



## A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

*Belmiro Vivaldo Santana Fernandes<sup>1</sup>*

*Ricardo Maurício Freire Soares<sup>2</sup>*

### RESUMO

Da interlocução entre a Constituição e o Direito Civil, examinou-se o valor filosófico da dignidade humana e seu reconhecimento jurídico como princípio, com plena aplicabilidade no pensamento pós-positivista. Objetivando o reconhecimento de sua máxima eficácia, pôs-se em aproximação a dignidade humana perante os direitos de personalidade e direitos fundamentais, enquanto suas decorrências normativas, enfrentando-se, com relação a estes últimos, o regramento da direta aplicação do direito à igualdade às relações jurídicas entre particulares. Reconhecidos tais limites, estudou-se detidamente o instituto da responsabilidade civil por danos morais, mediante o levantamento de seus pressupostos e das diversas correntes que regulam sua aplicação.

<sup>1</sup> Belmiro Fernandes é advogado integrante de MB Poças e Albuquerque, atuando nas esferas criminal, processual civil (especial na atuação em processos de execução e recursos para instância superior e Tribunais Superiores), crimes tributários, direito tributário e eleitoral. Possui graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2003) e mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2006). Atualmente é professor do CENTRO UNIVERSITÁRIO ESTÁCIO DA BAHIA – ESTÁCIO/FIB e professor da UNIVERSO – Universidade Salgado de Oliveira. Também é Colunista da Revista A Barriguda. Contato: belmirofernandes@gmail.com e www.professorbelmiro.com.

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata” e Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Especialização/Mestrado/Doutorado). Professor da Faculdade Baiana de Direito e da Faculdade Ruy Barbosa. Professor visitante em diversas instituições: Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, Università degli Studi “Roma Tre”, Università degli Studi di Milano, Università di Genova, Università di Pisa, Universidade Autónoma de Lisboa, Universidade de Algarve, Universidad de Burgos e Martin-Luther-Universität. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Palestrante e Autor de diversas obras jurídicas pela Editora Saraiva. E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

**Palavras-chave:** Danos morais. Responsabilidade civil. Dignidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Etimologicamente, “responsabilidade” se origina do latim “*respondere*”, podendo ser traduzido como obrigação que alguém tem de assumir com a consequência dos seus atos (PAMPLONA, 1999, p. 21). Como subespécies da responsabilidade jurídica, encontram-se a “responsabilidade civil” e a “responsabilidade penal”, cuja diferença básica é a consequência sancionadora para o agente da conduta<sup>3</sup>. Pereira (2004, v. 1, 632) define a responsabilidade civil como:

[...] a efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica, que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se anuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

A conduta individual pode revelar-se conforme ou desconforme o direito. Segundo a classificação doutrinária dos atos humanos (PEREIRA, 2004, v. 1, p. 654), os atos ilícitos representam a concretização de um agir em desacordo com a ordem legal. Em razão disso, não deve o ordenamento jurídico permitir que o agente venha a se beneficiar de uma conduta ilícita, merecendo, portanto, ser sancionado, por proteção ao direito de outrem. Ao passo em que o ato lícito cria para o agente direitos e obrigações, o ilícito apenas lhe gera deveres (PEREIRA, 2004, v. 1, p. 653).

De acordo com Pereira (2005, v. 1, p. 654), o ato ilícito reúne certos requisitos para ser ensejador de responsabilização civil, expostos da seguinte maneira: a) uma conduta intencional ou previsível de um resulta; b) a violação do ordenamento jurídico, por ser contrária às normas; c) a imputabilidade do resultado antijurídico à consciência do agente; d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia<sup>4</sup>.

Servindo de pressuposto para a responsabilização civil, o ato ilícito funda-se na noção

3 Sobre a diferença entre responsabilidade civil e penal, Dias (1995, p. 7-10), citando Mazeaud et Mazeaud, afirma que é a mesma que existe entre o direito penal e direito civil. Assim, explica que enquanto a reparação civil reintegra, realmente, ao prejudicado na situação patrimonial anterior, a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado, pois sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbação.

