabalhos o presidente da mesa, Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato, agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos examinadores, que passaram a arguir o candidato. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o candidato:

Aprovado.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, os examinadores e o discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelos examinadores e pelo discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pelo discente.



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Professor(a) do Magistério Superior**, em 14/03/2023, às 17:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Gustavo de Carvalho Marin, Professor(a) do Magistério Superior**, em 03/04/2023, às 11:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Deive Bernardes da Silva, Usuário Externo**, em 10/04/2023, às 10:51, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Carlos Paulinelli Pereira, Usuário Externo**, em 11/04/2023, às 08:26, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **4337626** e o código CRC **7AD8B6A3**.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 NOTAS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
1.1 Breve histórico.....	11
1.2 As dimensões dos direitos fundamentais.....	19
1.3 Amplitude e restringibilidade dos direitos fundamentais	23
1.3.1 <i>Colisão entre regras e princípios</i>	24
1.4. <i>Função da Responsabilidade Civil como garantidora de Direito Fundamental</i>	24
2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
2.1 Proteção do consumidor.....	33
2.2 Do direito fundamental à indenização por dano moral	39
3 A EMANCIPAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO	47
3.1 Emancipação e maximização da efetividade do caráter punitivo da indenização por dano extrapatrimonial.....	48
3.1.1 <i>Notas sobre o instituto das punitive damages</i>	48
3.1.2 <i>A maximização da proteção do consumidor por meio da emancipação do caráter punitivo da indenização por danos morais</i>	63
3.1.3 <i>Um possível contraponto: a capacidade do ofensor e o bis in idem em relação à indenização compensatória por dano extrapatrimonial</i>	71
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS.....	87

AGRADECIMENTOS

É impensável para mim, chegar ao fecho de um trabalho desta relevância sem tecer inúmeros agradecimentos a tantas pessoas e acontecimentos que colaboraram para a viabilidade desse projeto de vida, travestido de pesquisas e escrita das páginas que se seguem. Como disse: Issac Newton, “se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes”, aos gigantes de minha singela caminhada nos estudos e na vida, deixo aqui registrado minha eterna gratidão.

À minha família, núcleo duro que temos como lema “juntos sempre”, com muito amor, Everaldo (*in memoriam*), especialmente meus pais Carlos e Helena, que sempre acreditaram, e me ensinaram a não desistir de fazer coisas que pareciam impossíveis, à minha adorável esposa Priscila e aos meus filhos Dhan e Gael, por me proporcionarem a formação de um lar pleno de afeto, ensinamentos, amor e por respeitarem meus incontáveis momentos “na caverna”.

Ao meu generoso orientador, professor Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, que me acompanha não de agora, mas de longo data, me instigando, incentivando e por vezes acreditando mais que eu próprio, gratidão pela generosidade que sempre foi sua marca.

À Universidade Federal de Uberlândia, pelo ensino, pesquisa e extensão de excelência praticados.

Aos amigos novos e de longa data que tiveram a paciência de me ouvirem, e de compartilhar as teorias e meus desatinos acadêmicos. Em especial ao amigo Mário Ângelo de Oliveira Jr., pelos vários livros emprestados e conversas a respeito da trajetória acadêmica.

Aos colegas de trabalho do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, comarca de Uberlândia, especialmente aos da 8ª Vara Cível, pelo respeito e incentivo a esse projeto. Em especial Dr. José Márcio Parreira, pelas conversas e discussões sobre o tema do presente trabalho que me serviu de inspiração acadêmica.

Finalmente, aproveito para externar toda a minha imensurável gratidão a Deus o responsável por tudo isso, pelo privilégio da vida, pela companhia de gigantes e de me proporcionar acesso ao conhecimento e à possibilidade de compartilhá-los com o próximo.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao passado, ao presente e ao futuro. Ao passado representado pela simplicidade de meus pais que sempre estimularam meus estudos.

Ao presente, representados pelos companheiros de jornada desse projeto que foram decisivos para fazê-lo florescer, especialmente minha adorável companheira Priscila por confiar no meu trabalho.

Ao futuro representado pelos meus amados filhos Dhan e Gael, para que se lembrem que não importa o tamanho dos seus sonhos o mais importante, é seguir em frente com Deus no comando.

RESUMO: A presente dissertação faz análise, pela ótica constitucional do direito fundamental que preconiza a proteção do consumidor como direito fundamental. Em que a função punitiva da indenização por dano extrapatrimonial autônoma da função compensatória no contexto do ordenamento jurídico contemporâneo assegura maior garantia para defesa desse direito. Tendo como escopo a revisão bibliográfica dos textos legais vigentes e textos de doutrinas especializadas, em direito constitucional, direito civil e consumerista, bem como os reflexos da jurisprudência dos tribunais superiores. Fazendo análise do dano moral e seus aspectos, a possibilidade de aplicação da teoria da *punitive damages* no direito brasileiro, analisando hipóteses de quais situações é aceito a majoração da indenização para que se atinja a finalidade pedagógica, que tem como pano de fundo o objetivo de pacificação social pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que inibe a atuação danosa.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Fundamentais. Direito do consumidor. Danos morais, *Punitive damages*. Indenização punitiva.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico contemporâneo consubstancia-se num sistema jurídico aberto e busca a maior abrangência possível quando se trata de proteção, promoção e garantia da efetividade dos direitos da pessoa humana. Ato contínuo, de acordo com o princípio da máxima efetividade da norma constitucional o direito fundamental deve ser interpretado de forma a que possa ser o mais abrangentemente possível sua aplicação.

Nesse sentido, quando o art. 5º inciso XXXII da Constituição Federal preconiza ser a proteção do consumidor um direito fundamental, por certo também atribui a tal mister a capacidade de ser o mais amplamente possível efetivado, de forma a que cumpra o seu mister: contrabalancear a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, aqui se incluindo a prevenção contra atos potencialmente ou concretamente lesivos do fornecedor ao consumidor, por meio da imposição de, entre outras, a indenização por dano moral em favor do consumidor ofendido.

De se observar, nessa linha, que a indenização por dano moral tem uma conotação compensatória, posto que a ofensa moral é insuscetível de reparação tal qual a material, e bem assim não é raro que o ofendido carregue consigo por muito tempo, senão pelo resto da vida, as marcas da ofensa sofrida, servindo a indenização portanto como uma atenuação à dor. E tem natureza sancionatória indireta, servindo para desestimular o ofensor à repetição do ato, sabendo que terá de responder pelos prejuízos que causar a terceiros a ponto de sofrer um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva, o que caracteriza o caráter pedagógico da sanção.

Contudo, o caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: conforme já dito, a finalidade precípua da aludida indenização não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio moral do lesado.¹ E aqui se mostra a incongruência: por se dar um tratamento secundário ao aspecto punitivo, quando se fixa um *quantum* que se considera razoável à compensação da vítima tal valor quase sempre não se mostra igualmente razoável a coibir o ofensor à reiteração da prática ofensiva, sendo certo que isto se dá porque, em que pese terem a mesma origem (ofensa a um ou mais elementos da personalidade humana), a compensação e a punição têm objetivos

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 4 (Responsabilidade Civil), p. 529.

diferentes.

Vislumbra-se tal distinção, quando o caráter punitivo da indenização por dano moral é considerada enquanto uma indenização punitiva autônoma, assemelhando-se à *punitive damage* do *Common Law*, a qual não tem o condão de ressarcir ou compensar o lesado mas sim precipuamente punir o lesante, e ao mesmo tempo aplicar-lhe uma lição no sentido de se coibi-lo à reiteração da prática danosa.

Isto posto, a proteção do consumidor não será mais efetiva se se conferir autonomia aos aspectos punitivo e compensatório da indenização por dano moral, e bem assim visualizando-se cada uma destas enquanto indenizações independentes entre si?

A tanto, o presente trabalho tem por finalidade discutir sobre a indenização por dano moral, no sentido de se observá-la pelo espectro da autonomia da compensação e punição – isto é, sob o prisma de uma independência que cada uma dessas funções/características venha a ter e, com isso, denotar-se maior efetividade quanto ao direito fundamental à proteção do consumidor. Por meio do método dedutivo, partir-se-á do princípio da máxima efetividade da norma enquanto vetor de maximização da aplicação de um direito fundamental, para se chegar à discussão específica acerca da contribuição positiva que possa advir da emancipação da função compensatória e da função punitiva por dano moral, ao transformá-los em indenizações autônomas e independentes entre si.

1 NOTAS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A respeito dos direitos fundamentais, diz Robert Alexy ser possível formular teorias das mais variadas espécies a cerca dos direitos fundamentais: teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais; teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos; e teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social, são apenas três exemplos. Continua o autor, ao dizer, ser difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais.²

Jorge Pereira da Silva, analisa didaticamente a natureza dos direitos

² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 31.

fundamentais, o qual segundo ele:

“Parte da ideia de que cada homem é originalmente titular de um conjunto de *direitos* absolutos – porquanto no estado de natureza, “todo o homem tem direito a todas as coisas” -, a vertente *relativa* desses direitos desenvolver-se-ia claramente frente aos seus inimigos mais perigosos e mais comuns: os outros homens, dominados pelas suas nefastas paixões e permanentemente enredados em conflitos. E não frente ao poder estatal, até porque este deveria ser detentor de um estatuto muito particular, de guardião da ordem e da paz, de estabilizador das relações sociais, que aparentemente não se deteria mesmo perante obstáculos jurídicos de tal natureza. [...] Ao fim de mais de duzentos anos de Estado de Direito, verifica-se pois que nenhuma destas duas concepções contrapostas era detentora de toda a verdade e, sobretudo, que apenas a concatenação das duas permite alcançar a verdadeira natureza dos direitos fundamentais como posição jurídica multifuncionais e dotadas de eficácia *erga omnes*.”³

Fato é que, em uma análise mais acurada quanto ao indivíduo pode-se afirmar que os direitos fundamentais contribuam para a gênese dos direitos individuais, levando em conta o indivíduo como um ser em si mesmo e não apenas membro de uma coletividade, onde ele passa a ser reconhecido como titular de direitos e deveres. Máxime num contexto em que, tal qual é no tocante às Constituições contemporâneas, a pessoa humana é elencada como o alicerce e finalidade axiológicas do sistema normativo-jurídico.

1.1 Breve histórico

Com o fim da Revolução Gloriosa na Inglaterra no final do século XVII, houve limitação do poder do monarca e aumento do poder do parlamento inglês: o rei perdeu poder e ficou submetido ao parlamento inglês, onde nesse ambiente de mudanças elaborou-se uma lista de direitos individuais essenciais ao cidadão capitaneados pela propriedade privada. Assim, em 1689 promulgou-se o *Bill of Rights*, considerado um marco na garantia de direitos individuais e na limitação do poder estatal, fatores estreitamente relacionados à proteção dos direitos fundamentais.

Esse cenário inspirado pelos ideais iluministas⁴ também se refletiu na

³ SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares**. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2015., p.46

⁴ **Notas sobre o iluminismo:** Para Emmanuel Kant - “O iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma menoridade que estes mesmos se impuseram a si. (...) Sapere aude! [Ouse saber!] Tem coragem para fazer uso da tua própria razão!”. Foi um movimento cultural sediada por volta dos séculos XVII e XVIII, que buscava gerar mudanças políticas, econômicas e sociais na sociedade da época.

Independência dos Estados Unidos da América em 1776, onde se deu *status* de fundamental às liberdades individuais em solo americano e se concretizando tal mister com a previsão expressa pela Constituição Americana de 1787, a qual, muito embora tenha sido elaborada sob a forma de lei federal, por ser a Lei Maior é superior a qualquer outro dispositivo legal conforme assentado pela Suprema Corte norte-americana⁵. O controle jurisdicional de constitucionalidade nos Estados Unidos se firmava então como uma importante ferramenta para garantia dos direitos fundamentais, exemplificando assim a imposição da Constituição como o documento jurídico mais importante e paradigmático em relação aos outros instrumentos normativos.

Na França, a Revolução Francesa também foi guiada pelas ideias iluministas consagradoras dos direitos fundamentais, vindo estes a se perfectibilizarem normativamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e as Constituições de 1791 e 1793, que reconheceram expressamente a liberdade e a igualdade inerentes ao ser humano⁶, espalhando-se ainda os direitos fundamentais no tratamento normativo dado à propriedade, segurança e resistência à opressão, à liberdade de religião e do pensamento, além de garantias contra a repressão penal nos aludidos textos franceses. Mas, há pontos que não se assemelham aos documentos do Bill of Rights e da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, o documento francês não segue um caminho individualista como o documento norte-americano, confiando mais na intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral, perseguiu ideias universalistas, em que a classe burguesa ascendente à época, que de certa forma utilizava de seus ideais para convencer os populares e fazer frente à nobreza que gozava de privilégios.

Avançando um pouco mais na história, a partir da segunda metade do século XIX, a preocupação com os direitos humanos passa a abranger as questões sociais. O *laissez-faire* do Estado Liberal dá lugar ao assistencialismo do Estado Social: a primazia absoluta dos direitos individuais é substituída pela promoção primordial da coletividade, cuja respectiva socialização do direito emerge consubstanciada na finalidade precípua do sistema jurídico em regular a conduta do indivíduo em prol do interesse da sociedade.

⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

⁶ Op. cit., p. cit.

Bem a propósito é o apontamento de Fábio Konder Comparato:

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente; é o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas. Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. Não é de admirar, assim, que a transformação radical das condições de produção no final do século XX, tornando cada vez mais dispensável a contribuição da força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos pelo mundo afora.⁷

Nessa transição do Estado Liberal para o Estado Social, os direitos liberais contra o Estado protegem o sujeito jurídico privado contra atos ilegais do governo atentatórios à sua vida, liberdade e propriedade; os direitos de participação política tornam possível ao cidadão ativo participar do processo democrático de formação de opinião e vontade; e os direitos sociais de participação garantem aos cidadãos uma renda mínima e a seguridade social⁸, o que se consolidou na figura do “Estado-providência”, caracterizado pela intervenção no domínio econômico com o fim de se estabelecerem condições materiais favoráveis às classes mais vulneráveis para que se reduzissem as desigualdades sociais.

Nessa linha, intervencionismo estatal fez com que o sistema jurídico fosse repensado, na medida em que o Direito Público passou a influenciar o Direito Privado e o controle precípua das relações privadas deixou de ser regido pelo Código e passou a ser pela Constituição: exemplificativamente, o contrato deixa de ser a lei suprema entre as partes e passa a ser uma das normas que regulam a relação jurídica estabelecida entre os contratantes.

Essa mudança de postura estatal sedimentou-se na primeira metade do século XX, citando-se como exemplo a Constituição mexicana de 1917, ou ainda a

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 66.

⁸ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 291-292.

Constituição de Weimar cujo art. 151 preconiza que “a economia deve ser organizada baseada nos princípios de justiça, com o objetivo de promover a vida e a dignidade de todos”⁹ (tradução nossa). Acerca das duas Constituições paradigmáticas, Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro bem observa que:

[...] a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 devem sempre ser lembradas, ambas, como os primeiros textos constitucionais que efetivamente concretizaram, ao lado das liberdades públicas, dispositivos expressos impositivos de uma conduta ativa por parte do Estado para que este viabilize a plena fruição, por todos os cidadãos, dos direitos fundamentais de que são titulares.¹⁰

Não obstante o protagonismo da Constituição de Weimar, o pós-Primeira Guerra trouxe consequências nefastas à Alemanha: o fracasso militar e os graves problemas econômicos e geopolíticos decorrentes da imposição de sanções econômicas pela derrota na Primeira Guerra Mundial por meio do Tratado de Versalhes, abreviaram a vigência da Lei Maior weimariana em 1933, com a ascensão do nazismo e a consequente eclosão da Segunda Guerra Mundial.

O professor, Jorge Reis Novais, comenta a respeito da mudança da concepção de direitos fundamentais no pós- primeira guerra:

“No constitucionalismo do primeiro pós-guerra, as concepções de direitos fundamentais, desde logo no plano da respectiva identificação, alteram-se radicalmente como consequência do extraordinário alargamento do conceito de cidadania, da perda de controlo de cada cidadão sobre o seu *domínio vital*, da alteração do sentido de dignidade da pessoa humana e das novas concepções sobre as funções do Estado, pelo que, estimuladas até pelo *desafio* da crítica marxista à concepção burguesa dos direitos do homem e pela emulação consequente como o constitucionalismo soviético, algumas Constituições de Estado Social então emergente passam, correspondendo às mudanças estruturais da relação sociedade/Estado, a acolher os direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais. A *fundamentalidade* dos direitos constitucionais, perde de resto, a referência originária material exclusiva ao núcleo constituído pelos direitos inalienáveis do homem, pré e supra-estatais, para assentar, sobretudo, na legitimação material

⁹ ALEMANHA. Constituição (1919). **Constituição de Weimar**. Weimar, 1919. Disponível em <<http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>>. Acesso em 10 mai. 2022. No original: “Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen”.

¹⁰ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, ano 43, n. 169, pp. 101-126 jan./mar. 2006. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em 12 set. 2022, p. 121.

e formal que lhe é conferida pela escolha democrática, positiva, livre e diferenciadamente acolhida por cada Constituição.”¹¹

Nesse mister, os excessos ocorridos na Segunda Guerra Mundial fizeram com que a humanidade despertasse efetivamente para a necessidade de tutela do ser humano quanto aos seus valores e individualidade, visto que, sob o argumento de que era necessário seguir-se a lei, os ideais racistas e xenófobos do nazismo e fascismo validaram atrocidades a tal ponto de se negar ao indivíduo liberdades de que se é titular simplesmente por ser humano.

Ato contínuo, resgatou-se o ideal kantiano consubstanciado na necessidade de se erigir a pessoa humana ao centro do sistema social e normativo. Assim foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a qual vaticina em seu artigo 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”¹², ao que, no tocante a tal reverberação sobre os direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho bem pontua que “o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos”¹³. E nesse ponto, também se resgatou então a dignidade da pessoa humana enquanto vetor de proteção do ser humano, o que se deu após muitos avanços e retrocessos no decorrer da sedimentação dos direitos fundamentais e ainda não resta consolidado posto estar o sistema normativo em constante evolução.¹⁴

Habermas de maneira muito didática contribui para o entimendo do princípio da dignidade humana:

“A dignidade humana não é uma expressão classificadora *a posteriori*, um logro, por assim dizer-, por detrás do qual se esconde uma multiplicidade de fenômenos diversos, mas sim a ‘fonte’ moral da qual se alimentam os conteúdos de todos os direitos fundamentais”; [...] “O que não quer dizer de todo que os direitos fundamentais, tem a soletrar, cada um à sua maneira, “a substância normativa da igual dignidade humana da cada um”- afinal, esta constitui apenas “o portal através do qual o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado para o direito”;¹⁵

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. 1ª edição; Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010; p.69

¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 10 out. 2022.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 18. reimp.. Coimbra: Almedina, 2017, p. 416.

¹⁴ MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano moral extrapatrimonial na disciplina dos contratos [livro eletrônico]**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 24.

¹⁵ HABERMAS *apud* SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares**. – Lisboa:

Acrescenta o eminente professor ao dizer:

“A dignidade humana (...) justifica a *indivisibilidade* dos direitos fundamentais” – não apenas porque permite desvendar o nexó lógico existente entre as suas conhecidas quatro gerações ou categorias (indivisibilidade geracional ou substancial), mas também porque impede o seu confinamento às típicas relações verticais de poder público, implicando a sua transposição para a generalidade das relações verticais e horizontais presentes na sociedade (indivisibilidade funcional), assim como inviabiliza a separação da sua salvaguarda efectiva no plano estadual e no plano internacional e universal (indivisibilidade geopolítica);¹⁶

Para Jorge Pereira da Silva ao tratar a respeito da dignidade:

“A dignidade da pessoa humana corresponde, certamente, ao mais importante conceito da gramática dos direitos fundamentais e, em geral, do constitucionalismo posterior à Segunda Guerra Mundial. Na linha da tradição iniciada pelo preâmbulo da Carta das Nações Unidas e pelo primeiro considerando da subsequente Declaração Universal dos Direitos do Homem, o artigo 1º da Constituição portuguesa proclamou-a como um verdadeiro *prius* axiológico, que cabe às instituições do Estado de Direito democrático salvaguardar efetivamente através dos meios mais adequados. A dignidade da pessoa humana “fornece a base para os direitos em geral, no sentido de que disponibiliza em argumento-chave para explicar por que razão os homens devem ter direitos” – assim como providencia também uma justa medida para a igualdade do seu próprio estatuto jurídico.”¹⁷

O conceito de dignidade humana é tarefa difícil, sendo variadas as definições encontradas. Confira-se, no ponto, o esclarecimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁸

Confira-se, ainda o escólio de Gustavo Tepedino sobre o tema:

Universidade Católica Editora, 2015; p.114.

¹⁶ HABERMAS *apud* SILVA, Jorge Pereira. Op. cit., p. 115.

¹⁷ SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares.** – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2015; p. 113 e 114.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Com efeito, se a dignidade da pessoa humana encerra princípio fundamental, tantas vezes reafirmado, não se pode admitir disposição contratual que mitigue o ressarcimento integral pelos danos morais ou materiais decorrentes de lesões à pessoa humana. A integridade psicofísica tutelada pela cláusula de incolumidade afigura-se, pois, indisponível, a impedir cláusula convencional ou critério interpretativo que a desconsidere.¹⁹

Sem a pretensão de esgotar o conceito de dignidade humana, mas sim de maximizar sua extensão, haja visto sua importância para existência humana, Marcelo Schenk Duque, propõe a seguinte definição para dignidade humana, *in verbis*:

A dignidade humana pode ser compreendida como a qualidade essencial que constitui a natureza específica da pessoa, distinguindo-a, portanto, dos demais elementos que compõem a ordem jurídica e que visualiza o homem como pessoa inserida na comunidade, dotada de valor próprio e indisponível, como ser destinado ao livre desenvolvimento da sua personalidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa contra todo e qual ato de cunho degradante e desumano e que venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a manutenção de uma vida saudável.²⁰

A dignidade humana, pois, sobressai-se à conotação patrimonial e adentra no aspecto existencial, consubstanciando-se assim em vetor de existencialidade e justiça na previsão e garantia de efetividade dos direitos fundamentais. A esse respeito, salutar é o escólio de Kant:

No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento (Affektionspreis)*; aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*.²¹ (grifos do original)

É da Lição do professor STREUER *apud* SILVA, Jorge Pereira da, que de maneira clara demonstra o entrelaçar das ideias entre dignidade humana e direitos

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. X, p. 490.

²⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais [livro eletrônico]**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 151.

²¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.

humanos:

“Esquemáticamente, portanto, a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais enquanto tal consignados nos textos constitucionais poderia representar-se – não como uma espécie de manto diáfano que cobre indistintamente todos aqueles –, mas através de dois círculos concêntricos e comunicantes, segmentados à medida do conteúdo de cada um dos direitos. O Círculo menor simboliza precisamente a dignidade da pessoa humana ao passo que o maior representa os direitos fundamentais em especial [...] Em consequência, a proteção da dignidade da pessoa humana constitucionalmente imposta a todos os poderes públicos seria sempre também, ainda que em diferentes graus ou com alcance distinto, proteção dos diferentes direitos fundamentais em que aquela se desenvolve ou projeta”.²²

No Brasil, o advento da Constituição Federal de 1988 inicia o Estado Democrático de Direito, e traz ao sistema jurídico pátrio ainda que com certo atraso a aludida mudança paradigmática: o ser humano passa a ser o eixo axiológico, e seus respectivos direitos enquanto cidadão são alçados ao *status* de fundamentais, sobrepondo-se assim aos bens até então considerados núcleos estruturantes da relação jurídica e da própria sociedade, pelo que justamente à CF/88 deu-se a alcunha de “Constituição Cidadã”. Nesse contexto, as relações entre particulares passam a ser influenciadas pelo contexto social e vice-versa: da mesma forma que a sociedade deverá respeitar a autonomia privada dos particulares, a relação jurídica privada deverá obedecer aos ditames da função e justiça sociais e congêneres e isto porque, o sistema jurídico privado passou a ser influenciado pela principiologia constitucional, por meio de valores como a igualdade, solidariedade, liberdade e outros.

O ser humano passa então a ser o referencial da relação jurídica e notadamente das relações jurídicas existenciais, relegando-se assim o patrimônio a segundo plano. Conforme dito, resgata-se o molde kantiano: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”²³.

Essa estrutura principiológica e axiológica trazida pela CF/88 faz com que regras, princípios e valores sejam obrigatoriamente obedecidos pela norma jurídica, sob pena de desvirtuamento do propósito do sistema jurídico e assim sua inexorável nulidade. Consequentemente, o princípio da Dignidade Humana e seus decorrentes

²² SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares**. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2015; p. 118 e 119.

²³ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 69.

direitos fundamentais – dentre eles, o da proteção ao consumidor (CF, art. 5º, XXXII) – transformam-se em regras imperativas.

E nesse cenário, no âmbito da Constituição Federal de 1988 o princípio da dignidade humana passa a ser um dos princípios basilares do Estado Brasileiro, expressamente previsto no art. 1º inciso III do Texto Constitucional, impondo destarte uma carga valorativa que possibilita que os indivíduos sejam devidamente respeitados perante o Estado e a sociedade. A dignidade da pessoa humana, pois, sendo um princípio constitucional explícito previsto no art. 1º inciso III da Lei Maior, consubstancia-se numa "[...] importante diretriz hermenêutica, cujos efeitos se estendem por todo o ordenamento. Mesmo quando possível o recurso a um direito fundamental específico, ela deve ser considerada como parâmetro valorativo".²⁴

A esse mister, Elimar Szaniawski bem obtempera que o princípio da dignidade da pessoa humana contém um imperativo ordenatório a ser observado tanto pelos demais membros da sociedade quanto pelo Estado, de forma a que todos respeitem as condições mínimas essenciais de vida digna do ser humano. Tais condições, entre outras, consubstanciariam-se em alimentação, moradia, educação, trabalho, honra, respeito, informação, proteção à vida privada e liberdade.²⁵

Lafayette Rodrigues Pereira, associando o pensamento de Ihering ao de Kant, já apregoava que “o Direito é um prolongamento da personalidade humana; é ele que faz a atmosfera moral que se agita a vida. Ferir o Direito é, portanto, ferir a personalidade humana”.²⁶

1.2 As dimensões dos direitos fundamentais

No contexto dos direitos fundamentais, Claus-Wilhelm Canaris traz à reflexão três questionamentos:

[...] *primeira*: quem é o destinatário dos direitos fundamentais – apenas o Estado e os seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? *Segunda*: O objecto de controlo segundo os direitos fundamentais é o comportamento de quem – o comportamento de um órgão do Estado, ou de um sujeito de direito privado? *Terceira*: em que função são aplicados os direitos fundamentais – como proibições de intervenção

²⁴ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 11. ed.. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 254.

²⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 140.

²⁶ FARIA, Maria Auxiliadora et al.. **Lafayette**: um jurista do Brasil. 2. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 144.

ou como imperativos de tutela?²⁷

Tais questões buscaram ser respondidas no decorrer da evolução dos direitos fundamentais, por meio das respectivas dimensões. Na primeira dimensão, os direitos fundamentais no Estado Liberal tinham por premissa precípua o afastamento do Estado quanto às relações particulares, daí se dizer então que possuíam uma conotação negativa – isto é, consistiam em imperativos de abstenção estatal. Direitos de primeira dimensão ou de liberdade seriam os direitos e as garantias individuais e políticos clássicos, as chamadas liberdades públicas. Os quais visam inibir a interferência indevida do Estado na vida do cidadão. Num primeiro momento, portanto, afigurou-se uma conquista enorme pelo cidadão quando a Constituição liberal previu o direito de defesa de direitos pelos particulares frente aos poderes políticos como uma espécie de limitador de poder do Estado, tendo-se em vista que o poder público até então era absoluto em suas manifestações.

Dirley da Cunha Júnior ensina que:

Os direitos de primeira dimensão correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses, compreendendo os direitos civis, entre os quais se destacam, sobretudo pela acentuada e profunda inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva (tais como os de reunião e associação) e os direitos políticos (como os direitos de voto, mas de modalidade ativa e passiva). Esses direitos de primeira dimensão 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 estado. Em razão disso, eles se voltavam exclusivamente à tutela das liberdades, tanto na esfera civil, quanto na esfera política; constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal, pois pregavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de modo que eram denominados direitos de caráter “negativo” ou simplesmente “liberdades negativas”. Negava-se ao Estado, portanto, qualquer ingerência nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão-somente a guardião das liberdades.²⁸

Não obstante, se por um lado os direitos fundamentais asseguravam ao cidadão a limitação a excessos estatais, por outro lado só eram aplicáveis à relação particular-Estado, visto que, as relações entre particulares eram regidas pelo Código

²⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 1. ed. 2. reimp.. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

²⁸ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 200.

não sendo aplicadas a estas últimas os preceitos constitucionais.

Conforme explica Marcelo Duque:

Se por um lado as transformações dos papéis do Estado e da sociedade ao longo do tempo representam um fator desencadeador da crescente influência dos direitos fundamentais nas relações de direito privado, por outro lado, a própria relevância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares era negada no entendimento do Estado liberal tradicional. [...] Como corolário dessa realidade, as relações travadas entre o Estado e os cidadãos eram objeto de regulamentação constitucional, ao passo que a legislação infraconstitucional, sobretudo por meio das codificações, regulamentava, em linhas gerais, as relações no tráfego jurídico privado. Nessa conectividade, importa notar que as relações entre particulares eram encaradas como uma relação entre iguais dotados de liberdade, razão pela qual não havia, ao menos em princípio, razão para estender direitos fundamentais à esfera eminentemente privada. Tratava-se, assim, de uma concepção unidirecional dos direitos fundamentais.²⁹

Com efeito, um dos defeitos basilares do Estado liberal era o nivelamento formal entre os indivíduos, ignorando-se o desnível material entre si. Essa discrepância abriu espaço para o surgimento de movimentos reivindicatórios de proteção estatal também de forma ativa, não só no tocante à relação particular-Estado quanto entre particulares dada a clara diferença econômica entre as classes e a exploração de tal mister pelos mais abastados - pessoas com poder social e poderio econômico muito discrepante de outros indivíduos, às quais o direito até então vigente equiparava formalmente as classes menos favorecidas, fazendo com que os direitos fundamentais tivessem sua efetividade injustamente reduzida não pelo poder estatal, mas pelos próprios particulares - .

Isso culminou na segunda dimensão de direitos fundamentais no contexto do Estado social de direito: os direitos sociais para além dos direitos civis, bem como o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de caráter eminentemente privado. Nessa linha, os direitos fundamentais de segunda dimensão albergaram os direitos sociais, emergindo no contexto de declínio do Estado Liberal que prezava pela não intervenção do Estado, e passando a exigir do Estado uma postura ativa no tocante à garantia efetiva dos direitos e liberdades individuais. A partir daí o Estado Social ganha corpo, absorve os direitos sociais para além dos direitos civis: o Estado intervém na vida dos indivíduos, porém atendendo novas

²⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. Op. cit., p. 24.

expectativas da sociedade.

Conforme elucidado por Dirley da Cunha Júnior:

Surgem os direitos de segunda dimensão, “abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”. Esses direitos, reconhecidos no século XX, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, compreendem os direitos sociais, os direitos econômicos e os direitos culturais. São denominados direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana. Esses direitos, por sua vez, exigem atuações positivas do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações. Isso significa que, diversamente dos direitos de primeira dimensão, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão-somente “atribuídos” ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais. Por isso, são direitos denominados positivos, que expressam poderes de exigir ou de crédito.³⁰

A seu turno, os direitos fundamentais de terceira dimensão surgiram no pós-Segunda Guerra como uma concretização da mudança paradigmática do eixo constitucional: com o deslocamento do patrimônio para o ser humano enquanto alicerce do sistema – ou seja, do “ter” para o “ser” -, passou-se a se pensar na proteção não mais apenas do indivíduo em si considerado mas também na coletividade e no meio em que se insere. Sobre a temática, Dirley da Cunha Júnior esclarece as razões e fundamentos da mudança de paradigma:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são recentes e ainda se encontram em fase embrionária. Como resultado de novas reivindicações do gênero humano, sobretudo ante o impacto tecnológico e o estado contínuo de beligerância, esses direitos caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa. Compreendem o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. São denominados usualmente direitos de solidariedade ou fraternidade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação universal, e por exigirem esforços e responsabilidades em, até mesmo mundial, para sua efetivação. Não têm por fim a liberdade ou a igualdade, e sim preservar a própria existência do grupo.³¹

³⁰ JÚNIOR, Dirley da Cunha. Op. cit., p. 204.

³¹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. Op. cit., p. 210.

Destarte, a defesa do cidadão não mais se restringiu ao indivíduo mas também de forma conjunta, coletiva, abrangente, difusa, dado haver situações em que a dignidade humana do indivíduo só poderá ser protegida se a dignidade da coletividade abstratamente considerada previamente o for.

1.3 Amplitude e restringibilidade dos direitos fundamentais

É do magistério do professor Canotilho o ensino que a positivação dos direitos fundamentais, considerados “naturais e inalienáveis” do indivíduo pela Constituição como normas fundamentais constitucionais, é que vincula o direito. Sem o reconhecimento constitucional, estes direitos seriam meramente aspirações ou ideais, seriam apenas “direitos do homem na qualidade de normas de ação moralmente justificadas”³².

Imperativos de uma vida digna, os direitos fundamentais em princípio devem ser interpretados o mais amplamente possível para que possam efetivar ao máximo a dignidade do indivíduo, tanto na relação com o Estado quanto com outros particulares. É nesse sentido a lição de José Joaquim Gomes Canotilho, ao explicar o princípio da máxima efetividade da norma constitucional:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).³³

Para Peter Häberle, os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade³⁴. A esse respeito Robert Alexy, posiciona-se ao dizer:

“Para realizar da forma mais ampla possível a *teoria* dos direitos fundamentais (no sentido de uma teoria ideal), é necessário reunir

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 18. reimp.. Coimbra: Almedina, 2017. p.353-356.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1.224.

³⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antônio Fabris Editor. p.13

várias teorias verdadeiras ou corretas sobre direitos fundamentais. Mas é claro que essas teorias devem ser avaliadas na medida de sua contribuição à teoria ideal.”³⁵

Entretanto, se ampliado inadvertidamente o direito fundamental, poderá haver uma invasão excessiva e injusta no direito alheio, prejudicando a outrem e destarte sujeitando o responsável pelo excesso à concorrente reparação. A esse respeito, Canotilho³⁶ aduz a existência de três espécies de restrições de direitos fundamentais: restrições feitas expressamente pela Constituição; feitas por lei, porém mediante prévia e expressa autorização da Constituição; e a realizada através de lei, mas sem autorização expressa da Constituição: a restrição se legitima por meio da ponderação de princípios no caso concreto, de onde se aplica o princípio mais adequado à efetivação dos direitos fundamentais, restringindo-se na medida necessária a abrangência da incidência de outros princípios fundamentais a bem da ordem e do interesse sociais.

De outra monta bem obtempera Jorge Pereira da Silva:

“Desde os primórdios do movimento liberal até quase aos nossos dias atuais que os direitos fundamentais são simultaneamente concebidos como expansões de autonomia do seu próprio titular, que lhe permitem efetuar o aproveitamento de um certo bem, e como posição jurídicas que os homens podem perante o Estado, para se defenderem das agressões que este episodicamente desfere contra tal aproveitamento ou contra tal bem. Não obstante esta dupla vertente – como *direitos absolutos* e como *direitos relativos* em face do poder –, trata-se no essencial de direitos que, garantindo aos respectivos titulares uma esfera reservada de actuação pessoal e social livre de interferência pública, encontram sua verdadeira razão de ser na defesa dos indivíduos contra o Estado.”³⁷

1.3.1 Colisão entre regras e princípios

É necessário primeiramente fazer uma distinção entre regras e princípios, onde inicialmente Virgílio Afonso da Silva esclarece que:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. Nos caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres)

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p 40

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 450.

³⁷ SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares**. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2015. p.45

definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto.[...]. No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.³⁸

Nos apoderamos dos ensinamentos de Robert Alexy para melhor entendimento quanto aos institutos das regras e princípios, o qual nos informa que segundo Ronald Dworkin, existe entre as regras e princípios uma diferença lógica:

“A primeira parte da tese da diferença lógica significa que as regras são aplicáveis de um modo “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*). Quando as características do antecedente da norma ocorrem, haveria apenas duas possibilidades. Ou a regra seria válida, e a consequência jurídica deveria ser aceita, ou ela não seria válida, e então ela em nenhuma medida resolveria o conflito. O fato de uma regra poder ter exceção (*exceptions*) não afetaria seu caráter tudo ou nada. Uma formulação completa da regra deveria conter todas exceções. [...] Princípios, por outro lado, não determinariam necessariamente a decisão, mesmo quando se pode neles separar o antecedente normativo e a consequência jurídica, e as condições do antecedente são preenchidas. Eles simplesmente contêm razões que indicam uma ou outra decisão que eles sugerem. Outros princípios podem ter precedência sobre eles. Os contraexemplos (*counter-instances*) encontrados em relação aos princípios não poderiam ser tratados, como no caso das regras, como exceções.[...]”³⁹

A distinção entre regras e princípios para Robert Dworkin tem maiores conotações, não se limitando à diferença lógica exposta, para ele:

“[...] os princípios têm uma dimensão que as regras não têm, uma dimensão de peso (*dimension of weight*), que se mostraria em seu comportamento no caso de colisão. Quando dois princípios colidem, o princípio que possui maior peso relativo decidiria, sem que, com isso, o princípio de menor peso relativo se tornasse inválido.[...] diferentemente ocorreria com um conflito entre regras, em que, por exemplo, quando uma regra comanda algo que outra regra proíbe sem que uma das regras estatua uma exceção à outra, sempre pelo menos uma delas seria inválida.[...]”⁴⁰

Nas palavras da professora Alice Monteiro de Barros:

Os princípios constitucionais, segundo alguns autores, “tem deixado

³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. – São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travassoni Gomes Trivisonno – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2014. p 168/169.

⁴⁰ Op. cit., p. 169

de ser princípios científicos ou dogmas, para se converter em direito positivo e, pois, com plena eficácia normativa”. Eles são Súmulas **que permitem melhor caracterizar a Constituição e compreendê-la**. A doutrina tem elaborado um conjunto de noções que se têm cristalizado como princípios constitucionais, entre outros: O Estado de Direito, a vontade popular, os poderes implícitos, a soberania nacional, etc.⁴¹

Numa análise superficial, tanto regras quanto princípios são normas posto se prestarem a determinar a condução de uma conduta.

1.4. A Função da Responsabilidade Civil com garantidora de Direito Fundamental

É da lavra de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto o conceito que extraímos de responsabilidade civil, os quais ensina que em direito civil a responsabilidade é ainda definida em seu sentido clássico, como "obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo". Porém, desenvolvem o conceito na perspectiva do cuidado com outrem, frágil, vulnerável, ao dizerem:

“A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva - em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos -, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro.”⁴²

A preocupação com a reparação do dano não é recente, remotamente tal corrigenda não era em pecúnia, gastou-se muito tempo para que a responsabilidade civil do agente causador do infortúnio, ganhasse os contornos hoje aplicados, o que gerou a obrigação de reparar o dano causado a outro, devendo restabelecer o *status quo ante*, é nesse sentido a lição do Mestre Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:

“Desde os mais arcanos tempos, a busca da reparação mais completa possível dos danos sofridos pela vítima de um evento danoso, a saber de uma equivalência entre o dano e a indenização, é tida como uma das concreções da própria ideia de justiça. Colocar o lesado em situação equivalente a que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito liga-se diretamente à própria função da responsabilidade civil, apontando à ficção expressa na palavra “indenização” – o tornar in-

⁴¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4.ed. rev e ampl. – São Paulo : LTr, 2008. p. 173.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 ed.rev. amp. e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2017; p.36

demne (sem dano), fazendo desapa- recer, na medida do possível, os efeitos desagradáveis do evento danoso.”⁴³

A Justiça comutativa por vocação exige que cada pessoa dê a outra o que lhe é devido, e a reparação do dano injustamente causado é uma condição. É o que se convencionou chamar de Princípio da Reparação integral do Dano. Nas palavras de Sanseverino:

“Os modos de reparação dos prejuízos ligam-se à função primordial da responsabilidade civil, que é restabelecer o equilíbrio social rompido pelo dano, devendo- -se tentar, na medida do possível, recolocar o prejudicado, ainda que de forma apenas aproximativa, na situação em que se encontraria caso o ato danoso não houvesse ocorrido.”⁴⁴

[...]

“O fundamento do princípio da reparação integral, acolhido pelo art. 944 do CC, é a noção de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*. Ele a considerava como o critério de justiça mais adequado às relações privadas, posteriormente aperfeiçoada por Tomás de Aquino, com a denominação de justiça comutativa.”⁴⁵

Para maior robustez na compreensão ao princípio da reparação integral, recorreremos aos ensinamentos, Cristiano Chaves de Faria (*et al*):

“O princípio da reparação integral possui por finalidade repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto, assumindo a árdua tarefa de transferir ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo, de forma a conceder à vítima uma situação semelhante àquela que detinha. É claro que há uma pretensão idílica em se alcançar uma plena reparação, pois raramente a condenação será capaz de preencher a totalidade dos danos sofridos.”⁴⁶

Para Gustavo Tepedino, os pressupostos, critérios e mecanismos voltados à obrigação de reparar o dano sofrido por uma pessoa revelam a trajetória da responsabilidade civil ao longo do tempo⁴⁷. A punição na mesma proporção, popularmente chamada de vingança e que era prevista pelo código de Hamurabi ou ainda “olho por olho e dente” pelo idos de 1792 antes da era cristã, aos poucos foi

⁴³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. **Princípio da Reparação Integral, 1ª EDIÇÃO**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2010. *E-book*. ISBN 9788502152529. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502152529/>. Acesso em: 12 fev. 2023.

⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. *Op. Cit.*, p. 10.

⁴⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. *Op. Cit.*, p. 51.

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 ed.rev. amp. e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2017; p.49-50.

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021., p. 34

ganhando outros contornos, conforme nos ensina Tepedino:

“Nas sociedades primitivas, a regra de Talião – olho por olho, dente por dente –, absorvida pela Lei das XII Tábuas, determinava o nexus corporal do violador perante o ofendido, e estabelecia uma equivalência da punição do mal com o mal. Encontravam-se, aí, vestígios da vingança privada, embora marcada pela intervenção do poder público, com o intuito de discipliná-la. Nessa fase, não há diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. A Lex Poetela Papilia (326 a.C.) consagrou, enfim, a contenção da responsabilidade civil à responsabilidade patrimonial – o Senado romano teria se sensibilizado com a comoção popular suscitada pelos castigos corporais impostos ao jovem Caio Publilio, em estado de nexus em virtude de débito contraído por seu pai, segundo registra o historiador Livio.² Os ritos corporais macabros, relatados pelo antigo direito romano, são, enfim, banidos das legislações dos povos civilizados, e a obrigação civil adquire feição unicamente patrimonial, delineando-se, então, o arcabouço teórico que rege até hoje a responsabilidade civil.”⁴⁸

Ao passar dos anos, a responsabilidade civil foi se distanciando da esfera penal. Em um movimento de distanciamento a responsabilidade civil se desvincula da punição do agente causador do dano, e volta eu foco conforme lição de Tepedino, ao princípio elementar de que o dano injusto, tido como aquele que a lesão a interesse jurídico merecedor de tutela, deve ser reparado, consagrando a função precípua que se passou a atribuir ao instituto, qual seja a reparação patrimonial do dano sofrido.⁴⁹

Corroborando com esse entendimento o ensino de Sanseverino:

“A evolução na concepção de reparação dos danos pode ser observada nos diferentes modelos que foram sendo forjados ao longo da história, partindo sempre da extensão dos prejuízos sofridos pela vítima, mas desenvolvendo modos distintos, o que permite dividi-los em dois grandes grupos: reparação natural (*in natura*) e pecuniária (*indenização em dinheiro*).”⁵⁰

Quanto a reparação natural elucida o professor:

“O primeiro grande modelo de ressarcimento da vítima é o da reparação natural (*in natura*), significando que se deve restituir ao lesado exatamente o mesmo bem extraído do seu patrimônio para que ele seja colocado no estado em que se encontraria caso não tivesse ocorrido o ato ilícito.”⁵¹

O código de defesa do consumidor⁵² tem dispositivo que visa a reparação

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Op. Cit. 34.

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁵⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. Op. Cit.,p.34.

⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. Op. Cit.,p.35

⁵² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível

natural, quando, em seu artigo 60, impõe contrapropaganda que deverá ser divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

Cabe ponderar que o sistema da reparação natural nem sempre atinge o fim colimado por não ser possível em alguns casos o restabelecimento *in natura*, nessa linha é o posicionamento de Sanseverino ao discorrer

“[...]apesar de se apresentar, em um plano ideal, como mais perfeito e completo do que o da indenização pecuniária, possui, na prática, obstáculos de difícil superação. De um lado, pode ser materialmente impossível a restauração do dano, em face de sua natureza (v. g., morte da vítima). De outro lado, pode não haver interesse por parte do próprio credor da obrigação de indenizar na sua restauração específica pelo devedor. Por isso, tem-se observado, atualmente, um domínio da reparação pecuniária.”⁵³

Por conseguinte, o sistema mais utilizado, atualmente, para os casos, de reparação dos danos é o pagamento de uma indenização pecuniária equivalente aos prejuízos sofridos pelo lesado em consonância com o princípio da reparação integral, positivado pelo art. 944, caput do código civil brasileiro, Gustavo Tepedino, comenta que não somente o viés pecuniário ganha relevância, mas o eixo de referência da reparação muda, indo para a proteção da vítima:

“Na atualidade, o afastamento da função sancionatória da responsabilidade civil se torna ainda mais contundente à luz da Constituição da República de 1988 que, além de ratificar sua função reparatória, consolida o papel central da reparação civil na proteção à vítima ao prever, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e consagrar, no art. 3º, I, o princípio da solidariedade social. Desloca-se, em definitivo, o foco da responsabilidade civil do agente causador do dano para a vítima, revelando que seu escopo fundamental não é a repressão de condutas negligentes, mas a reparação de danos.”⁵⁴

Continua a elucidar a respeito, Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, quando trazem:

“A tendência, com efeito, é que se atribua cada vez menos importância à identificação do responsável pelo dano, e se passe apenas a cuidar de como a vítima será indenizada, o que impõe, a um só tempo, a elaboração de mecanismos que ofereçam novas garantias ao

em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 12 out. 2022.

⁵³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. Op. Cit.,p.39

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Op. Cit. 36.

ofendido, bem como a releitura dos tradicionais pressupostos da responsabilidade civil: a) o dano, cuja indenização passa a ser medida exclusivamente pela repercussão da lesão na vítima, a despeito de qualquer consideração acerca da pessoa ou do patrimônio do ofensor; b) o nexo causal, que é flexibilizado pelo conceito de fortuito interno, permitindo a reparação da vítima que, de outra forma, restaria irressarcida; e c) a culpa, cuja concepção subjetiva clássica é abandonada em favor de conceito normativo, vinculado à ideia de erro de conduta, afastando-se o viés moralizador de comportamentos que tradicionalmente lhe era atribuído.”⁵⁵

Nesse contexto Sanseverino entende ser opção da vítima (credor da obrigação de indenizar na esfera de sua autonomia privada), pela reparação natural ou pela indenização pecuniária é um direito, mas sem natureza absoluta, devendo ser ponderada em face de outros princípios também consagrados pelo CC/2002, como o da boa-fé (arts. 113, 187 e 422), o da vedação do enriquecimento sem causa (art. 876) e, especialmente, o da reparação integral do dano (art. 944).⁵⁶

A reparação civil ao dano causado, ao longo do tempo ganhou auxiliares, com o claro objetivo estabelecer o equilíbrio nas relações sociais, para tanto o direito buscou mecanismo, funções específicas no campo da reparação cível, que além de restabelecer o estado anterior, fosse possível reparar o dano por meio de indenização, além de atuar como inibidor de novas práticas danosas, em outros termos, o direito utilizar-se de mecanismos que previna o cometimento de dano. É nesse sentido as explicações de Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto:

“Especificamente, no setor da responsabilidade civil há uma pluralidade de funções, sem qualquer prioridade hierárquica de uma sobre outra. Creemos que no direito brasileiro do alvorecer do século XXI a conjunção destas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) *função reparatória*: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) *função punitiva*: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) *função precaucional*: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas. Certamente há uma função preventivo subjacente às três anteriores, porém consideramos a prevenção um princípio do direito de danos e não propriamente uma quarta função. A prevenção detém inegável plasticidade e abertura semântica, consistindo em uma necessária consequência da incidência das três funções anteriores. Isso não impede que se manifeste com autonomia, aliás, objetivo primordial da

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Op. Cit. 36.

⁵⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. Op. Cit.,p.47

responsabilidade civil contemporânea.”⁵⁷

Quanto à função reparatória ou compensatória, não há muito a asseverar por ora, haja vista ser o tradicional mecanismo de atuação da responsabilidade civil em nosso sistema jurídico, e que por vezes ofusca outra(s) função(ões) da responsabilidade civil, a respeito diz os mestres Nelson Rosendal (et al):

“No sistema de direito privado a responsabilidade civil inicialmente se colocou de forma residual aos seus pilares institucionais: contratos e propriedade. Visava ela atender as situações por eles não reguladas, basicamente com a função de disciplinar a alocação das perdas que derivavam das atividades humanas econômicas, com a proteção do *status quo* dos indivíduos atingidos por ilícitos por elas desencadeados. Portanto, a responsabilidade, tal e qual a conhecemos hoje, consolida-se ao curso da modernidade como o “reverso da liberdade”, no sentido do ressarcimento dos danos decorrentes da circulação de bens e obrigações.[...] É inegável que, com alicerce em sólido consenso social: a função primária da responsabilidade civil contemporânea provavelmente continuará sendo compensatória, abrangendo o ressarcimento do dano patrimonial e a satisfação dos danos extrapatrimoniais. A responsabilidade civil como um mecanismo social de translação (e não de eliminação) de danos do ofendido ao ofensor. A fórmula “bipolar” da reintegração em prol do lesado domina o campo da responsabilidade civil.”⁵⁸

O Direito, ao compreender as transformações sociais, bem como pela busca pela efetivação dos direitos fundamentais, vêm ao longo das últimas décadas, buscando incrementar paralelamente à função reparadora, a função punitiva, baseada nos *punitive damages da common law*, para que a responsabilidade civil assumira de vez o papel de garantidora do direito fundamental a indenização por dano moral.

Soma-se a isso o fato de que a ofensa a bens jurídicos como a honra, à vida privada, à saúde e ao meio ambiente, não ser passivo de restaurar no todo em caso de lesão. Nesse raciocínio, em face da função reparadora objetivar corrigir os resultados dos atos ilícitos, não tem o poder de desestimular conduta anti-ética. Nesse diapasão, decorre a relevância de lançar luz sobre as funções preventivas e punitivas da responsabilidade civil. Ao discorrer sobre o assunto Rafael Marinangelo anota que:

“[...] diante da inegável aplicação dos direitos fundamentais ao direito privado, a responsabilidade civil ganha foros de efetivo tutor dos direitos da pessoa, tarefa da qual somente se desincumbirá, com louvor, de operar de modo preventivo, sobretudo nos casos de dano extrapatrimonial. A Necessidade de prevenção deriva do fato de que,

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. Cit, p.62.

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. Cit, p.63-67.

como já mencionado, os direitos fundamentais se notabilizam pelo caráter extrapatrimonial, interesse esses caracterizados por não comportarem solução indenizatória satisfatória, a exigir, como parece óbvio, a implementação de medidas que inibam o dano às situações existenciais.”⁵⁹

2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora o arcabolo jurídico dos Direitos do Consumidor seja recente, o consumo diversamente remonta à Antiguidade, haja vista que sempre houve a necessidade, seja individual, por famílias, vilas ou até cidades inteiras em adquirir produtos que aqueles não produziam, mas que em outra região poderia ser encontrada em abundância.

O inicial modelo de troca de produtos (escambo) perdurou até que um novo parâmetro fosse adotado, e com o surgimento das moedas que passaram a gerar riqueza, novo paradigma se apresentou, onde a troca de produtos cede à chamada compra e venda, proporcionada pelo surgimento da moeda enquanto valor monetário. Outrossim e num salto histórico, no pós-Segunda Guerra Mundial o consumo deixa de ser uma atividade de obtenção de itens essenciais à sobrevivência e passa a visar também à aquisição do supérfluo existencial porém necessário para o sentimento de pertença: induzido pela massiva propaganda, o consumidor é levado a acreditar que, se quiser ser um membro da elite ao menos de seu grupo social, deve adquirir ou usar determinado produto ou serviço pois os membros mais inteligentes, descolados ou influentes da sociedade assim o fazem. É dizer: o consumidor passa a consumir para ser aceito em seu grupo social, e não somente para satisfazer suas necessidades básicas.

Esse cenário de indução pelo fornecedor resulta num incremento à vulnerabilidade do consumidor, já frágil em razão do fato de precisar se submeter posto que não consegue produzir o produto ou serviço que almeja, e que se torna mais vulnerável ainda em razão da ampliação de suas necessidades e do poderio econômico do fornecedor. Assim, sob os influxos dos princípios da dignidade humana, da solidariedade e congêneres, surgiu a necessidade de se proteger o consumidor na

⁵⁹ MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano moral extrapatrimonial na disciplina dos contratos [livro eletrônico]**. Indaiatuba: Foco, 2021.

exata proporção de sua vulnerabilidade frente ao fornecedor.

Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Luana Ferreira Bernardes e Vinícius Cesar Félix bem observam, a respeito:

A dicotomia implica reconhecer o predomínio dos interesses daqueles que detêm controle sobre o poder econômico e a cadeia produtiva em contraponto à fragilidade e à subserviência daqueles que necessitam consumir e, na maioria das vezes, estão em condições econômicas e técnicas inferiores. Diante da constatação de diferenças substanciais entre os entes da relação de consumo, a concretização do princípio da dignidade humana e da igualdade se mostrou possível mediante a correção das assimetrias provocadas pela nova ordem econômica. Por isso, a idealização de um microsistema de proteção das relações de consumo – implementada pelo Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990a), representa o escopo de solidariedade social e igualdade jurídica substancial em contraponto à inferioridade em que se encontra o consumidor frente ao fornecedor na relação de consumo; em outras palavras, em contrapartida à vulnerabilidade do consumidor.⁶⁰

Daí então, o reconhecimento efetivo da existência de um novo sujeito de direitos – o consumidor -, merecedor de uma tutela protetiva que se estrutura de modo transversal, nas diversas disciplinas jurídicas de ordem civil, processual, penal e administrativa, com vistas a defender o consumidor enquanto parte vulnerável na relação como ensina Bruno Miragem:

Desigualdade esta que pode se apresentar de diversos modos, seja originária de desproporção da capacidade econômica das partes, ou mesmo da ausência de acesso e compreensão das informações sobre os aspectos da relação jurídica em que participa, assinalando o fenômeno da vulnerabilidade de um dos seus sujeitos.⁶¹

Denota-se, então, o advento do microsistema de proteção ao consumidor, capitaneado pelo direito constitucional à proteção do consumidor (CF, art. 5º, XXIII) e outros mais direitos fundamentais correlatos, dentre eles a indenização por dano moral (CF, art. 5º, V e X).

2.1 Proteção do consumidor

⁶⁰ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília-DF, v. 18, n. 116, Out. 2016./Jan. 2017, p. 533-558. Disponível em <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1281/1188>>. Acesso em 20 out. 2022, p. 545.

⁶¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

A preocupação com o anteparo do consumidor tem reminiscência remotas, conforme ensino de José Geraldo de Brito Filomeno, quando diz:

“Um dos primeiros instrumentos de que se tem conhecimento em relação à tutela do consumidor foi o Código de Hamurabi, que, por meio das Leis 233 e 234, protegia o consumidor nos casos de serviços deficientes. Também o Código de Massú, vigente na Mesopotâmia, no Egito Antigo e na Índia do século XIII a.C., protegia os consumidores indiretamente ao tentar regular as trocas comerciais.”⁶²

Para Jean Michel Arrighi, a consolidação da tutela do direito ao consumidor enquanto garantia essencial básica, teve que percorrer longo caminho no tempo e na legislação, além de engajamento da sociedade civil nessa conquista:

“Com efeito, somente após o crescimento dos grupos de defesa do consumidor e um longo período de mobilização da opinião pública no sentido de chamar a atenção dos legisladores para adoção de medidas protetivas é que o papel do consumidor, o “protagonista esquecido” nos tratados de integração, segundo Arrighi, foi levado em consideração. O **Sherman Antitrust Act**⁶³ de 1890 foi a primeira manifestação moderna da necessidade de proteção do consumidor. Mas, apenas em 1962, com a mensagem do Presidente Kennedy ao Congresso dos EUA, conhecida como “Declaração dos Direitos Essenciais do Consumidor”, pela qual se elencavam os quatro direitos básicos, é que se consolidou a idéia de sua tutela.”⁶⁴ (*tradução nossa*)

Contemporaneamente, a proteção ao consumidor é prevista inicialmente de forma implícita na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), na medida em que se evidencia o caráter essencial da aquisição de bens e serviços para que o ser humano tenha uma vida minimamente digna:

Artigo XXV. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.⁶⁵

Outrossim, a proteção do consumidor fora expressamente reconhecida enquanto direito humano pela Resolução 39/248 da ONU em 1985, a qual versa sobre

⁶² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 22.

⁶³ Nota: foi uma lei antitruste dos Estados Unidos da América de regulação à competição entre empresas e diversas atividades comerciais que prescrevia a regra da livre concorrência entre os envolvidos no comércio. Foi aprovado pelo Congresso e recebeu o nome do senador John Sherman, seu principal autor. Entre os vários propósitos deste ato estava, principalmente, evitar a formação de monopólios e assim garantir a manutenção do livre mercado.

⁶⁴ ARRIGHI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el Mercosur. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 2, p. 124-136, jun. 1992. p.126. Disponível em <<https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/487/530>> . Acesso em 25 de novembro 2022.

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> . Acesso em 10 out. 2022.

a adoção de diretrizes para a implantação de uma política de proteção ao consumidor. Dentre seus princípios gerais, realça-se o seguinte:

Considerando-se os interesses e necessidades dos consumidores em todos os países, particularmente países em desenvolvimento; reconhecendo que os consumidores enfrentam frequentemente desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder de negociação; e se considerando que os consumidores devem ter o direito de acesso a produtos não perigosos, bem como o direito ao desenvolvimento justo, equitativo, e economicamente e socialmente sustentável e à proteção ambiental, [...] Os governos devem desenvolver, fortalecer ou manter uma política eficaz de proteção de consumidor [...]. Assim, cada governo deve ajustar suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país, e as necessidades de sua população, levando-se em conta os custos e os benefícios das medidas propostas.⁶⁶ (tradução nossa)

Essas diretrizes constituíam um modelo abrangente, descrevendo áreas⁶⁷ de atuação para os Estados, a fim de promover proteção ao consumidor. Estas diretrizes forneceram importante conjunto de objetivos internacionalmente reconhecidos, destinados aos países em desenvolvimento, a fim de ajudá-los a estruturar e fortalecer suas políticas de proteção ao consumidor.

ARRIGHI esclarece que nessa toada vários países incorporaram o ideal de proteção ao consumidor, diz ele:

“[...] Em nível regional, a International Organization of Consumers Unions (IOCU), uma organização não governamental mundial em defesa do consumidor, celebrou, em Montevidéu, em outubro de 1986, a primeira conferência regional para a América Latina e o Caribe. Pouco depois, em março de 1987, a ONU, também em Montevidéu, impulsionou a realização de um encontro com pouco mais de 20 países e algumas organizações de consumidores para discutir a aplicação das diretrizes no continente. A partir daí, vários países passaram a abordar a questão da proteção do consumidor na

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Guidelines for Consumer Protection** (1985) Disponível em <https://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_en.pdf>. Acesso em 10 out. 2022. No original: “Taking into account the interests and needs of consumers in all countries, particularly those in developing countries; recognizing that consumers often face imbalances in economic terms, educational levels and bargaining power; and bearing in mind that consumers should have the right of access to non-hazardous products, as well as the right to promote just, equitable and sustainable economic and social development and environmental protection, [...] Governments should develop, strengthen or maintain a strong consumer protection policy [...]. In so doing, each Government must set its own priorities for the protection of consumers in accordance with the economic and social circumstances of the country, and the needs of its population, and bearing in mind the costs and benefits of proposed measures”.

⁶⁷ Nota: dentre as áreas temos, a) proteção dos consumidores diante dos riscos para sua saúde e segurança, b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, c) acesso dos consumidores à informação adequada, d) educação do consumidor, e) possibilidade de compensação em caso de danos, f) liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade de apresentar suas visões nos processos decisórios que as afetem

jurisdição interna, adaptando ou elaborando a legislação. Brasil, Argentina, Peru, Honduras, Equador, Chile, Costa Rica, México, Paraguai e Uruguai promulgaram leis específicas sobre o tema [...]”⁶⁸

A Organização das Nações Unidas reforça o reconhecimento da fragilidade do consumidor ao ampliar meios para agasalhar os menos favorecidos na relação de consumo, para tanto, ainda na década de oitenta, a Organização das Nações Unidas positivou o princípio da vulnerabilidade do consumidor, influenciando vários países na elaboração de suas legislações consumeristas. A preocupação com o respeito aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, com a tutela do consumidor consolida os direitos do cidadão e promove o desenvolvimento econômico e social.⁶⁹

A tutela da saúde, a proteção do meio ambiente, a proteção de informações sobre o consumidor, simbolizam alguns dos significativos interesses que também estão em disputa. Desta feita, com a proteção do consumidor, umbilicalmente conectados por princípios já positivados mundo a fora nas constituições, faz-se se necessário tutelar de maneira mais eficaz pelo Estado. Nessa trama a legislação consumerista simboliza uma vitória.

A Constituição da República de 1988 consagra a defesa do consumidor em seu bojo, que versa sobre os direitos e as garantias fundamentais. Desta forma, o legislador obrigou o Estado a promover a proteção do consumidor, elevado a direito fundamental do cidadão. A defesa do Consumidor também está prevista no artigo 170, V, da Constituição Federal Brasileira, que a considerou como um dos princípios gerais da atividade e da ordem econômica, por meio deste artigo, deve-se garantir a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos pela implementação de uma política nacional de consumo.

Renato Moreira Dornelas de maneira muito assertiva, reconhece o código de defesa do consumidor como parte de um microsistema jurídico, que tem repercussão não somente do Brasil como em países da América do Sul, elucida ele:

“Finalmente, o Congresso Nacional conforme orientação de nossa Carta Magna, elaborou a Lei 8.078 de 11/09/1990 de proteção ao consumidor, criando o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Por tratar-se de verdadeiro “microsistema jurídico”, já que, nele,

⁶⁸ ARRIGHI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el Mercosur. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 2, p. 124-136, jun. 1992. p.126. Disponível em < <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/487/530> > . Acesso em 25 de novembro 2022.

⁶⁹ Unibrasil: Revista Direitos Fundamentais e Democracia – vol. 4 (2008), ISSN 1982-0496. <https://revistaeletronica.dfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/41/41/45>. Acesso em 27.11.2022.

encontram-se normas de direito penal, civil, constitucional, processuais penais, civis e administrativas, com caráter de ordem pública, e por constituir legislação extremamente avançada, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor influenciou as legislações dos outros países do Mercosul. A proteção do consumidor, então, é um direito fundamental já declarado pela ONU, positivado em nossa Constituição e reconhecido pelos países-membros do Mercosul.”⁷⁰

Bem assim, a proteção ao consumidor fora recepcionada enquanto direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, cujo artigo 5º inciso XXXII preconiza que “o Estado promoverá, na forma da lei, a proteção ao consumidor”⁷¹, lei esta que veio a se consubstanciar na Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, prevendo expressamente em seu art. 4º inciso I o consumidor enquanto parte vulnerável da relação.

Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino afirmam, a propósito:

A idéia central do texto constitucional, concretizada pelo código, é que, nas relações de consumo, é presumida a existência de uma disparidade econômica entre as partes, de sorte que ao consumidor, que se apresentar o lado mais fraco, hipossuficiente, deve ser assegurado um arcabouço jurídico que compense essa desigualdade fática. Assim instituem-se medidas de proteção jurídica, como atribuição de responsabilidade objetiva ao fornecedor por danos ocasionados por seu produtos ao consumidor, inversão do ônus da prova em determinadas ações contra o fornecedor em que o consumidor seja parte, etc.⁷²

Assim, a proteção do consumidor de que trata o CDC é exercida de forma a que se assegure a incolumidade de basicamente dois aspectos: os direitos do indivíduo enquanto cidadão numa relação de consumo, ressaltando-se aqui a vida, saúde e segurança; e os direitos do indivíduo enquanto consumidor nessa mesma relação. Bruno Miragem explica a respeito:

O direito material do consumidor, nesse sentir, compõe-se basicamente dos direitos subjetivos que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico, em dois planos. Primeiro, daqueles reconhecidos às pessoas em geral (consumidoras ou não) e que se diferem com relação aos consumidores no que diz respeito aos efeitos produzidos, de acordo com as circunstâncias em que aparecem – em uma relação de consumo. É o caso do direito à vida, à saúde, à

⁷⁰ DORNELES, Renato Moreira. Tutela administrativa dos consumidores no Brasil como paradigma aos países do mercosul. Curitiba: Juruá, 2003, p. 46.

⁷¹ BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 mai. 2022.

⁷² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 153.

segurança, que são reconhecidos aos consumidores, assim como a todas as demais pessoas, em quaisquer circunstâncias. Por outro lado, há direitos específicos estabelecidos pelo ordenamento jurídico ao sujeito consumidor, em face desta sua qualidade, como é o caso do direito à proteção contra práticas comerciais e cláusulas abusivas, o direito de facilitação do acesso à justiça, dentre outros.⁷³

O direito à vida constitui dentre os direitos básicos do consumidor aquele que tenha maior relevância e abrangência jurídica, a ponto de ser enumerado em primeiro lugar dentre os direitos básicos do consumidor no CDC. Até porque e conforme dito, antes de ser um direito básico do consumidor é uma prerrogativa natural do ser humano – e portanto, um direito humano e fundamental. Também são nesse sentido a saúde e segurança, igualmente previstas nos arts. 6º inciso I e 8º do CDC, as quais enquanto direitos fundamentais também são inerentes ao indivíduo enquanto ser humano em si considerado, antes mesmo de ser considerado consumidor.

Vida, saúde e segurança são exemplos de que outros mais direitos fundamentais coligam-se ao direito fundamental à proteção do consumidor, não apenas em nível constitucional quanto também em nível infraconstitucional. Nesse contexto, e independentemente da dimensão a que pertençam os direitos fundamentais, comumente são exercidos pelo indivíduo de forma conjunta: frequentemente, no exercício de um direito fundamental inexoravelmente verifica-se a necessidade de se exercer outros mais para a consecução da dignidade humana, princípio basilar que suscita e de certa forma impõe uma integração entre os direitos fundamentais individuais, sociais e solidários.