4 Explica Pereira (2004, v. 1, p. 655-656) que na estrutura explicitada, são cabíveis todas as espécies de ilícitos, sejam civis, sejam penais. Em suas palavras: “Não se aponta, em verdade, uma diferença ontológica entre um e outro. Há em ambos o mesmo fundamento ético: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. [...] Mesmo no caso de um ilícito ser reprimido simultaneamente no cível e no criminal, há diferenciação, pois enquanto este tem em vista a pessoa do agente para impor-lhe sanção, aquele se preocupa com o resultado e cogita da recomposição patrimonial da vítima. Enquanto o direito penal vê no ilícito a razão de punir o agente, o direito civil nele enxerga o fundamento da reparação do dano. Por isto mesmo, a responsabilidade civil é independente da criminal, ainda que haja a superposição das duas áreas.” O ponto sobre responsabilidade civil e penal será retomado mais adiante, quando se tratar sobre a figura do dano punitivo.

de culpa<sup>5</sup> do agente, em sentido amplo, abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito. Vale ressaltar que o direito civil brasileiro abandonou tal distinção, porque de difícil aplicação nos casos concretos, permanecendo, todavia, no campo penal<sup>6</sup>. (PEREIRA, 2004, v. 1, 657).

Na opinião de Cavalieri (2006, pp. 28-29), a violação de um dever jurídico é que configura o ilícito, pois acarreta um dano para outrem, gerando, portanto, um novo dever jurídico<sup>7</sup>. Assim, existe um dever jurídico originário, que, uma vez violado, gera um dever jurídico sucessivo, que é o de indenizar o prejuízo.

O referido autor acrescenta que o ato ilícito pode ser analisado sob duas perspectivas. Num sentido estrito, é considerado como o conjunto de pressupostos da responsabilidade, ao passo em que no sentido amplo, refere-se apenas a uma conduta humana voluntária e contrária à ordem jurídica. (CAVALIERI, 2006, pp. 33-34)<sup>8</sup>. Conclui que:

O ato ilícito, portanto, é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade. Nem por isso, entretanto, o ato ilícito dispensa uma manifestação de vontade. Antes, pelo contrário, por ser um ato de conduta, um comportamento humano, é preciso que ele seja voluntário.

Convém assinalar que a velha noção de ato ilícito vem sendo superada, na responsabilidade civil, em decorrência da primazia de que goza o princípio da dignidade da pessoa humana, sobre as relações jurídicas no direito brasileiro. Tal reformulação é sensível, pois, segundo Bodin de Moraes (2003, p. 174) a adoção do critério do dano injusto, é mais eficaz para a proteção da dignidade da pessoa, pois objetiva não apenas reparar “prejuízos”, mas preveni-los. Isso ocorreu em razão da mudança do paradigma interpretativo - puramente patrimonialista – outorizada vigente no direito brasileiro da época do Código Civil brasileiro de 1916, em especial no pe-

5 Seguindo as lições de Pereira, sobre o nascimento da teoria do risco, que é o pressuposto da responsabilidade civil (2004, v. 1, p. 663), diz-se que: “Em verdade, a culpa, como fundamento responsabilidade civil, é insuficiente, pois deixa sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente. O que importa é a causalidade entre o mal sofrido e o fato causador, por influxo do princípio segundo o qual toda pessoa que cause a outra um dano está sujeito a sua reparação, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa. [...] Ante uma perda econômica, pergunta-se qual dos dois patrimônios deve responder, se o da vítima ou o do causador do prejuízo. E, na resposta à indagação, deve o direito inclinar-se em favor daquela, porque dos dois é quem não tem o poder de evitá-lo, enquanto o segundo estava em condições de retirar um proveito, sacar uma utilidade ou auferir um benefício da atividade que originou o prejuízo. O fundamento da teoria é mais humano que o da culpa, e mais profundamente ligado ao sentimento de solidariedade social”. Em razão dessa teoria se referir apenas à responsabilidade objetiva, sua análise extrapola o presente estudo, que versa exclusivamente os danos morais provocados pelos particulares, cuja teoria aplicável é a da culpa.

6 Nas palavras de Dias (1995, p. 120), “Nem mesmo a classificação dos atos ilícitos em dolosos ou culposos apresenta interesse para o civilista brasileiro, que só cogita do gênero ato ilícito, que é o fato, não autorizado pelo direito, causador de dano a outrem [...]. Vale ressaltar que o fato do Código Civil de 1917 ter utilizado, em seu artigo 159 as expressões “imprudência” e “negligência” – institutos típicos da conduta culposa em sentido estrito – isso não significa que fosse necessária a sua consideração para a aplicação – ou não – da responsabilidade civil a agentes infratores.

7 Por dever jurídico, entende ser “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social” (p. 28). Acrescenta ainda que o dever jurídico não se refere apenas a um aconselhamento ou recomendação, mas comandos aptos a se tornarem obrigações de indenizar. Sobre estas últimas, é importante ressaltar que se trata de uma modalidade obrigacional inserida no art. 927 do Código Civil, contradizendo com a teoria clássica do direito civil, na qual a responsabilidade é a consequência do descumprimento de uma obrigação. Então, sua natureza jurídica é de obrigação-sanção, opondo-se àquela surgida voluntariamente a partir da criação de negócios jurídicos (op. cit. p. 26).

8 Cavalieri expõe que o conceito tradicional de ato ilícito tornou-se insuficiente para a configuração da responsabilidade subjetiva, pois é impossível enfiar em sua teoria todos os fatos da vida que possam causar danos. No campo da responsabilidade objetiva, a deficiência é ainda maior, só se pode compatibilizar a noção de ato ilícito em seu sentido objetivo (p. 33).

ríodo anterior à promulgação da Constituição para um modelo humanista, baseado na proteção da pessoa humana. Seguindo o mesmo entendimento, Perlingieri (2002, p. 156) complementa:

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à exigência e no livre exercício da vida de relações.

Nessa linha, todas as manifestações contrárias ao princípio da dignidade da pessoa humana devem ser repelidas, não como um fim em si mesmo, mas como um meio de proteção o citado valor supremo do referido princípio constitucional. Conhecer o caminho da citada mudança paradigmática é fundamental para a compreensão dos fundamentos do dano moral, apenas reconhecido como categoria autônoma da responsabilidade civil porque valoriza-se, hoje, a dignidade da pessoa humana. Por tais motivos, passa-se a analisar tal evolução.

## **2 TEORIAS SOBRE A OCORRÊNCIA DOS DANOS MORAIS NA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Tradicionalmente, poder-se-ia extrair da palavra “dano” a noção de “prejuízo”, seja material, seja moral. A maioria dos doutrinadores pátrios, contudo, limita-se a vislumbrar os aspectos materiais deste prejuízo, quando se propõem a conceituar “dano”. Dias, citando Paoli (1925, p. 120 *citado por* DIAS, 1995, p. 714) afirma que “o dano, sem sentido jurídico, quer dizer ‘abolição ou diminuição, mesmo parcial ou temporária, de um bem da vida...’”. Explica ainda que seja possível identificar duas concepções sobre dano: a) a vulgar, no tocante a prejuízo que alguém sofre na alma, no seu corpo ou nos seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) jurídica, delimitada pela condição de pena ou de dever de indenizar, sendo o prejuízo do sujeito em consequência de violação por fato alheio (DIAS, 1995, p. 715). Dessa maneira, o dano que interessa à responsabilidade civil é o que constitui obrigação de indenizar, sendo dividido entre danos patrimoniais e danos morais (DIAS, 1995, p. 716).

Apesar disso, assevera Dias (1995, p. 737), que nem sempre se reconheceu o fato de que o dano moral poderia ser indenizado. Os argumentos que a doutrina coleciona são os seguintes: a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldades em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número das pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz.

Esta antiga tendência teve como reflexo a prevalência, durante muito tempo, da tese

da irreparabilidade (mais precisamente da não indenização) do dano moral, o que hoje já se encontra superado. Se a existência do direito à indenização por dano moral é, atualmente, inquestionável, o mesmo não se pode dizer quanto ao seu conceito e à sua amplitude ou dimensão, porque ainda não houve um assentamento da doutrina quanto ao seu conceito. Em consequência, a jurisprudência mostra-se vacilante no reconhecimento das situações em que se configura essa espécie de dano. Por conta disso, alguns critérios são utilizados, objetivando-se viabilizar a sua aplicação.