Nesse sentido, é o entendimento de José Afonso da Silva:

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles e os direitos de nacionalidade e políticos lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato.⁷⁴

Assim é com o direito fundamental à proteção do consumidor. Além de se relacionar diretamente com os direitos fundamentais à vida, saúde e segurança conforme dito, também se relaciona com os direitos fundamentais à honra e imagem,

⁷³ MIRAGEM, Bruno. Op. cit, p. 209.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186.

cujas ofensas a todos estes pode resultar no direito à respectiva indenização por dano moral – este também um direito fundamental interligado, previsto conforme já citado no art. 5º incisos V e X da Constituição Federal, e também previsto em nível infraconstitucional no Código de Defesa do Consumidor, ao longo de seu texto.

2.2 Do direito fundamental à indenização por dano moral

“Dano” seria o aviltamento ou mitigação de um bem jurídico, quer patrimonial ou não: uma lesão a qualquer bem jurídico. Nesse sentido é o esolho de Rafael Marinangelo:

O dano é o pressuposto essencial da obrigação de indenizar. Sem ele, não há sequer motivos para se indagar sobre a relação causal, o nexo de imputação e a antijuridicidade da conduta. Trata-se de fenômeno, qualificado pelo direito com causa de um efeito jurídico reativo, consistente na obrigação de ressarcir.⁷⁵

Marcelo Azevedo corrobora com esse entendimento:

Dano é toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Sem que tenha ocorrido dano a alguém, não há que se cogitar em responsabilidade civil. Ao contrário do que ocorre na esfera penal, aqui o dano sempre será elemento essencial na configuração da responsabilidade civil; não há responsabilidade civil por ‘tentativa’, ainda que a conduta tenha sido dolosa.⁷⁶

A par de tais conceitos, bem a propósito é o escólio de Carlos Alberto Bittar ao afirmar que:

[...] o princípio que governa toda essa matéria é o do *neminem laedere* – um dos princípios gerais do direito – consoante o qual a ninguém se deve lesar, cujos efeitos em concreto se espraiam pelos dois citados planos, em função do interesse maior violado – se da pessoa ou da sociedade -, e conforme a técnica própria dos ramos do Direito que a regem, a saber: a) Direito Civil, para as violações privadas; b) Direito Penal, para a repressão pública.⁷⁷

Ressalte-se que não é qualquer ofensa que se caracteriza como dano para o Direito. Conforme preleciona Rafael Marinangelo, “a escolha recai, via de regra, sobre

⁷⁵ MARINANGELO, Rafael. Op. cit., p. 64.

⁷⁶ CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/11365>>. Acesso em 2 out. 2022.

⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 03.

os danos originados de atos humanos antijurídicos, assim considerados aqueles que se opõem aos interesses tutelados por meio de direitos subjetivos e objetivos”.⁷⁸ Contudo, o mesmo autor ressalta que até mesmo os atos tidos como lícitos podem vir a gerar o dever de ressarcimento, não sendo a ilicitude unicamente o pressuposto para a indenizabilidade do dano.

Nesse ponto, Roberto Brebbia entende ser insuficiente como parâmetro de definição de dano a lesão a bem ou interesse juridicamente protegido, pois segundo o autor haveria uma imprecisão terminológica quanto à compreensão do termo “interesse”. Assim, para o mestre argentino mais correto seria considerar dano a lesão ou a desconsideração de um direito subjetivo quando tal ocorre contrariamente ao determinado por lei, na medida em que o direito subjetivo apresentar-se por uma das seguintes três formas: 1º) como contrapartida material do dever jurídico de não lesar, perturbar ou impossibilitar a conduta juridicamente autorizada ao titular de um direito (direito à vida, direito à liberdade de disposição das coisas próprias etc.); 2º) como pretensão ou faculdade de exigir conduta determinada de outrem por meio de aparelho coercitivo do Estado, e 3º) como faculdade para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.⁷⁹

A expressão “dano moral” denota grande dificuldade de conceituação, a denominação do termo e sua aplicação muita das vezes é utilizado de maneira a causar embaraços quanto ao entendimento, como bem obtempera Judith Martins Costa:

“Entre nós, o seu tratamento dogmático, todavia, se tem dado, no mais das vezes, de modo simplista, atécnico e disfuncional aos próprios fins que a responsabilidade civil, como instituto jurídico, está voltada a proteger, isto é: a reparação (no caso de lesão a interesse patrimonial) ou a compensação (quando ofendido interesse extrapatrimonial) de danos injustamente cometidos. Modo geral, parca é a atenção aos filtros ou critérios que discernem entre a indenizabilidade de “qualquer dano” e os danos merecedores de tutela jurídica por via indenizatória.”⁸⁰

Com o intento de melhor compreender o dano moral, e recorrendo à legislação pátria, o que a princípio não se resolve a celeuma, afinal não há indicação quanto aos elementos que possibilite concluir por um conceito minimamente preciso a respeito do

⁷⁸ MARINANGELO, Rafael. Op. cit., p.65.

⁷⁹ Cf. BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**: doctrina, legislación, jurisprudencia, precedida de una teoría jurídica del daño. 2. ed. corrigida e aumentada. Córdoba: Orbi, 1967, pp. 40-41.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira.

dano moral. Quando observamos a Constituição Federal a respeito do tema, em seu artigo 5º, inciso X, está esculpido que está assegurado “a indenização pelo dano material ou moral” decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Ao adotar essa postura a constituição está parecendo contrapor o dano moral ao material (equivalendo-o, portanto, ao imaterial), o que não é de boa técnica nem está de acordo com o sentido das palavras – material e imaterial – na língua portuguesa, pois os bens imateriais (como a energia elétrica) são bens patrimoniais (isto é, dotados de valor patrimonial), e não extrapatrimoniais. O acertado seria na visão da professora haver um discernimento entre o dano patrimonial e o extrapatrimonial. De outra monta, o Código Civil nos diz Judith Martins Costa:

“[...] no art. 186 à causação de dano a outrem “ainda que exclusivamente moral” e, no art. 52, assegura às pessoas jurídicas a extensão, no que couber, da proteção aos Direitos da Personalidade, além de conter previsões pontuais ao dever de indenizar.”⁸¹

E quanto ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), que tem grande relevância para nosso trabalho, não faz menção expressa ao dano moral, mas, por força das previsões contidas na Constituição Federal e no Código Civil, é plena, em seu regime, a possibilidade e indenização dos danos patrimoniais e não-patrimoniais, nas relações de consumo. A Jurisprudência, conforme ensinosa da Professora Judith Martins Costa também não dá resposta unívoca (ou, ao menos, relativamente segura) à questão de saber qual é o conteúdo do dano moral:

“...as primeiras decisões brasileiras trataram, a rigor, sobre os reflexos não-patrimoniais de danos patrimoniais. Começou-se, pois, por atrelar o fundamento da admissibilidade dos danos extrapatrimoniais a argumento de ordem econômica. O panorama se alterou com a edição da Súmula 37 do STJ, que reconheceu a autonomia do “dano moral puro”, mas somente a partir dos anos 80 houve o assentamento jurisprudencial da possibilidade da indenização do dano moral independentemente de sua conexão com danos patrimoniais presentes e/ou futuros.”⁸²

Nesse sentido é possível observar que segundo a análise da professora Judith Martins Costa que ao examinar a súmula 37 do Superior Tribunal Justiça:

“O exame dos precedentes à Súmula 37 oferece algumas pistas quanto ao conteúdo que viria a ser dado à noção de dano moral, principalmente no que tange à sua identificação com *sentimentos* (dor, vexame, humilhação, etc) e à atribuição de um caráter **punitivo** à indenização, daí para frente ganhando corpo o entendimento segundo

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit.

⁸² MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit.

o qual o dano moral tem uma *dúplice função*: **punitiva** ao ofensor e **compensatória** aos sentimentos (dor, vexame, humilhação, menoscabo e que tais) da vítima. Desde então entrou em cena no Direito brasileiro, pela porta dos Tribunais Superiores, a ideia do dano moral como lesão a sentimentos ou a estados anímicos, uma concepção que fizera sucesso nos foros franceses e italianos dos finais do séc. XIX e inícios do séc. XX [...] Assim, desprendida de sua conotação original que a relacionava aos agravos à honra ou à **reputação e equiparada à noção mais ampla de dano extrapatrimonial**, a expressão “**dano moral**” passou a designar um “conceito-passaporte”, permitindo ao juiz ajustar e reajustar as soluções conforme entenda necessário, oportuno, ou conveniente, inclusive de forma divorciada do ordenamento legal”.⁸³ (*grifos nosso*)

Fato é que, a violação a um direito subjetivo sem que haja permissão legal a tanto leva a configurar o dano indenizável, tanto na esfera patrimonial quanto em nível extrapatrimonial. Conforme preleciona Caio Mário da Silva Pereira:

Na ocorrência de um dano, seja material seja moral, a ordem jurídica procura determinar a quem compete a obrigação de reparar, e em torno desse dever enunciam-se os princípios que no seu conjunto formam a noção genérica da obrigação ressarcitória.⁸⁴

Nesse ponto, a Constituição Federal assegura a inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem, que em caso de violação assegura ao ofendido a indenização pelo dano sofrido, seja no campo material ou moral, conforme a dicção do art. 5, V e X. Fica mais robusta a tutela ao dano moral, pois, quando se erige a indenização ao *status* de direito fundamental, bem como se espraia tal mister quando se observa seu desdobramento na legislação infraconstitucional e em específico na regra geral do art. 186 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual, qualquer pessoa ao causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, seja por ação ou omissão voluntária, negligência ou até mesmo imprudência.⁸⁵

A esse respeito, deve-se considerar em que termos se deve compreender o “dano moral” de que tratam os incisos V e X da Constituição. Inicialmente, Arnaldo Rizzardo auxilia nessa empreitada quando apresenta o conceito de dano moral:

[...] é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit.

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2018., p. 26.

⁸⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 06/10/2022>. Acesso em 02 out 2022.

“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.”

reputação etc. É o puro dano moral, sem qualquer repercussão no patrimônio, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.⁸⁶

Nessa linha de pensamento, Hans Fischer apresenta seu entendimento a respeito do dano moral, como sendo” [...] todo o prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer através de violação de bem jurídico. Quando os bens jurídicos atingidos e violados são de natureza imaterial, verifica-se o dano moral”.⁸⁷

Outrossim, para a configuração não é necessário que seu titular tenha uma dor em seu íntimo: conforme já se sedimentou há muito tempo em sede jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, “sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização”⁸⁸, depurando-se tal entendimento no fato de que:

[...] 2. A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral. 3. Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social. 4. O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. 5. Em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade.⁸⁹

Esse também é o posicionamento de Carlos Alberto Bittar, quando entende que

⁸⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 232

⁸⁷ FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos morais no direito civil**. Tradução de Antônio Arruda Ferrer Correia, Armênio Amado. Coimbra: Coimbra, 1938, p. 61.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 8.768/SP, relator Ministro Barros Monteiro, julgado em 18 fev. 1992, publicado em 06 abr. 1992. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100037745&dt_publicacao=06/04/1992>. Acesso em 10 mai. 2022.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.245.550/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 17 mar. 2015, publicado em 16 abr. 2015. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100391454&dt_publicacao=16/04/2015>. Acesso em 07 ago. 2022..

os danos morais “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”⁹⁰, sem necessariamente causar-lhe um abalo psicológico. Há, portanto, dano moral pelo simples fato de ter havido uma violação de um bem ou interesse jurídico, sem exigir que a vítima tenha sofrido dor ou qualquer outra modificação no seu estado da alma: “[...] o dano moral se caracteriza pela ofensa a determinados direitos ou interesses. O evento danoso não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, consequências do dano, seu resultado”.⁹¹

Ampara esse posicionamento Sergio Cavalieri Filho, para quem:

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade. Com essa ideia, abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar dano moral.⁹²

Verifica-se, então, que o dano moral é um dano de caráter extrapatrimonial. Contudo, mister se faz ressaltar que há uma diferença entre dano moral e extrapatrimonial, visto que o primeiro é espécie do segundo. De acordo com Rafael Marinangelo, é incorreto adotar tais expressões como sinônimos porque:

[...] há uma pleiade de danos não patrimoniais muito mais ampla do que aqueles relacionados ao sofrimento moral. Se ficássemos restritos à terminologia dano moral, excluir-se-iam, por derivação lógica, todos os outros danos que não estivessem relacionados, exclusivamente, ao sofrimento e a dor, esgotando-os à esfera do sentimento. Não

⁹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.245.550/MG, op. cit.

⁹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 89.

poderíamos, portanto, inserir ofensas aos direitos da personalidade e nem mesmo a violação de quaisquer direitos não patrimoniais do incapaz, pela impossibilidade de entender e de querer. A noção de dano expatrimonial [...] é muito mais ampla e compreende o prejuízo ocasionado a interesses não econômicos que tenham relevância social, independentemente, repita-se, das alterações psicológicas ou perturbações de espírito que possa causar.⁹³

Portanto, a expressão “dano extrapatrimonial” é mais condizente em razão de sua maior amplitude, pois abrange o prejuízo causado a interesses não econômicos que tenham relevância social, não importando se causaram alterações psicológicas ou perturbações de espírito ou outras mais – como no caso do dano psíquico ou do estético, por exemplo -, ou se tão-somente geraram uma ofensa a direitos ou interesses que redundaram em uma perturbação maior que o mero dissabor cotidiano.

Para configurar o dano moral exige-se por parte do lesado a presença da dor em seu íntimo?. Essa questão foi infrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, mas há na doutrina quem entenda ser necessário e outro em posição contrária.

Há aqueles que dizem que o dano moral é a alteração negativa do ânimo do indivíduo. Assim, para que haja dano moral, é necessário que o titular tenha sido vítima de sofrimento, tristeza, vergonha etc, ou seja, alterações negativas no seu estado anímico, psicológico ou espiritual. De acordo com os que defendem esse ponto de vista o dano moral dessa forma, não há dano moral sem dor, padecimento ou sofrimento, físico ou moral. Nesse sentido é o posicionamento de Carlos Alberto Bittar, para quem os danos morais “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.⁹⁴

Em sentido oposto, advogam os que reconhecem a existência do dano moral pelo simples fato de ter havido uma violação de um bem ou interesse jurídico, sem exigir que a vítima tenha sofrido dor ou qualquer outra modificação no seu estado da alma, ou sentimento. Para esses, o dano moral se configura pelo simples ataque em si a determinado direito, e não com sua consequência, ou seja, com o resultado por ele provocado. É Nesse sentido a lição de Sergio Cavalieri, para quem:

“o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e

⁹³ MARINANGELO, Rafael. Op. cit., p.75.

⁹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade. Com essa ideia, abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar dano moral.”⁹⁵

O STJ não foi omissivo e aderiu à corrente que reconhece a existência do dano moral pelo simples fato de ter havido uma violação a bem ou interesse jurídico, sem exigir que a vítima tenha sofrido dor e concluiu que é possível que o dano moral se caracterize pela simples ofensa a determinados direitos ou interesses. O evento danoso não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, consequências do dano, seu resultado. André Gustavo C. de Andrade se alinha a esse raciocínio quanto a obtempera que as mudanças no estado de alma do lesado, decorrentes do dano moral, não constituem, pois, o próprio dano, mas efeitos ou resultados do dano.⁹⁶

Ora, há na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgados que visualizaram o aspecto do dano moral, por ofensa a direito da personalidade, em relação a sujeitos com baixo discernimento ou inexistente e, na ocasião dos julgados, o estado da pessoa não foi motivo suficiente ao afastamento do dano. É o caso, por exemplo, pessoa em estado de demência ou de crianças de tenra idade ou ainda mesmo recém-nascidos:

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 89.

⁹⁶ ANDRADE, André Gustavo C. de. **A evolução do conceito de dano moral**. In Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_143.pdf>. Acesso em 15 fev. 23.

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.

1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

2. **Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação"** (REsp.1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.

5. **Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.**

6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada. [...]

(STJ. 3ª Turma. REsp 1291247/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma DJe 01/10/2014.) (grifo nosso)

A posição do STJ, parece ser a mais adequada, afinal dano moral é a ofensa a determinados direitos ou interesses, logo, a violação é suficiente para caracterizá-lo. A dor, sofrimento, humilhação, são as consequências do dano moral, não precisam necessariamente ocorrer para que haja o direito à reparação.

3 A EMANCIPAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Ao comentar sobre a função dos direitos fundamentais como “imperativos de tutela”, Claus-Wilhelm Canaris observa que:

Designadamente, mantém-se por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também - de certa forma por uma via indirecta - efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em

princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro.⁹⁷

De se observar, então, que os direitos fundamentais redundam em diretrizes inafastáveis de asseguramento de condições de uma vida digna, devendo por isso serem adotados o mais eficazmente possível. E nesse contexto, sua aplicação deve ser efetivada o mais amplamente possível, razão pela qual, em se tratando de indenização por dano extrapatrimonial, mister se faz a emancipação de seus aspectos compensatório e punitivo.

3.1 Emancipação e maximização da efetividade do caráter punitivo da indenização por dano extrapatrimonial

3.1.1 Notas sobre o instituto das punitive damages

No início da civilização humana, em comparação com a atualidade as sociedades tinham diretrizes relativamente simples: fonte de alimentos, perpetuação da sociedade e segurança contra invasores. Essa pouca complexidade social não exigira um sofisticado ordenamento jurídico, pelo que este se consubstanciava em leis casuístas e restritas a acontecimentos específicos, ao que era então viável a adoção da *vingança privada*: em reparação do dano sofrido, o ofendido tinha o direito de causar ao ofensor sofrimento igual ou semelhante – o “fazer justiça pelas próprias mãos”.

Nos dizeres de Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido.⁹⁸

Assim, quase todas as sociedades antigas elegeram como norma a pena de Talião, em que o ofensor deveria sofrer o mesmo dano causado ao ofendido. Para os povos primitivos, muito mais apegados aos instintos que à razão, o preceito "olho por olho, dente por dente" era a mais aceita e considerada eficiente forma de se

⁹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 58.

⁹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 17. ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 3 (responsabilidade civil), p. 52.

reparar um dano: à época, objetivando-se unicamente a vingança em detrimento da efetiva reparação do dano e se ignorando a inocuidade do exercício da vindita, entendia-se que a aplicação do preceito enquanto sanção ao culpado reduzia consideravelmente a dor da vítima.⁹⁹

Contudo, a evolução social e a decorrente e crescente complexidade de sua estrutura exigiu um repensar do ordenamento normativo, de forma a que esse pudesse reger suficientemente o novo contexto social. Nesse sentido, migra-se da vingança para a reparação institucionalizada, conforme explicado por Rafael Marinangelo:

Aos poucos, a responsabilidade civil passou a admitir a composição pecuniária do litígio em substituição à agressão retributiva. A iniciativa espontânea acabou sendo institucionalizada, como ocorreu na lei sálica – importante lei bárbara em vigor na época dos povos francos – com a instituição de taxas ou tarifas a serem aplicadas consoante a natureza do dano e a condição da vítima. Percebe-se, a partir de então, ser preferível a reparação a causar novo dano ao ofensor, cujo efeito era o de duplicar o número de ofendidos.¹⁰⁰

A responsabilidade civil ganhou maior notoriedade prática e teórica no Direito hodierno, tendo em vista a ampliação das relações entre os indivíduos, bem como o aumento da complexidade da sociedade, corrobora com esse entendimento a lição de Sérgio Cavalieri Filho¹⁰¹:

“Não é mais possível ignorá-la. Outrora circunscrita ao campo dos interesses privados, hoje sua seara é das mais férteis, expandindo-se pelo Direito Público e Privado, contratual e extracontratual, aéreo e terrestre, individual e coletivo, social e ambiental, nacional e internacional. Pode-se dizer que seus domínios são ampliados na mesma proporção em que se multiplicam os inventos, as descobertas e outras conquistas da atividade humana. Alguns princípios da responsabilidade civil ganharam status de norma constitucional após a Carta de 1988, sem se falar no enriquecimento que lhe trouxe a edição do Código de proteção e defesa do Consumidor, que regula todas as relações de consumo, em seus múltiplos aspectos.”

O Código Civil brasileiro, traz em seu bojo, um capítulo inteiro¹⁰², sobre a

⁹⁹ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; MARQUES, Nathanny Dias Xavier. A evolução paradigmática do sistema jurídico: da propriedade à pessoa humana. **Derecho y Cambio Social**, Lima, ano 12, n. 41, pp. 1-36, jul. 2015. Disponível em <https://www.derechoycambiosocial.com/revista041/A_EVOLU%C3%87AO_PARADIGMATICA_DO_SISTEMA_JURIDICO.pdf>. Acesso em 05 mai. 2022.

¹⁰⁰ MARINANGELO, Rafael. Op. cit., p. 111.

¹⁰¹ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed.- São Paulo: Atlas, 2012;

¹⁰² **Nota:** O título do código cível que se decide à responsabilidade cível está na parte especial, livro I, título IX, nominado de “Da responsabilidade Civil”. Disponível em :

responsabilidade civil, no qual há previsão de que aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar, sabedoria do art. 927 do Código Civil. O surgimento dessa obrigação de indenizar, tem por objetivo, tornar ileso quem sofreu o dano, é nessa direção a lição do insigne Sergio Cavalieri Filho¹⁰³:

“O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in Danos, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.”

A responsabilidade civil está em permanente incremento, objetivando atender às mudanças do sistema social. Por sua vez torna um desafio não apenas dos tribunais pátrios, mas também da doutrina que por vezes recorre a institutos consagrados no direito internacional com o intento de solucionar casos concretos levados à apreciação no Poder Judiciário. Uma mostra é o *punitive damage*, instituto do direito comparado que pode ser aplicado no sistema de responsabilidade civil brasileiro.

Num salto histórico, chega-se então ao advendo da indenização por dano moral, a qual, nos sistemas que adotaram o *Civil Law* como é o caso do Brasil, convencionou-se reunir os dois aspectos - compensatório e punitivo ou punitivo-pedagógico, segundo alguns – numa mesma indenização.

Raul Araújo Filho explica sinteticamente os dois aspectos ora aludidos da indenização por dano extrapatrimonial:

A reparação decorrente do dano moral deve alcançar duas finalidades: uma de compensar a ofensa causada à vítima, e outra de punir o autor da lesão, desestimulando-o, de modo a não mais praticar semelhante conduta lesiva e, ainda, servindo de exemplo à sociedade, a fim de que nenhum outro integrante se sinta encorajado a praticar conduta de mesmo jaez. Assim, por meio de um acréscimo econômico significativo no valor da reparação do dano moral, busca-se, além de satisfazer o sofrimento do lesado, punir o ofensor com o pagamento de elevada quantia pecuniária, dando à reparação nítido caráter punitivo pedagógico.¹⁰⁴

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acessado em 05 fev. 2023.