A doutrina comumente definia o dano moral sob a forma negativa, como exclusão ao dano patrimonial ou material. Dias (1995, p. 852) afirma que: “Quando ao dano não correspondem às características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral.”

Esse modo de conceituar o dano moral nada esclarece a respeito de seu conteúdo e não permite uma precisa compreensão do fenômeno. Define-se essa espécie de dano com uma ideia negativa, algumas vezes acompanhada de uma fórmula redundante, usando expressões que fazem alusão ao aspecto moral do dano, sem, verdadeiramente, explicá-lo.

Atualmente, outras categorias de danos não-patrimoniais têm sido reconhecidas pelo direito civil brasileiro, como o dano estético e à imagem. Dessa maneira, a fórmula em que se exclui da esfera patrimonial aquilo que se entende por moral implica caracterizar situações diferentes de maneira idêntica. Uma pessoa que perde a mobilidade de um dos seus braços em razão de uma agressão física sofre, simultaneamente, um dano patrimonial (pelo necessário pagamento de despesas médicas e com fisioterapia, além de eventual incapacidade para certos tipos de trabalho), um dano estético (a desarmonia gerada em seu corpo) e um dano moral (pelo abalo psíquico que lhe fora e sempre lhe será causado, em saber sofrera uma tão cruel dor). Portanto, deve ser abandonada, desde já, a concepção negativista do dano moral, tendo em vista que tal definição, conquanto afaste a classe mais distante (dano patrimonial), não esclarece as características do fenômeno deste estudo.

A insuficiência da concepção negativa levou à busca de um objeto para o dano moral. Procurando adentrar o próprio conteúdo dessa espécie de dano, parte da doutrina apresenta definições que têm, em comum, a referência ao estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa.

Cavaliere (2006, pp. 101-102) tece duras críticas a essa teoria. Ensina que pode existir dano moral sem que haja dor, vexame, sofrimento, como também pode existir dor, vexame, sofrimento sem que exista dano moral, sendo tais estados anímicos, em geral, consequências, e não causas. Assim, em se admitindo reparação por danos morais apenas em caso de sofrimento, crianças, doentes em estado anímico ou doentes mentais não estariam fora da órbita de proteção do instituto. Conclui que:

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.

Dias (1995, p. 852) observa que para caracterizar o dano moral, impõe-se compreendê-lo em seu conteúdo, que:

[...] não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral, uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado.

O indivíduo que termina seu relacionamento com outrem pode, em consequência, sofrer angústia e tristeza. O empreiteiro que não entrega a obra no prazo pode provocar grande irritação ao contratante do serviço. O condômino que litiga com o condomínio ou com o vizinho em razão de infiltrações existentes em seu imóvel passa por grandes constrangimentos e aborrecimentos. Em nenhum desses casos, no entanto, é possível vislumbrar a existência de um dano moral - pelo menos não de acordo com o senso médio. As dores, as angústias, aflições, humilhações e padecimentos que atingem a vítima de um evento danoso não constituem, de ordinário, mais do que a consequência ou repercussão do dano (seja ele moral ou material). A dor sentida em razão da morte do cônjuge, a humilhação experimentada por quem foi atingido em sua honra, a vergonha daquele que ficou marcado por um dano estético, a tensão ou a violência experimentadas por quem tenha sido vítima de um ataque à sua vida privada são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, e que os indivíduos os sentem ou experimentam ao seu modo. (ANDRADE, 2006, p. 40)

Modernamente, uma das teorias mais aceitas é a de que o dano moral decorre da lesão a direito da personalidade. Cavalieri (2006, p. 74) afirma: “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima”.

Por sua vez, Morais (2003, p. 132-133) assevera que:

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como o princípio geral de respeito à dignidade humana).

A dimensão da regra do dano moral enquanto lesão a direito da personalidade ainda é um debate recorrente no Brasil, que deve ser objeto de reflexão dos juristas e operadores do Direito, sobretudo ao se considerar que existe uma proteção geral à personalidade, pelo reconhecimento da dignidade humana.