¹⁰³ FILHO, Sergio Cavalieri. Op. Cit., p.14.

¹⁰⁴ FILHO, Raul Araújo. *Punitive Damages* e sua Aplicabilidade no Brasil. In SUPERIOR TRIBUNAL DE

Salomão Resedá assim corrobora:

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade ou reiteração, que vai além do que se estipula como necessário para compensar o ofendido, no intuito de desestimulá-lo, além de mitigar a prática de comportamento semelhantes por parte de potenciais ofensores, no intuito de assegurar a paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil.¹⁰⁵

Nosso ordenamento jurídico é pautado pela ideia na qual a função da responsabilidade civil tem apenas a finalidade de reparação do dano, pela devolução do *status quo ante* ou pelo ressarcimento do dano sofrido pelo ofendido ou ainda a função compensatória equivalente em pecúnia. Não se levando em conta a conduta do ofensor, sua culpa, condição financeira, etc.

É da lavra de André Gustavo Corrêa Andrade, o ensino a respeito:

“Na dicção do art. 944 do nosso Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano.” A preocupação, portanto, é exclusivamente com a figura da vítima, cujo dano se busca apagar ou ao menos minorar. Não importa a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade da sua culpa, a sua fortuna, o proveito por ele obtido com o ilícito ou quaisquer outras circunstâncias que a ele digam respeito. Estabelecida a responsabilidade, o valor da indenização é medido somente pela extensão do dano ou prejuízo.”¹⁰⁶

Essa visão estreita de responsabilidade civil, vêm ganhando novos contornos após a constituição federal de 1988, conforme o magistério de Andre Gustavo Corrêa de Andrade:

“O “paradigma reparatório”, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como se dá, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes, de natureza reparatória e/ou

JUSTIÇA. **Doutrina: edição comemorativa, 25 anos**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, pp. 327-346. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>>. Acesso em: 11 out. 2022, p. 327.

¹⁰⁵ RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do *punitive damages* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008, p. 230-231. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2022.

¹⁰⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista da EMERJ, v.9, nº 36, 2006. Disponível em <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf>. Acesso em 18 jan. 2023.

compensatória; ou quando o ofensor se mostra indiferente à sanção reparatória, vista, então, como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática.”¹⁰⁷

A mudança de perspectiva reparadora indica ao operador do direito novos caminhos antes não experienciado, sem contudo abandonar a ideia de reparação, mas numa vertente de ressignificar a responsabilidade civil, para os novos desafios de uma sociedade de complexos conflitos sociais, para tanto lança mão da função indenizatória e da função punitiva. Para melhor visualização recorremos ao ensino de André Gustavo Corrêa Andrade:

“Ao lado da tradicional função de reparação pecuniária do prejuízo, outras funções foram idealizadas para aquela disciplina. Avulta, atualmente, a noção de uma responsabilidade civil que desempenhe a função de prevenção de danos, forte na idéia de que mais vale prevenir do que remediar. Conforme salienta Ramón Daniel PIZARRO: “Tanto do ponto de vista da vítima quanto do possível responsável, a prevenção do dano é sempre preferível à sua reparação. O tema assume especial relevo em matéria de danos causados como consequência de uma lesão a direitos personalíssimos, como a intimidade, a honra ou a imagem.”¹⁰⁸

Ora a ressignificação da responsabilidade civil, ganha escopo em diversos países, quanto ao papel da função punitiva, seja de origem do *commow Law* ou *civil law*. Acrescenta André Gustavo Corrêa Andrade¹⁰⁹ que a indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A idéia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. É cediço que a ideia de indenização punitiva, não alinha às tradições jurídicas brasileiras, que apontam objeções, de outra monta é possível notar que a ideia da indenização punitiva é sim alinhada com os princípios do nosso ordenamento e que constitui sim ferramenta capaz de assegurar os fins ambicionados.

É do direito Romano a visão de pena privada como solução jurídica ao cometimento de um ilícito. Para além da função ressarcitória, que buscava

¹⁰⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op.Cit.

¹⁰⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op.Cit.

¹⁰⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op.Cit.

restabelecer o *status quo ante* do contexto jurídico antes do dano, o ofendido gozava das *actiones poenalis* privadas, através das quais buscava a punição do responsável com a imposição de sanções pecuniárias.

Sem dúvidas a teoria da indenização punitiva é mais bem sedimentada em países do *commow law*, como por exemplo nos Estados Unidos da América, conforme apontado por André Gustavo Corrêa Andrade:

“É largamente difundido, no Direito norte-americano, o entendimento de que o *tort law*¹¹⁰ tem por finalidade não apenas a reparação ou compensação do dano ocorrido, mas também a prevenção de danos futuros. A idéia de que a responsabilidade civil atuaria como fator de dissuasão (deterrence) de certos ilícitos é recorrente na doutrina e na jurisprudência. Margareth Brazier e John Murphy observam que: “A imposição de responsabilidade civil opera não simplesmente para transferir os prejuízos relevantes da vítima para o ofensor mas também para impedir a conduta ilícita em questão.” Entram em cena, então, os *punitive ou exemplary damages* como instrumento utilizado pelas cortes de justiça para ensinar que “*tort does not pay*”¹¹¹, dissuadindo o causador do dano e outras pessoas de praticar condutas lesivas.”

Continua o autor:

“Os *punitive damages* constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*¹¹², quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria. Por conseguinte, segundo Linda Schlueter e Keneth Redden¹¹³, ficam de fora do âmbito dos *punitive damages*, as condutas lesivas decorrentes de ignorância (*ignorance*), culpa simples (*mere negligence*) ou engano (*mistake*).”¹¹⁴

¹¹⁰ Ramo do Direito que cuida da responsabilidade civil. O vocábulo “tort” vem do latim tortus, part. p. de torqueo: torcido, entortado, torto; tortuoso, sinuoso (SARAIVA, F. R. dos Santos. Dicionário latino português, p. 1211). Da raiz latina originaram-se, na língua inglesa, os vocábulos torture, retort, distort, contortion. Em francês, o vocábulo é empregado com o sentido de erro, falta de razão (avoir tort) ou prejuízo (réparer um tort). O Blacks Law dictionary, p. 1.496, define o tort como: “Um ilícito contra o qual o remédio usualmente vem sob a forma de indenização.” No original: “A civil wrong for which a remedy may be obtained, usu. in the form of damages.” O vocábulo tort, empregado no vocabulário comum do passado como sinônimo de wrong, é hoje utilizado quase que exclusivamente em sentido jurídico (ver KEETON, W. Page et alii. Prosser and Keeton on Torts. 2001, p. 2). Explicação extraída do artigo

¹¹¹ Tradução nossa: O ilícito não compensa.

¹¹² Os *compensatory damages* correspondem à nossa tradicional indenização reparatória ou compensatória, pois visam a restabelecer a situação patrimonial que a vítima apresentava anteriormente ao dano. A medida dessa indenização é o dano comprovadamente sofrido pela vítima.

¹¹³ SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. Punitive damages. V. 1, p. 20.

¹¹⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista da EMERJ, v.9, nº 36, 2006. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em 18 jan. 2023.

Nos países que adotaram o *Common Law*, adotou-se de forma autônoma o aspecto punitivo, advindo-se então a *punitive damage*.

Punitive damages é um instituto jurídico originário do Reino Unido e surgido no século XVIII, com o propósito fundamental de punir o ofensor de um bem jurídico e ao mesmo tempo dissuadir o agente danoso de reiterar a conduta danosa. Para melhor compreender a gênese do instituto, traz-se o ensinamento de Paula Meira Lourenço:

Os *punitive damages* surgiram no Reino Unido, no século XVIII, como estandartes do respeito pelo direito à reserva da vida privada e pela liberdade do indivíduo contra os abusos de poder. Com efeito, os *punitive damages* surgiram devido aos graves abusos de autoridade por parte de funcionários públicos e entes privados, evidenciados nos casos *Huckle v. Money* (1763) e *Wilkes v. Wood*, nos quais se reconheceu que o *tort law* comportava uma função de pena privada e se consagrou o princípio da reparação dos danos causados por funcionários do Rei.¹¹⁵

No direito Norte-Americano os *punitive damages*, não está adistrito às hipóteses de dano moral, afinal o objetivo desse instituto é punir o agente da conduta ilícita, prescrevendo uma sanção exemplar, pedagógica, com papel preventivo, evitando novo cometimento pelo causador do dano e por terceiros.

Quanto ao valor da indenização punitiva nos Estados Unidos:

“Os valores das indenizações estabelecidas a título de *punitive damages* nos Estados Unidos da América têm sido objeto de acirrada controvérsia entre partidários e opositores da *tort reform*. Os primeiros sustentam que os montantes indenizatórios estão “fora de controle”, o que é atribuído, de um lado, a um excessivo poder discricionário entregue ao júri, e, de outro, à falta de preparo dos jurados para estabelecer esses valores. Convencidos do acerto desses argumentos, muitos estados americanos têm fixado limites aos *punitive damages*.”¹¹⁶

Quanto à esfera de atuação da indenização punitiva na América do Norte:

“O âmbito de aplicação dos *punitive damages* é variado, alcançando praticamente todas as áreas da responsabilidade civil, com destaque para os casos de responsabilidade civil de produtores e fornecedores por danos decorrentes de produtos defeituosos (*product liability*), ofensa à honra (*defamation*), erro médico (*malpractice*), danos em acidentes de trânsito (*Transportation injuries*). A indenização punitiva tem sido aplicada, também, em casos variados de ilícitos intencionais (*intentional torts*), em casos de responsabilidade de profissionais em

¹¹⁵ LOURENÇO, Paula Meira. **A indenização Punitiva e os Critérios para a sua determinação**. Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, 2008. p. 2. Disponível em: <https://docplayer.com.br/90712-A-indemnizacao-punitiva-e-os-criterios-para-a-sua-determinacao-1.html#show_full_text>. Acesso em: 13 out. 2022.

¹¹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista da EMERJ, v.9, nº 36, 2006. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em 18 jan. 2023.

geral (liability of the professional), fraude (fraud ou misrepresentation), invasão de privacidade (invasion of privacy), assédio sexual (sexual harassment), dentre outros.”¹¹⁷

Num salto histórico, um caso paradigmático revelou a possibilidade de emancipação do caráter punitivo da indenização por dano moral, como bem elucida Paula Meira Lourenço:

Em 1964, foi julgado o **caso Rooks v. Barnard**, no qual um trabalhador fora despedido pela BRITISH AIRWAYS, após ter retirado a sua inscrição de membro do sindicato, só porque o sindicato tinha ameaçado a BRITISH AIRWAYS com a realização de uma greve, caso esta não despedisse o referido trabalhador. Este intentou uma ação contra o sindicato devido à utilização de meios ilegais para induzir a BRITISH AIRWAYS ao seu despedimento, designadamente atenta a ameaça de realização de uma greve. Este caso é da maior relevância porque, por um lado, foi nele que pela primeira vez se distinguiu os punitive damages, cuja função seria prevenir condutas graves e punir o agente (razão pela qual as quantias impostas não tinham nenhuma relação com o prejuízo sofrido pelo lesado), dos aggravated damages, que resultariam do impacto da conduta do infractor na dignidade do lesado e serviriam para o compensar.¹¹⁸

Bem explica a propósito Jennifer Stern, ao discorrer sobre o conceito de *punitive damages*:

As indenizações punitivas, também conhecidas como indenizações vingativas ou exemplares, podem ser concedidas aos reclamantes queixosos que provarem ter sido vítimas de um ato voluntário, imprudente, malicioso ou opressivo. [...] o objetivo delas não é compensar a vítima, mas punir o malfeitor e dissuadir o malfeitor e outros de uma conduta similar.¹¹⁹ (tradução nossa)

Também é nessa linha o entendimento de Judith Martins-Costa e Mariana Parglender:

Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização

¹¹⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. Cit.

¹¹⁸ LOURENÇO. Op.cit.,.

¹¹⁹ STERN, Jennifer. **Punitive Damages**. Nevada Legislative Counsel Bureau, 1989, p. 1. Disponível em <<http://docplayer.net/5520347-Punitive-damages-research-paper-89-1.html>>. Acesso em 11 out. 2020. No original: “Punitive damages, also known as vindictive or exemplary damages, may be awarded to plaintiffs who prove themselves victims of a wilful, wanton, reckless, malicious or oppressive act. The manner or intention with which an act is committed is crucial. [...] their purpose is not to compensate the victim, but to punish the wrongdoer and to deter the wrongdoer and others from similar conduct”.

compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.¹²⁰

É da lavra do mestre, André Gustavo Corrêa de Andrade a fundamentação constitucional para aplicação da função punitiva no direito brasileiro:

“Independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente de princípio constitucional. É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição brasileira. Tais princípios constitucionais, como mandados de otimização que são, ou seja, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível”¹²¹, ao mesmo tempo que consagram direitos de natureza fundamental, determinam ao operador jurídico que empregue todos os meios possíveis para a proteção desses direitos. Para a proteção e promoção do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade impõe-se o emprego não apenas do ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para alcançar esse desiderato. A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.”¹²²

A função punitiva no *civil law*, tem cabimento quando o agente causador do dano o pratica com *intensão lesiva*, ou ao menos com *despreso ou indiferença pelo*

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília-DF, v. 9, n. 28, jan./mar. 2005, p. 16.

¹²¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 86

¹²² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista da EMERJ, v.9, nº 36, 2006. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em 18 jan. 2023.

direito alheio, como são os casos dos grandes conglomerados econômicos, que agem com desrespeito ao consumidor, com desprezo aos direitos dos consumidores, por saber que não serão penalizados por condutas ofensivas, como por exemplo, empresas de companhia de telecomunicações que por não serem em muitos casos punidas pela má prestação de serviço aos consumidores, acumulam milhões de reclamações¹²³, todos os anos, junto aos órgãos reguladores, como ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicação). Ora um dos objetivos da função punitiva é impedir coibir o lesante de lucrar com o ilícito, afinal não se pode lucrar com conduta lesante ao consumidor e com isso evitar a propagação do dano causado.

Em aplicando a função punitiva por exemplo, nos casos das companhias telefônicas, certamente o número de reclamações e por conseguinte ofensa aos direitos do consumidor diminuiria, e a dignidade do consumidor vulnerável nessa relação seria preservado, pois seria mais “barato” investir em melhoria em tecnologias e/ou correção dos problemas geradores dos danos causados pelo fornecimento do produto ou serviço, do que ter que arcar com a indenização punitiva que sofreria, dissuadindo por consequência o agente causador do ilícito de uma conduta semelhante.

É do magistério de André Gustavo Corrêa de Andrade a respeito:

“Eliminação do lucro ilícito – Um papel eventual, mas de grande relevo, que a indenização punitiva desempenharia é o de impedir o lucro ilícito do ofensor. A indenização compensatória, conquanto tenha aptidão para consolar ou compensar a vítima, não se preocupa em eliminar a possível vantagem obtida pelo ofensor com a prática do ato ilícito, o que transforma alguns atos lesivos em um “bom negócio” do ponto de vista econômico. Muitos jornais e periódicos trazem, como principal atrativo, a publicação de notícias sobre a vida privada de celebridades, muitas vezes recorrendo a fontes não confiáveis ou, simplesmente, criando ou reproduzindo notícias falsas, algumas delas escandalosas. Dessa forma, obtêm seus lucros às custas da honra alheia e da invasão da privacidade.[...] Nestes casos, a clássica noção de reparação civil, pela qual a reparação é medida pela extensão do dano sofrido, propiciaria ao ofensor lucrar com sua atividade ilícita, em franca violação ao princípio de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Já a indenização punitiva, ao impedir o lucro do ofensor com a lesão, recupera, para a responsabilidade civil, a noção de eticidade.[...]”¹²⁴

¹²³ Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) recebeu 2,96 milhões de reclamações em 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/anatel-divulga-balanco-de-reclamacoes-em-2020>>. Acesso em 04 fev. 2023.

¹²⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista da EMERJ, v.9, nº 36, 2006. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em 18 jan. 2023.

A finalidade da função punitiva nas liberdades contratuais não passou despercebido a André Gustavo Corrêa de Andrade:

“Para alcançar um ganho, algumas empresas não hesitam em desconsiderar contratos, certas de que a sanção reparatória que eventualmente lhes será imposta configura um preço mais do que satisfatório pela possibilidade de obter unilateralmente um bem que deveria depender do consentimento de outrem. Desrespeitam a liberdade contratual, violando a liberdade de não contratar e de negociar as bases do contrato, e transformam a responsabilidade civil em uma ilegítima forma de expropriação privada de um bem pelo preço de mercado deste, com a vantagem, para o ofensor, de que esse preço será pago de forma diferida, ao final de um longo processo judicial. O emprego da indenização punitiva, aqui também, retira o atrativo econômico que a violação da esfera jurídica alheia apresentava.”¹²⁵

Corroborando com tal entendimento Zavala de Gonzalez, indo ainda mais longe, aponta a eliminação dos benefícios injustamente obtidos com a atividade danosa como o objetivo nuclear a partir do qual devem projetar-se a valoração e os efeitos jurídicos da indenização punitiva, que, segundo a autora, mais do que punitiva é uma “indenização eliminatória de lucros ilícitos”¹²⁶.

Para atingir tal objeto bem obtempera:

“No nosso ordenamento jurídico e nos da grande maioria dos países integrantes da família do civil law, a aplicação da indenização punitiva em relação ao dano material encontra obstáculos de difícil superação. O primeiro é a falta de regra expressa a contemplar essa modalidade de sanção no âmbito do dano material. O segundo é a existência da tradicional regra de que a indenização se mede pela extensão do dano (aplicável exclusivamente ao dano material, uma vez que o dano moral que não tem como ser economicamente mensurado). No que concerne ao dano moral essas questões jurídicas são superáveis com menos dificuldades. Como sustentado anteriormente, a falta de regra expressa que preveja a indenização punitiva não constitui óbice à aplicação dessa espécie de sanção, que encontra seu fundamento em princípios constitucionais garantidores de direitos situados no centro do ordenamento jurídico. A consagração constitucional do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade não apenas legitima, mas impõe o emprego da indenização punitiva como resposta jurídica necessária contra o ataque a tais direitos. **Culpa grave do ofensor** – Tradicionalmente, para a responsabilização civil, não importa o grau de culpa (lato sensu) do agente. Seja a conduta dolosa ou decorrente de culpa (grave, leve ou levíssima), o dever de indenizar subsiste em igual proporção, pois, como já se viu, a indenização é

¹²⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. Cit.

¹²⁶ GONZALEZ, Matilde Zavala de. - **Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños.**, p. 579

medida pela extensão do dano, admitindo-se a redução daquela somente quando o juiz a considerar desproporcional em relação a este. **Para a aplicação da indenização punitiva, ao contrário, é fundamental estabelecer o grau de culpa (lato sensu) da conduta do agente.** Essa espécie de sanção deve, em linha de princípio, ser reservada apenas aos casos de dano moral decorrentes de dolo ou culpa grave, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura. Com efeito, a indenização com caráter de pena deve ser aplicada quando patenteado que o ilícito foi praticado com intenção lesiva ou, ao menos, com desprezo ou indiferença pelo direito alheio. É nessas situações que a indenização punitiva encontra campo fértil para exercer a sua função dissuasória, que objetiva prevenir a prática de outros ilícitos contra direitos da personalidade. Tomando de empréstimo expressão empregada por Ihering, só nos casos em que a própria pessoa fosse “pisoteada juntamente com o seu direito” é que a indenização punitiva se justificaria, como forma de auto-afirmação da personalidade.[...]” (*grifo nosso*)

A autonomia da função punitiva em relação a função compensatória, acode aos desígnios de retribuição e prevenção por intermédio da dissuasão. A respeito o eminente Magistrado André Gustavo Corrêa de Andrade, elucida com maestria a indenização punitiva retributiva e a preventiva:

“Punição (retribuição) – Como a própria denominação sugere, a indenização punitiva exerce o papel de punição de condutas graves. Partindo de um juízo de valor em relação ao comportamento do agente, é atribuída a este uma sanção pecuniária que atua como retribuição pelo dano injustamente causado à vítima. O que distingue a indenização punitiva da indenização compensatória é justamente a circunstância de que, na primeira, a fixação do montante leva em consideração a gravidade do comportamento do ofensor, enquanto, na segunda, o quantum é estabelecido com base na gravidade do dano sofrido pelo lesado. Ao mudar o foco da figura da vítima para a do agressor, a indenização punitiva atende a um imperativo ético, porque possibilita a realização de um juízo valorativo diferenciado para comportamentos merecedores de diferente censura. Atribuindo importância à conduta do ofensor, e não apenas à consequência sofrida pela vítima, distingue um comportamento mais reprovável de um menos reprovável. Introduce, desse modo, um critério de justiça no

âmbito da responsabilidade civil."¹²⁷ ¹²⁸

Quanto à punição por prevenção (dissuasão) discorre ele com sapiência:

“A função preventiva (ou dissuasória) constitui, talvez, a principal e mais importante das finalidades da indenização punitiva. Essa modalidade de indenização desempenha importante papel em situações de natureza excepcional, nas quais a indenização compensatória não constituiria resposta jurídica socialmente eficaz. É o que ocorre quando determinada soma, embora considerada suficiente para atenuar o constrangimento decorrente do dano moral, é de insignificante expressão econômica para o ofensor, que, por essa razão, não se vê convencido de que não deve praticar atos lesivos iguais ou semelhantes; antes, vê-se estimulado a reiterar seu comportamento censurável. A indenização compensatória, nesse contexto, funcionaria como o medicamento que ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque. A relativa debilidade econômica da sanção imposta concretamente reduz a imperatividade do ordenamento jurídico, eliminando a coercibilidade característica das normas jurídicas.” ¹²⁹

Em detrimento de haver autores modernos, que neguem a possibilidade de atribuição de caráter punitivo à responsabilidade civil por danos morais, há quem, na mais atual doutrina, admita a função punitiva na responsabilidade civil por danos morais, com a destinação do valor da condenação punitiva não ao próprio ofendido, mas a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, com os recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. conforme previsto na Lei de Ação Civil Pública¹³⁰, o que na pior das hipóteses afastaria qualquer justificativa contrário a função punitiva na responsabilidade civil, sob o argumento do

¹²⁷ Nota: No artigo Indenização Punitiva, escrito pelo Magistrado André Gustavo Corrêa de Andrade, ele enrique a discussão com exemplificação que trago: “Imaginem-se dois acidentes de trânsito, o primeiro, causado por motorista que tem habilitação há anos, sem uma única infração, que dirigia em velocidade compatível com o local, mas, por inexplicável imperícia na mudança de marchas, perdeu o controle do automóvel em uma curva e colidiu com outro veículo. O motorista prontamente socorre a vítima, levando-a ao hospital, dando-lhe toda a assistência necessária e demonstrando grande consternação com o ocorrido. O segundo acidente é causado por motorista que, após ingerir bebida alcoólica em quantidade acima da permitida pelas leis de trânsito, dirigia seu automóvel em rua movimentada, em excesso de velocidade, apostando corrida com outro veículo, o que fez com que perdesse o controle e atingisse um terceiro automóvel. Após o acidente, o motorista tenta se evadir do local sem prestar auxílio à vítima, só não o conseguindo porque é alcançado pela polícia. Em nenhum momento o motorista causador do acidente demonstra arrependimento, e até manifesta indiferença pelo ocorrido.”

¹²⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista da EMERJ, v.9, nº 36, 2006. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em 18 jan. 2023.

¹²⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. Cit.

¹³⁰ BRASIL. Lei 7.347 de 24 de Julho de 1985. **Ação Civil Pública**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>, Acesso em: 12 fev. 2023.

enriquecimento sem causa.

A jurisprudência brasileira tem, afirmado esse caráter punitivo, mesmo que o destinatário do valor da condenação seja o ofendido. Para ilustrar, recentemente o Superior Tribunal de Justiça - STJ se posicionou a respeito. Trata-se de caso em que determinada pessoa/empresa passou a enviar cartas, notificações, documentos e comunicações aos patrocinadores e à imprensa a respeito de um atleta de futebol, o conteúdo das comunicações se refere ao fato de o jogador de futebol passar por persecução penal instaurada pelas autoridades judiciárias estrangeiras. O desportista ajuizou ação contra os emissores das comunicações, com pedido de obrigação de não fazer, para que a parte requerida abstenha de enviar as comunicações sob pena de aplicação de multa por cada comunicação emitida com o teor da persecução penal, bem como pedido de indenização por danos morais.

Em primeira instância o valor fixado a título de multa foi de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em face cada correspondência, assim como condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). É certo que o valor não chega a ter caráter tão inibidor, por ter o ofensor capacidade financeira bem confortável, de outra face representa um recado para os que praticarem atitude semelhante.

Houve recurso, o acórdão de 2ª instância manteve a sentença de primeiro grau, quanto a indenização por dano moral, vale apontar que levou se em consideração elementos balizadores para fixação do *quantum fixado*, tais como, o grau de culpa, a extensão do dano, a finalidade compensatória, o enriquecimento sem causa e ainda o caráter pedagógico com o intento de coibir a reiteração de conduta, numa clara demonstração da aplicação da função punitiva da responsabilidade civil em caso de dano moral. O referido processo da relatoria do senhor Ministro Marco Aurélio Bellizze no STJ, que ao analisar o aspecto da responsabilidade civil do caso, sabiamente obtempera a ampliação da tutela a esse respeito, visando a proteção da dignidade humana, face a evolução das relações sociais, conforme ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRESCINDIBILIDADE DA PROVA REQUERIDA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. DESNECESSÁRIA. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. EFICÁCIA TRANSUBJETIVA DAS OBRIGAÇÕES. ENVIO DE CARTA A PATROCINADORA DE JOGADOR DE FUTEBOL. TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. VALOR DA COMPENSAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA

PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. MULTA APLICADA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 98/STJ. AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O propósito recursal consiste em verificar a: i) ocorrência de negativa de prestação jurisdicional; ii) existência de cerceamento de defesa em virtude do indeferimento da produção de provas; iii) necessidade de suspensão do processo em razão de questão prejudicial, consubstanciada na existência de perseguição penal no exterior; iv) ausência de responsabilidade civil da recorrente, ante a inexistência de nexo causal e de dano à imagem do atleta; v) a possibilidade de redução valor indenizatório, subsidiariamente; e vi) possibilidade de exclusão da multa aplicada nos embargos de declaração.

2. Verifica-se que o Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes para a solução da lide de forma fundamentada, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

3. Os princípios da livre admissibilidade da prova e da persuasão racional autorizam o julgador a determinar as provas que entende necessárias à solução da controvérsia, assim como o indeferimento daquelas que considerar prescindíveis ou meramente protelatórias.

Assim, não há cerceamento de defesa no julgamento da causa sem a produção da prova solicitada pela parte quando devidamente demonstrado pelas instâncias de origem que o processo se encontrava suficientemente instruído.

4. Nos termos do art. 315 do CPC/2015, haverá a suspensão do processo quando o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, contudo, no caso dos autos, a conclusão de processo criminal na Justiça espanhola em nada influenciará na apreciação da controvérsia.

5. A responsabilidade civil, em face da sua relevância e da sua natureza dinâmica, tem alargado seu horizonte, sem se restringir a um rol preestabelecido de direitos tutelados, buscando a proteção das mais variadas órbitas da dignidade da pessoa humana.

5.1. Ante o reconhecimento e a ampliação de novas áreas de proteção à pessoa humana, resultantes da nova realidade social e da ascensão de novos interesses, surgem também novas hipóteses de violações de direitos, o que impõe sua salvaguarda pelo ordenamento jurídico, inclusive quanto ao comportamento de terceiro que interfere ou induz o inadimplemento da obrigação.

5.2. Os contratos são protegidos por deveres de confiança, os quais se estendem a terceiros em razão da cláusula de boa-fé objetiva. De acordo com a Teoria do Terceiro Cúmplice, terceiro ofensor também está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, haja vista que seu comportamento não pode interferir indevidamente na relação, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes, sob pena de se responsabilizar pelos danos decorrentes de sua conduta.

5.3. O envio de carta por terceiro a patrocinadora do jogador, relatando e emitindo juízo de valor sobre suposta conduta criminosa, sem nenhum intuito informativo e com nítido caráter difamatório e vingativo, buscou unicamente incentivar a rescisão do contrato firmado entre o atleta e a destinatária da carta, estando configurado ato danoso indenizável.

6. Ao fixar o valor da compensação por danos morais, as

instâncias ordinárias observaram a extensão do dano, o grau de culpa do agente, as condições socioeconômicas dos envolvidos, os efeitos psicológicos decorrentes do dano, bem como o caráter pedagógico, educativo e punitivo da indenização, fixando-o em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

7. A multa do art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 não será cabível quando os embargos de declaração têm o objetivo de prequestionamento, consoante dispõe a Súmula 98/STJ. Sanção processual que deve ser afastada, no caso.

8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 1.895.272/DF, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022.) (*Grifos nosso*)

Nesse cotejo de ideias, nota-se que a função punitiva, ao fomentar a sanção pecuniária, almeja abolir comportamentos que não são coibidos com a função compensatória. Busca nesse particular restaurar a ordem jurídica, cujo regramento precisa ser obedecido, pela moralidade da consciência relativo as atitudes dos agentes ou pela necessidade de cumprir os deveres impostos, restando com a implementação da função punitiva o temor da imposição de sanções na hipótese de dano.

Como bem observa André Gustavo Correa de Andrade, o emprego de sanção pecuniária como forma de desestimular a prática ou a reiteração de comportamentos ilícitos, anti-sociais, lesivos aos direitos da personalidade, atende a um anseio geral de proteção da dignidade humana em uma época em que o indivíduo se vê imprensado, comprimido por interesses econômicos, sempre colocados em primeiro plano.

Não deve prevalecer o argumento dos opositores da função punitiva, de que não importaria juridicamente, que a indenização reparatória/compensatória não seja apta a coibir ações que geram dano, caso cumpra a função de trasladar, de quem sofreu o dano ao causador da agressão, os prejuízos decorrentes da conduta deste. Afinal qualquer dano aos direitos do homem estraga, enfraquece a sociedade no seu todo.

3.1.2 A maximização da proteção do consumidor por meio da emancipação do caráter punitivo da indenização por danos morais

Sinteticamente, Maria Helena Diniz esquematiza a indenização por dano moral:

[...] a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de

satisfação compensatória, tendo função: a) penal, ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa — integridade física, moral e intelectual — não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.¹³¹

Baseando-se na lição supra, observa-se a incorreção da expressão “indenização por dano moral”, eis que “indenizar” significa tornar indene a vítima, fazer com que a vítima fique “sem dano”, volte ao *statu quo ante*. Por isso, a indenização por dano moral tem uma conotação compensatória, posto que a ofensa moral é insuscetível de reparação tal qual a material, e bem assim não é raro que o ofendido carregue consigo por muito tempo, senão pelo resto da vida, as marcas da ofensa sofrida, servindo a indenização portanto como uma atenuação à dor.

Conforme a explicação de Maria Helena Diniz, a indenização por dano moral não visa a reparar a dor de forma a que se volte ao *statu quo ante*. Não se trata de:

[...] uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.¹³²

Ou seja: a indenização por dano moral não procura “retificar” a ofensa, mas possibilitar ao ofendido recursos pecuniários para que se possam buscar meios de a vítima esquecer ou pelo menos minorar a ofensa sofrida: mensura-se um valor razoável à compensação da dor sofrida pela vítima, de forma a que esta possa se desfazer do trauma sofrido ou pelo menos minorá-lo, por meio de tratamentos, terapias, viagens, e outras alternativas quantas bastem a tanto.

Nesse mister, a indenização por dano moral tem natureza sancionatória indireta, servindo para desestimular o ofensor à repetição do ato, sabendo que terá de responder pelos prejuízos que causar a terceiros a ponto de sofrer um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Contudo, o

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). **Atualidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2, p. 148

¹³² Op. cit., p. 248.

caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: conforme já dito, a finalidade precípua da aludida indenização não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio moral do lesado.¹³³

Aqui se mostra a incongruência: por se dar um tratamento secundário ao aspecto punitivo, quando se fixa um *quantum* que se considera razoável à compensação da vítima tal valor quase sempre não se mostra igualmente razoável a coibir o ofensor à reiteração da prática ofensiva. E isto se dá porque, em que pese terem a mesma origem (ofensa a um ou mais elementos da personalidade humana), a compensação e a punição têm objetivos diferentes.

Vislumbra-se tal distinção, quando o caráter punitivo da indenização por dano moral é considerada enquanto uma indenização punitiva autônoma, assemelhando-se à *punitive damage* do *Common Law*, a qual, conforme já dito, não tem o condão de ressarcir ou compensar o lesado mas sim punir o lesante, e ao mesmo tempo aplicar-lhe uma lição no sentido de se coibi-lo à reiteração da prática danosa. E nesse ponto, tornando-se autônoma, a nosso ver a indenização punitiva assume contornos mais eficazes no sentido de se punir adequadamente o ofensor.

No mesmo sentido, entendem Viviane Séllos-Knoerr, Sandra Sette e Ângela Sousa:

Essa punição específica surge a partir da constatação de que é impossível o ressarcimento ser promovido apenas por uma compensação financeira, por se tratar de danos imateriais, difíceis de serem quantificados. A dificuldade se dá, em especial, por serem danos emocionais, que prejudicam a pessoa em sua integridade emocional e às vezes com consequências físicas, abalando sua autoconfiança, a depender de uma avaliação de um especialista. Enfim, esse tipo de indenização, comum na Europa e nos EUA, tem como propósito punir exemplarmente o autor a ponto de fazê-lo repensar sua conduta.¹³⁴

A esse respeito, há dois entendimentos acerca da incidência do caráter punitivo para a fixação do valor da indenização: um, o de que se arbitra com o propósito de dissuadir eficazmente o agressor, a indenização poderia sê-lo em valor tão alto que configuraria enriquecimento sem causa por parte do ofendido; outro, o de que o valor

¹³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 4 (responsabilidade civil), p. 529.

¹³⁴ SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de; SETTE, Sandra Mara Franco; SOUSA, Ângela Alves de. Danos morais: o ingresso da pena civil no sistema de direito privado brasileiro. **Revista Internacional CONSINTER de Direito**, Porto, Ano VI, n. X, 2020. Disponível em <<https://revistaconsinter.com/revistas/ano-vi-numero-x/capitulo-03-direito-privado/danos-morais-o-ingresso-da-pena-civil-no-sistema-de-direito-privado-brasileiro/>>. Acesso em 14 out. 2021.

ora fixado não redundaria em enriquecimento sem causa, posto que não se está a ressarcir algo mas sim a se punir um ato danoso.

Ao nosso ver, é correto o segundo entendimento: resta também incongruente balizar-se a indenização pela vedação ao enriquecimento sem causa do consumidor. Com tal expediente, chega-se a cifras que podem até em princípio custear opções de consolo ao ofendido, mas nem de longe afetam de forma efetiva e marcante o patrimônio do ofensor, em face do que, ao invés de desestimular, a indenização acaba por estimular a reiteração do ato danoso, pois o ofensor chegará à conclusão de que o valor da indenização é um pequeno preço, que justifica o ganho obtido com a ofensa.

Na realidade, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa não se aplica sem dificuldades incontornáveis à indenização por dano moral, visto confrontar bens de natureza diversa. A dignidade humana bem como os caracterizados da personalidade não pode ser convertidos à pecúnia. Invocamos aqui a distinção entre preço e dignidade trazida por Kant. Somente tem preço aquilo que pode ser substituído por um equivalente; o que não tem equivalência e está acima de todo preço compreende uma dignidade. Ora impossível certificar que qualquer quantidade seja descomedida como como indenização pela morte de um ente querido.

Ressalte-se que o parâmetro de vedação ao enriquecimento sem causa também destoa do contexto de justiça ao caso em tela, eis que impõe um referencial patrimonial a uma situação extrapatrimonial: parte-se do princípio de que a indenização será agregada ao patrimônio do ofendido, quando na verdade presta-se a um mister diametralmente oposto – o resgate da incolumidade psicológica do ofendido, ou pelo menos a minoração dos traumas advindos da ofensa. Por isso, não há justificativa alguma para se impor a vedação ao enriquecimento sem causa enquanto parâmetro para a fixação da indenização por dano moral, se o objetivo de tal mister não é o acréscimo de patrimônio e sim a restauração da serenidade da personalidade do ofendido, no contexto de restabelecimento do respeito à dignidade humana do ofendido.

É nesse sentido o entendimento de Luciana Gattaz:

Assim, no Brasil, a aplicação "restrita" decorre de uma vedação prevista em norma infraconstitucional e implica na quantificação de um valor tão insignificante para o objetivo de punir e, como dito anteriormente, de atingir o patrimônio do agente ofensor, que o instituto perde completamente sua eficácia. [...] No caso dos *punitive damages*, por se tratar de instituto que visa coibir condutas comprovadamente dolosas ou gravemente culposas, e, assim,

proteger os direitos fundamentais, como a proteção à dignidade da pessoa humana, aos direitos da personalidade, à vida, à saúde, à segurança das vítimas, constitucionalmente previstos, não é difícil defender que prevaleça sobre uma norma infraconstitucional, tal como é a vedação do enriquecimento sem causa.¹³⁵

Destarte, conferindo-se autonomia aos aspectos punitivo e compensatório da indenização por dano moral, e bem assim visualizando-se cada uma destas enquanto indenizações autônomas, mais eficaz será a indenização, posto que, ampliando-se seu espectro, mais abrangente será a compensação ao ofendido e mais incisiva será a punição ao ofensor, coibindo-o mais eficazmente uma vez que haverá sensível impacto em seu patrimônio. Lado outro, a se manter a compensação e a punição atreladas entre si e à vedação do enriquecimento sem causa, ter-se-á uma indenização em valor aquém de tais propósitos (compensar e punir) e ao mesmo tempo irrisória ao ofensor, o qual, muitas vezes se tratando de fornecedor com expressivo poderio econômico, paga sem que isso redunde em punição e muito menos em coibição à reiteração do ato danoso.

É claro a respeito o escólio de João Calvão da Silva:

Não basta poder pagar para tudo se poder permitir; deve evitar-se o iníquo resultado de que o devedor seria livre de não cumprir, desde que suportasse as suas conseqüências. [...] Uma tal concepção – que transformava o que deve ser a exceção em regra, através do ressarcimento do dano – monetizaria todos os bens e valores do homem, (in)satisfazendo o interesse creditício específico pelo equivalente, em moeda, da prestação originária. Monetização que, ao reduzir todos os valores e bens de índole vária ao valor-dinheiro, contrastaria gritantemente com os ideais e valores culturais da civilização hodierna, vazados na regra de que a prestação não necessita de ter valor pecuniário, apenas devendo corresponder a um interesse do credor digno de proteção legal (art. 398º, nº 2). Seria, também por isso, um retrocesso jurídico, com o regresso aos tempos tradicionais em que a obrigação seria sempre um vínculo de carácter patrimonial, não sendo lícita a constituição de uma obrigação sem conteúdo econômico-pecuniário. A referida monetização ou patrimonialização das obrigações, com a conversão do crédito originário, não monetário, em crédito pecuniário de ressarcimento, envolveria uma consideração meramente quantitativa dos direitos do credor, ao reduzi-los a esse elemento comum que é o dinheiro, como se, em última análise, todos os mais diversos direitos pudessem expressar-se em termos pecuniários. O que não pode aceitar-se, nem sequer em nome de uma qualquer pretensa igualdade formal, por não ter em conta o aspecto qualitativo da referência à necessidade

¹³⁵ GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive damages no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo-SP, n. 964, fev. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.07.PDF>. Acesso em: 12 out. 2022.

(freqüentemente não patrimonial) demiurga da obrigação, ao interesse primário (freqüentemente pessoal, cultural, afetivo, moral, etc.) do credor, a que urge dar específica e integral satisfação, impondo ao devedor o cumprimento da própria prestação a que se encontra ab origine adstrito e não simplesmente o sacrifício de um bem diverso que tudo paga, o dinheiro. [...] Prever meios coercitivos que dificultem ou excluam a conversão do direito à prestação primária em direito ao ressarcimento do dano, do crédito não pecuniário em crédito de ressarcimento, é uma exigência. [...] Assim, se evitará a hipertrofia da pecuniariedade como garantia dos direitos, favorecendo e expandindo a tutela em forma específica e o que ela implica de maior aderência às diferentes situações, nomeadamente aos interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal (caso dos direitos de personalidade), irredutíveis à patrimonial lógica quantitativista.¹³⁶

André Augusto Giuriatto Ferraço e Igor Rodrigues Britto reforçam o entendimento:

No que se refere à situação econômica da vítima, os tribunais brasileiros têm atribuído maior atenção à capacidade econômica do lesado do que ao patrimônio do lesante. Tal postura possibilita a obtenção de lucros para o ofensor, mesmo que haja condenação do mesmo. Soma-se a isso o fato de que atribuir a indenização analisando o patrimônio da vítima pode ensejar em provimentos jurídicos discrepantes para as mesmas situações de fato e de direito, quando os lesados possuem rendas diferentes, o que viola o princípio constitucional da igualdade, frente à clara ocorrência de discriminação. Ademais, atribuir a pena em função do patrimônio da vítima, não enseja em uma indenização significativa, capaz de surtir os efeitos dissuasivos desejados pelo instituto em comento. Ressalta-se que a atribuição da indenização compensatória e da indenização punitiva deva ocorrer separadamente, para que sobre esta possam os tribunais de alçada exercer um melhor controle, em razão da reprovabilidade da conduta e da coerente aplicação dos postulados da razoabilidade da proporcionalidade. [...] É inviável, e contraditória à noção de dano moral e dignidade humana, a regulamentação do instituto por meio de parâmetros rígidos e objetivos à sua incidência, o que tendem a acarretar na restrição ao cabimento, o que ocasionaria em uma proteção insuficiente aos mais variados atributos da personalidade, em constante construção.¹³⁷

Também é nesse sentido o entendimento de Carlos Alberto Bittar, que traz em sua lição:

Adotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação

¹³⁶ CALVÃO DA SILVA, João. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 4. ed., reimpr. Coimbra: Almedina, 2007, p. 166-168.

¹³⁷ FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; BRITTO, Igor Rodrigues. Danos morais no direito do consumidor e punitive damages: pedagogia para o judiciário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo-SP, v. 110, ano 26, mar.-abr. 2017, p. 136. Disponível em <<https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1366/1270>>. Acesso em 12 jan. 2022.

na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos punitive ou exemplary damages da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.¹³⁸

A esse respeito, Marcelo Silveira ressalta que no Direito Português, onde se adota o *Civil Law* tal qual no Brasil:

[...] as discussões sobre a função punitiva da responsabilidade civil na doutrina e jurisprudência portuguesa merecem atenção, especialmente considerando a experiência alcançada nos 50 anos de aplicação do código de 1967. O assunto [punitive damages], inclusive, já era debatido e estudado há bastante tempo no direito português.¹³⁹

Acerca disso, Paula Meira Lourenço afirma que, seguindo a tendência da Europa Continental quanto à proteção dos direitos da pessoa humana, doutrina e jurisprudência portuguesas vêm adotando a fixação de indenizações com o intuito de punir o ofensor e evitar a reiteração da conduta¹⁴⁰, enfatizando-se representar a indenização punitiva “uma sanção ao ofendido por ter privado o lesado das utilidades que aqueles bens lhe proporcionam”¹⁴¹.

De se destacar que, no Direito Consumerista Português, já há corrente doutrinária que propugna pela sanção punitiva de forma autônoma:

As indemnizações (os punitive damages) que se vierem a arbitrar pelas actuações ínvias das empresas repercutir-se-ão favoravelmente no mercado porque afastarão as más empresas e propiciarão às boas uma presença sólida no mercado. Os punitive damages terão de prever-se, a fim de constituírem o antídoto eficaz para as situações de afronta ao ordenamento – aos direitos do consumidor e à concorrência desleal que grassa no mercado.¹⁴²

¹³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 3. ed., rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, pp. 232-233.

¹³⁹ SILVEIRA, Marcelo. Função punitiva dos danos morais: a experiência estadunidense e portuguesa e a realidade brasileira nos 15 anos do CCB. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, 2017, n. 6, p. 1.505-1.538. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1505_1538.pdf>. Acesso em 11 jun. 2022, p. 1.521.

¹⁴⁰ LOURENÇO, Paula Meira. **A punição na responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 400.

¹⁴¹ LEITÃO, Luís Menezes. **Direito das Obrigações**. 10. ed.. Coimbra: Almedina, 2013, p. 204.