Segundo Cavalieri (2006, p. 100-102), o conceito de dano moral merece ser analisado à luz da Constituição, sobretudo em razão da consagração expressa da dignidade humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Em sua opinião, os direitos da personalidade, como

o direito à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no núcleo da dignidade humana, merecendo, por isso, igual proteção.<sup>9</sup> Em razão disso, foi o instituto do dano moral elevado a categoria constitucional, conforme redação dos incisos V e X do art. 5º do texto constitucional.

Conforme asseverado no capítulo um deste estudo, a dignidade é um valor intrínseco do ser humano e, em sendo assim, não lhe pode ser tirado. Quando um indivíduo sofre um dano moral, o que ocorre, na verdade, é uma pretensão violadora de sua dignidade, pois alguém – o agente do ilícito – atua como se desconhecesse ou pretendesse simplesmente ignorar a dignidade de outrem. Assim, é mais prudente falar em direito subjetivo-constitucional à punição de pretensões violadoras da dignidade humana.

### 3 FUNÇÕES REPARATÓRIAS E PUNITIVAS DOS DANOS MORAIS

Segundo Bodin de Moraes (2003, pp. 295-296), em razão do direito brasileiro não apresentar um tabelamento ou indicativo prévio do valor a ser pago a título de indenizações por danos morais, a aplicação do estudo à luz dos casos concretos, deverá seguir alguns indicativos: a) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor; b) a situação econômica do ofensor; c) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (amplitude do dano); d) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica; e) a intensidade do seu sofrimento.

Maria Helena Diniz (2003, p. 99) afirma que o ressarcimento do dano moral, às vezes, ante a impossibilidade de reparação natural, isto é, da reconstituição natural, na *restitutio in integrum* (sem tradução equivalente no português) procurar-se-á [...] atingir uma “situação material correspondente”.

Por seu turno, Bernardo (2005, p. 165) entende que apenas deva ser levada em consideração a extensão do dano, afirmando serem mutuamente excludentes este requisito com o grau da culpa do ofensor.

Dias (1995, p. 730 e ss.), apesar de não apresentar critérios para a reparação do dano moral, adverte que a maior dificuldade para sua reparação é justamente o fato de não existirem parâmetros valorativos, diferentemente do que ocorre com o dano patrimonial, em que se pauta na noção de prejuízo. Ao tempo em que este nunca é irreparável, no tocante aos danos morais, todas as dificuldades se acumulam, diante das diversas lesões que este causa, que só têm em comum o fato de não serem patrimoniais.

<sup>9</sup> É importante assinalar que CAVALIERI fala de “direito à dignidade” ou “direito subjetivo constitucional à dignidade”. Discordamos desse posicionamento, porque o ser humano não pode ter direito àquilo que ele simplesmente é, pois a dignidade é seu valor intrínseco. Nessa perspectiva, portanto, não se pode exigir que o Estado lhe conceda dignidade, porque esta não se encontra em seu poder. Preferimos dizer que os cidadãos possuem um “direito à não pretensão violadora de sua dignidade”, porque a dignidade não é um bem que se concede ou se retira de alguém, não podendo, por meio do dano moral, alguém perder a sua dignidade.

Da análise dos dispositivos legais<sup>10</sup>, verifica-se, no Brasil, o principal aspecto que fixa o *valor* indenizatório é a extensão do dano. A culpa também é considerada, mas apenas de forma subsidiária, se ocorrer uma das seguintes hipóteses: a) dano desproporcional com a culpa do agente; b) concurso de culpas entre agente e vítima.

Sobre esse assunto, Bernardo (2005, p. 171) empreende uma severa crítica acerca do pensamento do legislador:

[...] grau de culpa e extensão do dano são opostos e mutuamente excludentes. Ou se repara tendo em vista a extensão do dano ou se repara tendo em vista a gravidade da culpa. E entendemos que a extensão do dano é parâmetro muito mais eficaz. Causa espanto tenha o legislador adotado no *caput* do artigo 944 a extensão do dano e no parágrafo único aberto a possibilidade de redução da indenização tendo em vista o grau de culpa. [...] A graduação da culpa nunca importou, em épocas passadas, para a responsabilização civil. A doutrina clássica, de fato, considerava que nenhuma relação deveria haver entre a amplitude dos danos e a gravidade da culpa. Nestes casos, então, e com absoluta independência do grau de culpa do agente, caberia sempre indenizar toda a extensão do dano, mesmo sendo a culpa levíssima causadora de um dano gravíssimo.