¹⁴² ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO DO CONSUMO. **Das acções colectivas em**

Até porque e entre outros dispositivos, a aplicação autônoma de indenizações compensatória e punitiva ao fornecedor, além de ampliar o alcance do direito fundamental à proteção do consumidor, coaduna com as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, dentre as quais, exemplificativamente se cita o art. 6º, inciso VIII, onde se observa ser direito básico do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências [...].¹⁴³
(grifo nosso)

Que a relação entre consumidor e fornecedor é desigual não se tem dúvidas, mas o que não se poder perder de vista é busca constante para equalizar as relações de consumo, afinal nas relações de consumo, tem um ambiente que na maioria das vezes o proceder ilícito é tido como compensatório financeiramente na visão final do lucro a qualquer preço, abrindo mão de investimento em previdência e cuidado com a qualidade sobre os bens e serviços ofertados aos consumidores, em uma clara demonstração em optar por arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, tendo em conta que os valores a serem dispensados no casos de indenização serem menores em comparação aos investimentos que teriam que arcar para aprimorar os serviços e produtos, melhorando e evitando a reparação aos consumidores. Por conseguinte baseando-se do resultado econômico, o comportamento se mostra alheio às leis aos direitos do outro, aqui é um ponto de discussão importante, afinal não é insociável notar que a função compensatória sozinha não atende à finalidade de compelir fornecedores a melhorar a qualidade de seus produtos ou aprimorar os seus serviços.

Nesse contexto a função punitiva pode deslindar como instrumento de previdência que tem capacidade de atingir tal objetivo, conforme ensinosa de Andre Gustavo de Corrêa de Andrade:

“A sanção pecuniária aparece, portanto, como fator de reequilíbrio do mercado, por entregar aos consumidores, que constituem a parte sempre mais vulnerável na relação de consumo, instrumento que lhes

Portugal - no quadro do direito do consumo. Lisboa: Direcção-Geral do Consumidor, 2007, p. 118. Disponível em <<http://www.consumidor.gov.pt/gestao-ficheiros-externos/das-accoes-coletivas-em-portugal-pdf.aspx>>. Acesso em 28 out. 2020.

¹⁴³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 12 out. 2022.

estimularia a agir contra atos lesivos de seus direitos. De outra parte, a indenização punitiva compeliaria produtores e fornecedores a colocar no mercado produtos mais seguros e adequados ao consumo, assim como a prestar serviços mais eficientes.”¹⁴⁴

É nessa vertente o entendimento do professor Araken de Assis ao destacar a importância da indenização com caráter de punição, para precaver a ocorrência do cometimento de novos ilícitos:

“A prudência consistirá em punir moderadamente o ofensor, para que o ilícito não se torne, a este título, causa de ruína completa. Mas, em nenhuma hipótese, deverá se mostrar complacente com o ofensor contumaz, que amiúde reitera ilícitos análogos [...] É o caso das empresas de banco que, com indiferença cruel, consignam informações negativas sobre seus clientes e devedores em cadastros que vedam ou tolhem o acesso ao crédito e, posteriormente, se desculpam com pretexto de erro operacional. Nessas hipóteses, a indenização deverá compensar a vítima pelo vexame e punir, exemplarmente, o autor do ato ilícito, com o fito de impedir sua reiteração em outras situações.”¹⁴⁵

A função punitiva opera como instrumento que busca balancear as relações de consumo, reduzindo a fragilidade do consumidor e a situação de ascendência dos fornecedores de bens e serviços.

No elo insofismável entre consumidores e fornecedores, ambiente esse marcado por continua condutas ilícitas, motivadas por maiores ganhos e pouca preocupação com os direitos do consumidor, a função punitiva se apresenta com uma ferramenta muito eficiente. Sobre o problema adverte André Gustavo Corrêa de Andrade:

“Alguns fornecedores, para elevar sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, enquanto outros colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços. Nesse cálculo, levam em conta a circunstância de que muitas vítimas de danos decorrentes de fato do produto ou do serviço deixam de ir à juízo, por razões variadas, que vão da dificuldade em identificar o responsável pelo dano à falta de disposição para enfrentar um processo judicial, com seus gastos, retardamentos e todas as suas vicissitudes [...] As pessoas físicas e as empresas orientam-se, então,

¹⁴⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista da EMERJ, v.9, nº 36, 2006. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em 18 jan. 2023.

¹⁴⁵ ASSIS, Araken de. **Indenização do dano moral**. In: Revista Jurídica, nº 236, jun. 1997, p. 5.

por uma “racionalidade estritamente econômica”,pautando-se pelo resultado de uma relação custo/benefício do seu comportamento em detrimento da lei e do direito alheio. Não é difícil perceber por que a sanção meramente compensatória não se mostra suficiente para compelir os fornecedores a melhorar a qualidade de seus produtos ou aprimorar os seus serviços.” ¹⁴⁶

Nesse ponto fica evidente que a função punitiva tem o poder de quebrar com a consolidada, costumeira e deplorável desequilíbrio, agindo como inibidor à atos ilícitos futuros, afinal o função reparadora de maneira solitária é incapaz de impedir o agente do dano de continuar a lucrar a custas do dano alheio.

Por outro ângulo é legítimo o argumento de que nem todo dano a um direito da personalidade seja ele moral ou não, deverá ser aplicado a função punitiva, conforme escólio do próprio André Gustavo Corrêa, há hipóteses em que embora se configure o dano e por conseguinte enseja reparação civil, não tem cabimento a indenização punitiva:

“Há situações em que a ofensa a direito personalíssimo não seria merecedora de sanção de caráter retributivo ou de punição. O ofensor, apesar de ter causado dano e estar obrigado a indenizar, não é merecedor de especial reprimenda. São os casos de dano resultante de culpa leve e de dano independente de culpa (responsabilidade objetiva) ou sem culpa comprovada (presunção de culpa).” ¹⁴⁷

3.1.3 Um possível contraponto: a capacidade do ofensor e o bis in idem em relação à indenização compensatória por dano extrapatrimonial

Maria Celina Bodin de Moraes, com embasamento robusto, se posicional contrário à autonomia da função punitiva da indenização por danos morais, sob o argumento de que não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva, ao lado da função compensatória, à indenização de danos extrapatrimoniais¹⁴⁸. Argumenta ainda que o instituto dos chamados danos punitivos foi desprezado em muitos momentos pelo legislador pátrio. De fato, quando da elaboração do projeto do Código de Defesa do Consumidor no Brasil, o artigo 16 previa a indenização punitiva, o que foi vetado:

¹⁴⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista da EMERJ, v.9, nº 36, 2006. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em 18 jan. 2023.

¹⁴⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. Cit.

¹⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, p. 47, abr./jun. 2004.

"Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável."¹⁴⁹

Fortalecido o argumento da professora Maria Celina Bodin ao afirmar que:

"Relevante parece ser o fato de que quando se teve a melhor oportunidade para tanto, isto é, no âmbito da proteção ao consumidor, cujo correspondente americano é a *tortius liability*, onde os *punitive damages* alcançaram a fama e o sucesso, a opção brasileira foi no sentido de não adotar qualquer caráter punitivo na reparação do dano".¹⁵⁰

Wendell Lopes Barbosa de Souza, nessa toada corrobora com esse entendimento, quando aponta que nos anos 2000, foi rejeitado projeto de lei que acrescentaria ao art. 944 do código civil o §2º:

Também acabou rejeitado o Projeto de Lei nº 6.960, apresentado em 2/06/2002, pelo deputado Ricardo Fiuza, que previa a inclusão de um novo parágrafo ao artigo 944 do Código de 2002, com a seguinte redação: "Art. 944, § 2º. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante".¹⁵¹

Aliado a tais argumentos, busca-se afastar a função punitiva da indenização punita, sob a perspectiva de que havia o enriquecimento sem causa, é nesse sentido que Giovanni Ettore Nanni posiciona a respeito:

"[...]assim procedendo, estar-se-ia concedendo uma indenização superior ao dano efetivo, o que, em princípio, configuraria um enriquecimento sem causa", concluindo que, "à luz dessas vertentes, apesar de consistir tema arenoso, não parece ser apropriada a adoção da linha oriunda da common law para aplicação de danos punitivos ou ditos *punitive damages* no Direito Brasileiro"¹⁵²

Ora aqui é possível notar a gênese da *função* punitiva, quando da configuração

¹⁴⁹ MENSAGEM Nº 664, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm . Acessado em 10 fev 2023.

¹⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, p. 48, abr./jun. 2004.

¹⁵¹ SOUZA.Wendell Lopes Barbosa de. Punitive damages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil. In: Guerra, Alexandre Dartanhan de Mello; Benacchio, Marcelo (org.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.p. 364.

¹⁵² NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 358.

do dano moral, sendo aplicada em conjunto com a *função* compensatória, a quem sofre o dano moral, com uma abrangência enorme, acobertando uma gama de hipótese, desde problemas nas relações de consumo, à pedido de indenização por abandono afetivo entre pais e seus filhos por exemplo.

É de se notar que a incorporação da função punitiva à indenização por dano moral potencializou para que demanda se multiplicasse sobre o manto da ofensa real ou suposta à dignidade humana. A professor Judith Martins Costa em seu artigo Dano Moral a Brasileira, ressalta o caso da consumidora que fez chegar ao Supremo Tribunal Federal¹⁵³ sua “grande frustração” ao abrir um pacote de pão de queijo, comprado em supermercado no valor de R\$ 5,69 (cinco reais e sessenta e nove centavos), que, apesar de estar com o prazo de validade perfeitamente regular, continha alguns pãezinhos mofados, impedindo-a “de consumi-los normalmente”. Diz ela:

Importa, bem por isto, apontar criticamente aos critérios comumente oferecidos para desenhar a noção de “dano moral”, pois ao Direito, que é ordenamento, na dupla função de ordenar (determinar) e “por em ordem” o caos da vida, não é lícita tamanha cacofonia. Cabe, assim, o esforço para ensaiar critérios (Primeira Parte) que permitam alcançar uma noção de dano extrapatrimonial racionalmente apreensível e democraticamente controlável, demonstrando (Segunda Parte) porque dela devem ser extirpados os elementos punitivos que lhe foram introduzidos pela doutrina e jurisprudência, muito embora (Terceira Parte) doutrina gerada pelos penalistas possa servir – com as necessárias adaptações no processo de transplante – na concretização de um dos critérios para a fixação do quantum indenizatório.”¹⁵⁴

O dano moral tido com “dor” é comumente aplicado, na jurisprudência e doutrina pátria, é do escólio de Judith Martins Costa de que há dentre os autores três entendimentos acerca do conceito de dano moral, quais sejam, o da natureza do

¹⁵³ STF, ARE 729.870/RJ. Decisão Monocrática. Rel. Ministro Teori Zavascki. J. em 8.10.2013. Conquanto tenha sido prontamente ressarcida pelo estabelecimento a consumidora, não satisfeita, ajuizou, seis meses passados da compra, ação indenizatória por dano moral postulando a “compensação” de 5 mil reais, tramitando a ação - impulsionada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - durante cinco anos, ocupando, naturalmente, vários funcionários públicos (desde funcionários administrativos até Ministros do STF). Ao confirmar a denegação do pedido, alertou o Ministro-Relator para o alto custo financeiro envolvido em tal espécie de demanda, custo, este, “milhares de vezes superiores ao valor econômico da causa”, bem como ao “gasto de tempo que impõe aos serviços judiciários a insistência em recorrer, em situações da espécie”. O exemplo é eloquente do fato de demandas frívolas, destituídas de qualquer sombra de gravidade, como a acima mencionada, aliadas a um sistema processual cujos filtros são ainda frágeis, apesar das infindáveis reformas processuais, imporem à Nação custos financeiros que pesam, a final, sobre todos os cidadãos, e contribuem para a inviabilização do sistema judiciário.

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira.

direito subjetivo ou da vantagem atingidos pela lesão; o do efeito do dano moral relativamente à vítima; e o misto. Esclarece que:

“Pelo critério da *natureza do direito violado* (ou da vantagem prejudicada), busca-se saber se a vantagem lesada pelo ato antijurídico do ofensor situa-se na esfera patrimonial (isto é, econômica ou imediatamente avaliável economicamente) ou na esfera extrapatrimonial da pessoa. Todos nós “somos” alguém e “temos” algo. O dano extrapatrimonial atinge o que “somos”; o dano patrimonial afeta o que “temos”. Esse critério apresenta uma faceta positiva, ligando o dano moral aos Direitos da Personalidade, e a outra negativa, definindo o dano moral por exclusão (será dano moral todo o dano indenizável que não é dano patrimonial), sendo o patrimônio a “linha de corte”: a lesão não foi produzida na esfera patrimonial. Não haveria, pois, necessária ligação com os Direitos da Personalidade, de modo que todo dano não qualificável como dano emergente ou lucro cessante poderia ser tido como dano moral.”¹⁵⁵

Quanto ao critério *do efeito do dano* ensina:

“[...] apura-se o dano pelo *efeito da lesão*, isto é, pela *sua repercussão sobre o lesado*. Nesse caso, se considera “dano moral” o efeito não patrimonial da lesão a um bem patrimonial tutelado, como sustentado por José de Aguiar Dias e seguido por majoritárias doutrina e jurisprudência. Porém, normalmente, o efeito da lesão é traduzido em termos de sentimentos: dor, humilhação, sofrimento, vexame, menoscabo, etc, o que tem sido objeto de vivas críticas, afirmando com precisão Paulo LOBO: “A dor é uma consequência, não o direito violado”.¹⁵⁶

E por fim o *critério misto* que abarca o critério da *natureza do direito violado* e o *critério do efeito do dano*:

“Considera-se constituir dano moral reparável tanto o agravo a bem jurídico situado na esfera extrapatrimonial, quanto o efeito não-patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial, desde que dotado de suficiente gravidade.”¹⁵⁷

Em um cotejo entre os critérios para se conceituar dano moral a professora firma seu ponto de vista ao dizer:

“O primeiro critério (natureza do direito, bem ou interesse lesado) parece ser o mais adequado: danos extrapatrimoniais podem decorrer – principalmente – da afronta a direito da personalidade, entendida em seu amplo espectro, compreensivo de três esferas, atinentes ao ser humano biológico, ao ser humano moral e ao ser humano social. Mas, igualmente, pode ser gerado pela lesão a outros direitos situados na esfera extrapatrimonial, v.g, os direitos pessoais alocados na esfera familiar. Inegavelmente, porém, é na afronta a direito da personalidade – em suas três esferas, a biológica, a da singularidade e a social – que

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit.

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit.

se verifica a maior quantidade de ocorrência de danos morais.”¹⁵⁸

De outro lado Sérgio Cavalieri Filho, sustenta:

“(…) 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”¹⁵⁹

É do escólio da professora Maria Celina Bodin de Moraes¹⁶⁰ ao assinalar, “No que se refere ao dano moral, no Brasil do nosso tempo, problema não é tanto o de sua proteção, cada dia mais abundante, quanto o de sua adequada fundamentação”.

A professora Judith Martins, da sua contribuição ao conceito de dano moral:

“[...]pode ser sintetizada noção de “dano moral” compatível com o nosso sistema: trata-se de dano produzido em virtude de ato antijurídico na esfera jurídica extrapatrimonial de outrem, seja como agravo a direito da personalidade, seja como efeito extrapatrimonial de lesão à esfera patrimonial em certos casos com a negativa indevida de cobertura de seguro saúde em situações graves. Quando se tratar de dano à personalidade, forçoso é reconhecer que, embora certa elasticidade no âmbito de situações apreendidas sob essa categoria – que é, historicamente, uma categoria “em construção” – os bens de personalidade não significam “qualquer coisa”, mas correspondem a aspectos específicos de uma pessoa, efetivamente presentes e suscetíveis de serem desfrutados pela própria pessoa.”¹⁶¹

A Professora se posiciona quanto a questão da aplicação ou não da função punitiva cumulada com a função compensatória no direito brasileiro quando da ocorrência do dano moral. Segundo a professora os *punitive damages* não servem às situações invocadas na jurisprudência brasileira, tampouco nossa situação se assemelha a portada da indenização por dano moral na Itália¹⁶² e em Portugal¹⁶³, pois

¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit.

¹⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p.94. Definição citada pelo STJ no REsp 844736/DF. Quarta Turma. Relator para acórdão Min. Honildo Amaral de Mello Castro. Julgado em 27.10.2009

¹⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 56.

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira.

¹⁶² “o sistema italiano apresenta peculiaridades, pois o art. 2.059 do Codice Civile⁵⁶ determina textualmente ser a responsabilidade não-patrimonial admitida “solo nei casi determinati dalla legge”, com o que, originalmente, reconhecia-se a indenizabilidade do dano não patrimonial somente quando o dano fosse consequência de um fato que tipifique um crime (reato).”

¹⁶³ “No Direito português, a regra central está no art. 496, cuja alínea primeira enuncia: “Na fixação da

nesses países do *civil law* o sistema é muito mais estrita e bastante mais firme e sistematizada do que aquela construída no ordenamento brasileiro por obra jurisprudencial nos últimos vinte anos.

[...] no Direito brasileiro, dignas de nota são especialmente três circunstâncias: (i) a indistinção entre o dano moral (espécie, estritamente designando o dano à honra) e o gênero (dano extrapatrimonial, dito dano moral em sentido amplo); (ii) os tênues limites à expansão das espécies de dano indenizável, cingidos praticamente aos casos tidos como “mero dissabor” e notórias futilidades, cuja configuração concreta se sujeita ao arbítrio judicial, sem parâmetros firmes a identificar as fronteiras entre os atentados merecedores de tutela compensatória e as inúmeras frivolidades de que é capaz o ser humano; e (iii) o entendimento retrógrado consistente na identificação do dano moral com sentimentos de tristeza, dor, vexame ou humilhação, ideia essa importada da doutrina estrangeira (francesa e italiana) dos finais do séc. XIX e inícios do séc. XX.¹⁶⁴

Por outro lado o debate em torno das funções da responsabilidade civil, está longe de estar sedimentada. Felipe Braga Netto inclusive observa que as funções da responsabilidade civil, ao contrário do que se poderia pensar, elas não estão, até hoje, suficientemente claras ou bem definidas. De certa forma dificilmente encontra-se objeção quanto a função reparadora quando se trata de danos sofridos da responsabilidade civil, de outra monta a função punitiva ou punitiva -pedagógica da responsabilidade civil permeia por intensos debates, acerca de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, é do seu magistério:

“Na doutrina, por exemplo, no Brasil e lá fora, sempre houve vozes em favor da aceitação da função punitiva da responsabilidade civil. Para esses autores, existe, no âmbito da responsabilidade civil, uma função punitivo-preventiva paralela à função de ressarcimento de danos injustos. Sabe-se que essa função punitivo-preventiva é comumente associada ao no direito inglês e norteamericano, sobretudo através da doutrina dos *punitive damages* ou *exemplary damages*. A primeira (*punitive damages*) é mais comum nos Estados Unidos, ao passo que a segunda (*exemplary damages*) é mais usada na Inglaterra.”¹⁶⁵

indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”. Não é indenizável, pois, “qualquer prejuízo” ou “qualquer lesão”, mas apenas aquelas consideradas suficientemente graves para merecer tutela jurídica.”

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira.

¹⁶⁵ NETTO, Felipe Braga. **As novas funções da responsabilidade civil: A função punitiva em casos concretos**. Disponível em: < <https://meusitejuridico.jusbrasil.com.br/artigos/709255356/as-novas-funcoes-da-responsabilidade-civil-a-funcao-punitiva-em-casos-concretos>>. Acesso em 05 de fev. 2023.

Vale trazer a lúmen como a função punitiva tem sido empregada em situações reais, factuais, como bem preleciona Felipe Braga Netto, tem-se que na atualidade, a uma redescoberta das penas civis. Diz ele: “Elas – que eram hostilizadas e mal compreendidas – passam a desempenhar relevante função no direito que está sendo construído no século XXI”. Ora a responsabilidade civil, nesse contexto, deixa de ter a função *puramente* ressarcitória, e passa a estampar, ademais, de maneira indiscutível, funções que *podem ser* punitivas. Para o ilustre Doutor, se nem toda responsabilidade civil terá função punitiva, não é menos certo que muitas delas podem – e devem – ostentar essa função. Reforça esse entendimento ao dizer:

“[...]direito civil passa a assumir funções que tradicionalmente não eram suas. Funções que sempre foram apresentadas como notas típicas do direito penal passam, aos poucos, a integrar – seja na doutrina, seja na jurisprudência – as funções do direito privado no século XXI. O direito penal – seja por sua notória ineficiência (pelo menos tradicionalmente, os eventos mais recentes apontam para saudáveis e necessárias mudanças), seja por seu caráter de *ultima ratio* – retrai-se e mostra-se pouco efetivo diante de certas agressões inegavelmente desvaliosas para a convivência social.[...] O direito civil, por sua vez, progressivamente assume funções preventivas e punitivas, que não constavam entre suas funções clássicas, por assim dizer.”¹⁶⁶

Cabe chamar a atenção quanto a casos em que a jurisprudência brasileira, em diversas ocasiões, tem abordado o tema, e daí é possível depreender a função pedagógica que a indenização acolhe. O Professor e Procurador da República Felipe Braga Netto, sabiamente traz a baila um caso enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no Resp 1.262.938¹⁶⁷, o qual citando acórdão do TJRJ, proclama que

¹⁶⁶ NETTO, Felipe Braga. Op. Cit.

¹⁶⁷ PROCESSO CIVIL. AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO PARCIAL. PRECLUSÃO DOS TEMAS DESACOLHIDOS NO AGRAVO. CIVIL. INDENIZAÇÃO. VINGANÇA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. PARAPLEGIA. MOTIVO FÚTIL. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAJORAÇÃO. PENSÃO MENSAL. MAJORAÇÃO. DESPESAS COM ADVOGADOS PARA ACOMPANHAR AÇÃO PENAL CONTRA O AUTOR DOS DISPAROS. INDEFERIMENTO. TRATAMENTO NO EXTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração. II - Ainda que se admita que o autor tenha desrespeitado a honra do réu, o certo é que a reação deste foi manifestamente desproporcional, passando longe, e muito, do tolerável. E não se pode deixar de considerar que, na espécie, as lesões decorreram de conduta criminosa, de acentuado dolo, como se vivêssemos em um País sem leis e em estado de barbárie III - A pensão mensal nos termos requeridos não agride o razoável e nem se

“a indenização deve atuar não apenas como compensação pela dor sentida pela autora pela morte de seu filho, mas também como forma de punir uma grave conduta e prevenir comportamentos semelhantes”

Ainda no campo dos casos concretos, outro caso que serve didaticamente para elucidar a atuação da jurisprudência quanto à aceitação da função punitiva da responsabilidade civil é instigada pelo professor Felipe Braga Netto:

“Em 2007 – na Barra da Tijuca, no Rio – cinco jovens de classe média alta agrediram brutalmente a empregada doméstica Sirlei Dias. Eles voltavam de uma casa noturna e a vítima estava num ponto de ônibus. Eles pararam o carro e a espancaram. Em juízo disseram depois: “A gente pensou que era uma prostituta”. Além da declaração torpe, outro dado que colore com tintas tristes o caso: ela tinha acordado de madrugada para pegar dois ônibus e conseguir ser atendida num posto de saúde (situação bem brasileira). Os agressores, de confortável condição econômica, tinham antecedentes criminais (um deles por roubo com arma de fogo). No caso, além de espancarem brutalmente a vítima, ainda roubaram um celular e 47 reais. Eles foram condenados a pagar 500 mil reais em indenização por danos morais.”¹⁶⁸

Por fim quanto aos casos concretos temos ainda outro exemplo de emblemático, que certamente nos auxilia e entender soluções verdadeiras, na esfera civil e penal no Brasil, quanto a função punitiva é uma ferramenta importante na garantia da dignidade humana:

“No trágico caso de Lars Graell – um atleta olímpico atropelado brutalmente por uma lancha, tendo uma das pernas amputadas, enquanto se preparava para as Olimpíadas de 2000 – o STJ manteve os valores fixados em instâncias inferiores, e a condenação foi cerca de 2,5 milhões de reais (em valores de 2003, entre danos morais e materiais). Já na esfera penal, a sanção foi apenas prestação de serviços à comunidade, já que a pena privativa de liberdade foi convertida em restritiva de direitos. O empresário que conduzia a lancha estava embriagado. Em termos pragmáticos, não é preciso muito esforço de argumentação para demonstrar que o efeito punitivo, a sanção efetiva, veio através da responsabilidade civil e

mostra injusta, considerando as circunstâncias da causa, notadamente o padrão econômico-social das partes. IV - O valor eventualmente pago aos advogados criminalistas, na espécie, não são incluídos, por não ser essa despesa obrigatória, mas opcional, sendo apenas facultativa a contratação de assistência da acusação. V - O provimento em parte do agravo interposto contra a inadmissão do recurso especial restringe o conhecimento da Turma à matéria ainda não decidida, uma vez havida a preclusão quanto aos demais temas. (STJ - REsp: XXXXX RJ XXXXX/XXXXX-1, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 05/02/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.06.2002 p. 212 REP DJ 14.10.2002 p. 231 RDR vol. 33 p. 384 RSTJ vol. 158 p. 354 RT vol. 814 p. 167)

¹⁶⁸ NETTO, Felipe Braga. **As novas funções da responsabilidade civil: A função punitiva em casos concretos**. Disponível em: < <https://meusitejuridico.jusbrasil.com.br/artigos/709255356/as-novas-funcoes-da-responsabilidade-civil-a-funcao-punitiva-em-casos-concretos>>. Acesso em 05 de fev. 2023.

não do direito penal.”¹⁶⁹

A função punitiva na responsabilidade como pudemos ver é uma realidade na jurisprudência pátria dos últimos tempos, inclusive no STJ.

A IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, por meio do enunciado 379, discutiu a ampliação da interpretação do art. 944 do código civil e propôs aplicação da função punitiva, ao dizer “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”¹⁷⁰

Na lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011 que trata da concorrência¹⁷¹, prevê expressamente aplicação da função punitiva, quando manda indenizar em dobro, quando configurado a prática de infração da ordem econômica, sabedoria do artigo 37, § 1º e artigo 44, § 1º, todos a lei de concorrência. O caráter punitivo da norma nesse particular se dá por se tratar de danos coletivos, em que os valores vão para um fundo de Defesa de Direitos Difusos de que trata a lei da ação civil pública.

O código de defesa do consumidor também prevê em seu texto o ressarcimento em dobro em caso do consumidor ser cobrado em quantia indevida:

“Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”¹⁷²

Ora, não seria uma forma de aplicação da reparação ao consumidor por ato ilícito do ofensor, e nesse caso as funções reparadora e punitiva estão configuradas. A primeira pela restituição do valor cobrado indevidamente, restabelecendo o *status quo ante*, por outro lado quando o dispositivo prevê que além de devolver o valor cobrado deve ser devolvido o dobro, não seria nesse caso um função punitiva da responsabilidade civil, buscando de maneira pedagógica evitar novos cometimentos

¹⁶⁹ NETTO, Felipe Braga. Op. Cit.

¹⁷⁰ FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado IV. Jornada de Direito Civil. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517> > . Acessado em 09 fev 2023.

¹⁷¹ BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. **Lei da concorrência desleal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 12 fev. 2023.

¹⁷¹ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm . Acessado em 12 fev 2023.

¹⁷² BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm . Acessado em 12 fev 2023.

de cobrança indevida e coibindo que outros fornecedores atuem da mesma maneira com relação aos consumidores?.

Sob essa perspectiva juristas, trazem elementos contundentes, no sentido de que a indenização por danos morais tem sim comportamento dos *punitive damages*, do que se pode abstrair da brilhante lição trazida por Sérgio Cavalieri Filho:

“A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição).”¹⁷³

Arnaldo Rizzardo acrescenta que “domina a teoria do duplo caráter da reparação, que se estabelece na finalidade da digna compensação pelo mal sofrido e de uma correta punição do causador do ato”¹⁷⁴

Não é outro entendimento de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler que se colocam a favor da indenização punitiva assegurando que os mecanismos postos à disposição no arcabouço jurídico pátrio, sobretudo a cláusula de indenizabilidade irrestrita da Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e X), são suficientes à fixação de quantia em favor da vítima desde que respeitadas algumas condições, como a prática de um ilícito pelo agente imbuído de dolo ou até mesmo culpa grosseira¹⁷⁵.

Wendell Lopes Barbosa de Souza, entende ser aplicável o instituto da função punitiva no dano moral nas relações de consumo:

“[...] a fixação de indenização punitiva é muito bem-vinda, e não há necessidade alguma de se promover qualquer mudança relativa à sua nomenclatura ou posicionamento no sistema de responsabilidade civil. Em outras palavras, a utilização de critérios como grau de culpabilidade, dolo, reiteração da conduta lesiva, elevado potencial econômico do ofensor e extensão do prejuízo para a vítima são o bastante para se introduzir na própria indenização por danos morais o conteúdo punitivo ao agente. O fato é que a importação de institutos jurídicos de outros países nem sempre se dá de forma natural, em virtude das peculiaridades de cada país, de forma que não há necessidade de se falar *punitive damages* no Brasil com essa mesma nomenclatura. Basta que a indenização por danos morais com esse viés punitivo seja praticada com mais intensidade no dia a dia dos tribunais para que vá ganhando seus contornos definitivos com o tempo, de forma natural e à moda brasileira. Enfim, o tempo trará a

¹⁷³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 106.

¹⁷⁴ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *apud* RIZZARDO, Arnaldo. Punitive damages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil. In: Guerra, Alexandre Dartanhan de Mello; Benacchio, Marcelo (org.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.p. 364

¹⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília-DF, v. 9, n. 28, jan./mar. 2005.

consolidação das hipóteses de fixação de indenização punitiva no bojo da compensação por danos morais e o seu respectivo valor, naturalmente.”¹⁷⁶

Se de um lado temos o cometimento de um ato ilícito, que gerou dano moral a determinado consumidor, e que cabe responsabilização sem ressalvas pelo ato praticado, sabe-se ainda que tal fato é reiterado a outros consumidores, o que gera um aviltamento aos direitos do consumidor, maculando a garantia constitucional da defesa do consumidor, com previsão constitucional no artigo 170:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor; [...]¹⁷⁷” (grifo nosso)

E nesse contexto a reparação por compensação não tem se apresentado como inibidora de reiteradas práticas danosas, por parte do agente. Não seria razoável fazer uso do instituto da função punitiva como instrumento pedagógico, preventivo de corrigenda para evitar novos atos danos à dignidade do consumidor que é uma garantia constitucional?.

Poderíamos aqui em contraponto, ser levantado vozes no sentido de que a aplicação da indenização punitiva ao agente causador do ato configuraria enriquecimento sem causa, no âmbito do direito pátrio, o enriquecimento ilícito foi albergado no Código Civil de 2002, mais especificamente, no art. 884:

“Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”¹⁷⁸

Para Mauricio Jorge Pereira da Mota e Daniel Queiroz Pereira¹⁷⁹, explicita que

¹⁷⁶ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. Punitive damages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil. In: Guerra, Alexandre Dartanhan de Mello; Benacchio, Marcelo (org.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.p. 364.

¹⁷⁷ BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 mai. 2022.

¹⁷⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 Janeiro de 2022. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em 10 fev 2023.

¹⁷⁹ MOTA. Maurício Jorge Pereira da; PEREIRA. Daniel Queiroz. **O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**:

a “previsão do referido Código é que há enriquecimento sem causa com obrigação de restituir nas hipóteses de inexistência de causa jurídica para o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro ou a causa para enriquecimento deixou de existir”.

E ao configurar a ocorrência do dano ao consumidor, deve ser o interesse do consumidor defendido pelo Estado nos termos do artigo 5º, inciso XXXII da carta magna, logo há sim existência de causa jurídica que justifique a aplicação da função punitiva, some a isto que grande volume de danos causados aos consumidores pelos agentes agressores, trata-se de grandes conglomerados financeiros, multinacionais, os quais a aplicação da indenização punitiva em sua maioria não causaria empobrecimento, que afasta uma das tese do enriquecimento sem causa.

Nesse sentido, com intento de desindexar a vedação ao enriquecimento sem causa da função punitiva, é válido apontar que para configurar o enriquecimento sem causa, é preciso estar presente o fato injusto, imoral, contrário ao direito, sem base jurídica, o que não é cabido no caso de aplicação da autonomia da função compensatória da função punitiva por dano moral, como instrumento de efetivação do direito fundamental à proteção do consumidor.

Ora, tal argumento não deve prosperar, afinal a extensão do dano moral não pode ser medida exclusivamente em valores patrimoniais, por se tratar de direito constitucional defendido sem limitação, especificamente pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana posto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, e não estamos a falar de dor emocional, ou sentimento de ofensa simplesmente, até porque uma pessoa incapaz ainda que não compreenda os efeitos do dano sofrido, teria sido lesada, em seu direito e consequentemente faz jus à compensação e também à indenização punitiva pelo ocorrido.

CONCLUSÃO

Ao iniciarmos o presente trabalho, buscamos evidenciar que o princípio da máxima efetividade da norma constitucional no direito fundamental deve ser interpretado de forma a que possa ser o mais abrangentemente possível sua aplicação, tendo em vista que se assim for, atinge o objetivo de ser garantidor da dignidade da pessoa humana, quanto ao objeto de nossa pesquisa, qual seja, ser possível ou não a autonomia da função compensatória da função punitiva quando da ocorrência do dano moral na relação de consumo.

Ponto a se reter como fundamental ao nosso trabalho é o de que a responsabilidade civil pelo dano moral tem previsão constitucional e que ao longo do tempo, foi se modificando ou melhor se adaptando às relações sociais, afinal o direito tem o papel de se modificar com as necessidades que vem do mundo fático, afinal a responsabilidade civil saiu da realidade do “olho por olho e dente por dente” e foi elevado a função de passificador social, quando passa a ser aplicado de forma que uma vez configurado o dano, o ofensor deverá repor ao ofendido o mesmo estado que tinha, restabelecendo o que se chama de *status quo ante*.

Mais adiante tempo, percebeu-se que em nem todos os casos era possível restabelecer o dano sofrido, até porque o dano muitas vezes não pode ser mensurado por valores patrimoniais, estamos a falar dos danos extrapatrimoniais, nesse ponto a responsabilidade civil, mais uma vez, se reinventa para continuar a garantir a paz social as relações humanas. O dano moral foi elevado a status constitucional, não foi diferente em nosso ordenamento jurídico, quando a constituição da república em seu art. 5º, incisos, V, X; passou a regular de maneira que aquele que sofre ofensa em sua honra, tem direito a resposta, proporcional ao agravo, além de indenização, material, moral ou à imagem.

Uma vez regulado tal direito na esfera constitucional, as legislações infraconstitucionais, foram se adaptando às novas tendências. O código civil, regulou a material dos danos nos art. 944 e seguintes, não foi diferente no código de defesa do consumidor, quando no art. 6º, o qual prevê os direitos do consumidor, garante a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. O Brasil por adotar o modelo de justiça do *civil law*, em que a aplicação das normas se dá pela interpretação da lei escrita. Ou seja, nesse sistema as normas têm

como padrão serem escritas, tem dificuldades de aceitar determinadas teorias em que o regime de interpretação do *common law*, conhecido como direito das decisões, é um sistema adotado predominantemente em países de língua inglesa como Inglaterra, País de Gales e, principalmente, nos Estados Unidos. Nesse sistema, as decisões judiciais são fontes imediatas do Direito, portanto, o direito decorre das decisões que surgem caso a caso. As regras e a aplicação da lei vai surgindo de acordo com as situações que são levadas ao Poder Judiciário.

A *punitive damages*, originária do *commow law*, se apresentou como solução para muitos casos de ineficiência da aplicação do função reparadora, ou seja, pela teoria indenização punitiva uma vez, constatada a lesão a determinado direito, e não sendo possível a reparação por vias patrimoniais, por não ser mensurável ou por não ser possível calcular, ele atua de maneira a punir o ofensor de maneira tal que ao ter que pagar grande vultosa com condão de punição não volte a cometer novo ato ilícito, atuando de forma preventiva. No Brasil, o questionamento da possibilidade de aplicação da autonomia da função compensatória e punitiva seria pelo fato de não haver previsão legal e por receio da configuração do enriquecimento sem causa quando a punição foi dirigida a vítima do dano.

As pesquisas do trabalho apontaram, apontaram que em alguns momentos a função punitiva buscou ser colocada expressamente em nosso ordenamento, como do projeto de lei que previa a implementação da função punitiva no código civil no corpo do art. 944, que embora não aceito, teve no enucuiado nº 379, da IV Jornada de direito civil a possibilidade. Outra tentativa legislativa se deu no código de defesa do consumidor de aplicação expressa da função punitiva nas relações de consumo, quando do texto do projeto previa o instituto no art. 16, o que acabou sendo revogado.

Mas de maneira reflexa verifica-se que o instituto da função punitiva está presente no ordenamento pátrio, quando da restituição em dobro no código de defesa do consumidor, conforme sabedoria do art. 42, também na lei de concorrência desleal que prevê de maneira expressa multa, o ponto diferente é que o valor da punição aplicada na lei de concorrência desleal e destinada para um fundo previsto na lei de ação civil pública.

Nesse cotejo de idéias verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio é capaz de albergar a função punitiva de forma autônoma da função compensatória, não agir assim é mutilar o alcance da indenização punitiva do dano moral enquanto garantia de direito fundamental. Sob o manto do princípio da máxima efetividade da norma

constitucional, bem como a garantia ao direito fundamental à proteção do consumidor, limitar a indenização por dano moral por enriquecimento sem causa, acabaria por mitigar, mutilar, e ofender injustamente a efetividade dos direitos fundamentais, bem como a indenização por dano moral enquanto garantia dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Constituição (1919). **Constituição de Weimar**. Weimar, 1919. Disponível em <<http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>>. Acesso em 10 mai. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2014.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista da EMERJ, v.9, nº 36, 2006. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em 18 jan. 2023.

ANDRADE, André Gustavo C. de. **A evolução do conceito de dano moral**. In Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em:< https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_143.pdf >. Acesso em 15 fev. 23.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO DO CONSUMO. **Das acções colectivas em Portugal - no quadro do direito do consumo**. Lisboa: Direcção-Geral do Consumidor, 2007, p. 118. Disponível em <<http://www.consumidor.gov.pt/gestao-ficheiros-externos/das-accoes-coletivas-em-portugal-pdf.aspx>>. Acesso em 28 out. 2020.

ASSIS, Araken de. **Indenização do dano moral**. In: Revista Jurídica, nº 236, jun. 1997.

ARRIGHI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el Mercosur. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 2, p. 124-136, jun. 1992. p.126. Disponível em < <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/487/530> > . Acesso em 25 de novembro 2022.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: teoria e prática**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 12 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 06/10/2022>. Acesso em 02 out 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 Janeiro de 2022. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 10 fev 2023.

BRASIL. Lei 7.347 de 24 de Julho de 1985. **Ação Civil Pública**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>, Acesso em: 12 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. **Lei da concorrência desleal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 12 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 8.768/SP, relator Ministro Barros Monteiro, julgado em 18 fev. 1992, publicado em 06 abr. 1992. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100037745&dt_publicacao=06/04/1992>. Acesso em 10 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.245.550/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 17 mar. 2015, publicado em 16 abr. 2015. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100391454&dt_publicacao=16/04/2015>. Acesso em 07 ago. 2022.

BREBBIA, Roberto H. **El daño moral: doctrina, legislación, jurisprudencia**, precedida de una teoría jurídica del daño. 2. ed. corrigida e aumentada. Córdoba: Orbi, 1967.

CALVÃO DA SILVA, João. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 4. ed., reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 1. ed. 2. reimp.. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 18. reimp.. Coimbra: Almedina, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAMONE, Marcelo Azevedo . O dano na responsabilidade civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13 , n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/11365>>. Acesso em 02 out. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). **Atualidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2.

DORNELES, Renato Moreira. **Tutela administrativa dos consumidores no Brasil como paradigma aos países do mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais [livro eletrônico]: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARIA, Maria Auxiliadora et al.. **Lafayette: um jurista do Brasil**. 2. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 ed.rev. amp. e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; BRITTO, Igor Rodrigues. Danos morais no direito do consumidor e punitive damages: pedagogia para o judiciário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo-SP, v. 110, ano 26, mar.-abr. 2017, p. 136. Disponível em <<https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1366/1270>>. Acesso em 12 jan. 2022.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, Raul Araújo. *Punitive Damages* e sua Aplicabilidade no Brasil. In SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Doutrina: edição comemorativa, 25 anos**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, pp. 327-346. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>>. Acesso em 11 out. 2022.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2001.

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos morais no direito civil**. Tradução de Antônio Arruda Ferrer Correia, Armênio Amado. Coimbra: Coimbra, 1938.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 17. ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 3 (responsabilidade civil).

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive damages no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo-SP, n. 964, fev. 2016. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.07.PDF> . Acesso em: 12 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 4 (Responsabilidade Civil).

GONZALEZ, Matilde Zavala de. - **Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daño**.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "Procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antônio Fabris Editor.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LEITÃO, Luís Menezes. **Direito das Obrigações**. 10. ed.. Coimbra: Almedina, 2013.

LOURENÇO, Paula Meira. **A indenização Punitiva e os Critérios para a sua determinação**. Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, 2008. p. 2. Disponível em: <https://docplayer.com.br/90712-A-indemnizacao-punitiva-e-os-criterios-para-a-sua-determinacao-1.html#show_full_text>. Acesso em: 13 out. 2022.

LOURENÇO, Paula Meira. **A punição na responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília-DF, v. 9, n. 28, jan./mar. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira. RIDB, Ano 3 (2014), nº 9. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07073_07122.pdf. Acesso em 12 out 2022.

MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano moral extrapatrimonial na disciplina dos contratos [livro eletrônico]**. Indaiatuba: Foco, 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOTA. Maurício Jorge Pereira da; PEREIRA. Daniel Queiroz. **O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-COMPARADA / THE UNJUST ENRICHMENT: A HISTORICAL AND COMPARATIVE ANALYSIS**. Revista Quaestio Iuris, vol.04, nº01. ISSN 1516-0351 p.161-188. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10185/7960>>. Acesso em 30 jan 2023.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGREIROS, Teresa. A Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios. *In*: MELLO, Celso de Albuquerque; SARMENTO, Daniel ...[et al]; TORRES, Ricardo Lobo [org.]. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; p. 343-381.

NETTO, Felipe Braga. **As novas funções da responsabilidade civil: A função punitiva em casos concretos**. Disponível em: <<https://meusitejuridico.jusbrasil.com.br/artigos/709255356/as-novas-funcoes-da-responsabilidade-civil-a-funcao-punitiva-em-casos-concretos>>. Acesso em 05 de fev. 2023.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 10 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Guidelines for Consumer Protection** (1985) Disponível em <https://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_en.pdf>. Acesso em 10 out. 2022.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, ano 43, n. 169, pp. 101-126 jan./mar. 2006. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em 12 set. 2022.

RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do *punitive damages* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008, p. 230-231. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar.

O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília-DF, v. 18, n. 116, Out. 2016./Jan. 2017, p. 533-558. Disponível em <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1281/1188>>. Acesso em 20 out. 2022. <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2017v18e116-1281>

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; MARQUES, Nathanny Dias Xavier. A evolução paradigmática do sistema jurídico: da propriedade à pessoa humana. **Derecho y Cambio Social**, Lima, ano 12, n. 41, pp. 1-36, jul. 2015. Disponível em <https://www.derechoycambiosocial.com/revista041/A_EVOLU%C3%87AO_PARADIGMATICA_DO_SISTEMA_JURIDICO.pdf>. Acesso em 05 mai. 2022.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. **Princípio da Reparação Integral**, 1ª EDIÇÃO. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2010. *E-book*. ISBN 9788502152529. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502152529/>. Acesso em: 12 fev. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de; SETTE, Sandra Mara Franco; SOUSA, Ângela Alves de. Danos morais: o ingresso da pena civil no sistema de direito privado brasileiro. **Revista Internacional CONSINTER de Direito**, Porto, Ano VI, n. X, 2020. Disponível em <<https://revistaconsinter.com/revistas/ano-vi-numero-x/capitulo-03-direito-privado/danos-morais-o-ingresso-da-pena-civil-no-sistema-de-direito-privado-brasileiro/>>. Acesso em 14 out. 2021. <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.00010.23>

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais**: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2015.

SILVEIRA, Marcelo. Função punitiva dos danos morais: a experiência estadunidense e portuguesa e a realidade brasileira nos 15 anos do CCB. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, 2017, n. 6, p. 1.505-1.538. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1505_1538.pdf>. Acesso em 11 jun. 2022.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado – o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. Punitive damages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil. *In*: Guerra, Alexandre Dartanhan de Mello; Benacchio, Marcelo (org.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.p. 364.

STERN, Jennifer. **Punitive Damages**. Nevada Legislative Counsel Bureau, 1989, p. 1. Disponível em <<http://docplayer.net/5520347-Punitive-damages-research-paper-89-1.html>>. Acesso em 11 out. 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. X.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz . **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil** .– 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Unibrasil: Revista Direitos Fundamentais e Democracia – vol. 4 (2008), ISSN 1982-0496.

<<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/41/41/45>>. Acesso em 27.11.2022