De um lado, há tribunais que procuram compensar as vítimas pelos danos sofridos, mediante a condenação de indenizações módicas, normalmente expressas em salários mínimos. Por outro, em certas situações, observa-se a aplicação de pesadas indenizações, expressas em quantias de dezenas ou centenas de milhares de reais, ou ainda em milhões, conhecidas no *common law* (*Direito Comum*) como danos punitivos (*punitive damages*). Em razão de sua aplicação demonstrar-se controversa no Brasil, faz-se necessária a análise de suas características, a fim de se concluir qual é a melhor fórmula para se proteger a dignidade humana.

#### 4 LINHAS GERAIS ACERCA DOS DANOS PUNITIVOS

Ao tempo em que se aplica o instituto da responsabilidade civil no Brasil indistintamente – mas de forma peculiar – aos danos contraídos tanto nas relações contratuais, como extracontratuais, no direito dos países de *common law* (*Direito Comum*) o quadro se mostra diverso. Nesses referidos países, o dano causado a alguém em razão de um inadimplemento contratual recebe o nome de *damage*<sup>11</sup>. Por outro lado, o ato ilícito extracontratual praticado contra outrem recebe o nome de *tort*, sendo estudado pela *tort law* ou *law of torts* (*direito do ato ilícito extracontratual*). Uma grande diferença entre os dois é que a reparação de danos decor-

10 O Código Civil Brasileiro estabelece os seguintes delineamentos:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

11 As expressões *injury*, *harm* e *loss* também são utilizadas para expressar o tipo de dano causado por inadimplemento contratual. (op. cit. p. 181).

rentes de inadimplemento contratual (*damage law*) apenas tem caráter reparatório. Entretanto, é intrínseco ao *tort law* (*direito do ato ilícito extracontratual*), além da reparação específica, a prevenção de danos futuros.

Com a proliferação dos códigos e atos legislativos uniformes que têm crescido recentemente nos países de direito *common law* (*Direito Comum*), o *law of torts* (*direito do ato ilícito extracontratual*) ainda se apresenta como uma medida jurídica não sistematizada, sendo estudado à luz da casuística. Nas palavras de Kionka: “O *tort law* é, talvez, o último bastião do *common law*. Mesmo nesta era de legislação, com a proliferação de códigos e atos uniformes, o *tort law* permanece não codificado e em grande parte não afetado pela lei.” (*citado por ANDRADE, op. cit. p. 183*)<sup>12</sup>.

Os danos punitivos<sup>13</sup> se inserem nesta última categoria, sendo definidos como “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória, quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo”<sup>14</sup>. (BLACK *citado por ANDRADE, 2006, p. 194*). Constituem:

uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria. (ANDRADE, 2006, p. 195).

Segundo Andrade (*op. cit. p. 186*), os estudiosos do instituto dos danos punitivos (ou *punitive damages*, no original) localizam sua estrutura nos textos da Antiguidade, como o Código de Hamurabi (2000 a.C.), o Código Hiita (Séc. XV a.C.), Lei das XII Tábuas (450 a.C.) e o Código de Manu (200 a.C.). Entretanto, foi na Inglaterra que o instituto ganhou a sua moldura atual<sup>15</sup>, tendo sido disseminada, alguns anos depois, nos Estados Unidos da América<sup>16</sup>.

12 A expressão “dano moral” não aparece no *common law* (*Direito Comum*) como uma categoria específica, pois seu exame ocorre a partir de categorias esparsas. Como exemplo, podem ser citados os “danos não-pecuniários” (*nonpecuniary loss*), os *general damages* (conhecidos também como *direct damages* ou *necessary damages*), *personal torts*, *personal injury* (em oposição ao *property tort*), *emotional harm*, *emotional distress*, *mental distress*, *mental suffering* e *mental anguish*. Há, também, figuras que se referem a danos morais mais específicos, como a *defamation*, *intrusion* (invasão de privacidade), *bodily harm* (dano à integridade física), *impairment of social life* (dano às relações sociais), dentre outros. cf. ANDRADE (*op. cit.*, p. 184)

13 Segundo ANDRADE (*op. cit. p. 195*), muitas são as denominações dos danos punitivos, presentes nos países anglo-saxões que os adotam. Encontram-se, ao lado de *punitive damages* (danos punitivos), as expressões *vindictive damages*, *punitory damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *penal damages* e *punies*. Há ainda uma outra expressão, denominada *smart-money*, que não faria menção à gíria estadunidense traduzida como “esperto”, “inteligente” ou “sabido”, mas indicativa da soma em dinheiro estabelecida para compensação das dores da pessoa lesada.

14 No original: Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with reckless, malice, or deceit.

15 Segundo Andrade (2006, p. 187), a primeira articulação explícita da doutrina dos *punitive damages* (danos punitivos) ocorreu em 1763, no julgamento *Wilkes v. Wood*. Wilkes foi um jornalista, que escrevera um artigo inflamado, ofensivo à reputação do Rei George III e seus ministros. Em contrapartida, o Rei ordenou que seus mensageiros invadissem e revirassem sua casa, apreendendo livros e papéis privados. Diante disso, Wilkes ajuizou uma ação denominada *action of trespass* (ação de transgressão) contra o senhor Wood, subsecretário de Estado que havia pessoalmente supervisionado a execução da ordem do Rei, objetivando a aplicação de danos punitivos. O juiz considerou a demanda procedente e condenou Wood a pagar-lhe a significativa soma (para a época) de £1000 (mil libras). O referido episódio serviu de precedente ao caso *Huckle v. Money*. Huckle teria sido detido com base numa ordem arbitrária de um oficial da Inglaterra. Embora não tivesse ficado confinado por mais do que seis horas, o juiz condenou Money a pagar-lhe £300 (trezentas libras), valor igual a quase trezentas vezes o salário que Huckle recebia de seu empregador semanalmente.

16 Em 1784, Genay ingressou com uma ação contra Norris, porque este colocou uma substância em sua bebida, causando-lhe grande dor, num drinque de reconciliação, pois ambos iriam disputar um duelo com pistolas. A Corte considerou que Genay tinha direito a danos punitivos.

Algumas teorias tentam explicar a origem dos danos punitivos. Por uma, de enfoque histórico-sociológico, os danos punitivos teriam surgido a partir da própria estrutura do sistema judicial inglês, que se baseia no julgamento popular pelo júri. Inicialmente, os jurados eram cidadãos locais, com grande familiaridade com os fatos e, a partir daí, formando seu convencimento para a resolução do conflito, não sendo possível, nesta época, que os juízes revisassem suas condenações indenizatórias. Posteriormente, com a composição dos júris ser elaborada por pessoas que não tinham prévio conhecimento dos fatos, tornou-se possível, segundo o entendimento das cortes inglesas, revisar os valores atribuídos nas condenações, embora não o façam com frequência, talvez em nome da tradição, bem característica do sistema jurídico inglês, do tipo *common law* (*Direito Comum*)<sup>17</sup>

Outra corrente afirma que os danos punitivos foram desenvolvidos como meio reparatório especificamente para danos morais, já que a jurisprudência inglesa até o século XIX apenas reconhecia o direito à indenização aos prejuízos estimáveis pecuniariamente. Assim, o dano que fosse puramente moral não daria ensejo à indenização.<sup>18</sup> Nesse sentido, embora se utilizasse a expressão *punitive damages* (*danos punitivos*), pelos quais os agressores eram condenados, esses danos não eram absolutamente excessivos, revelando, na verdade, um caráter muito mais compensatório do que punitivo das indenizações por danos morais.

Finalmente, consagrou-se o posicionamento da aplicação da indenização punitiva para compensar as vítimas que tivessem sofrido uma ofensa intangível (moral), quando presentes *circunstâncias agravantes*<sup>19</sup>.

A indenização punitiva ganhou destaque internacional a partir dos julgamentos realizados nos Estados Unidos da América. Lá, o instituto tem sido aplicado comumente em casos como responsabilidade pelo fato do produto (direito do consumidor), difamação, erro médico, acidentes de trânsito, responsabilidade profissional, invasão de privacidade, assédio sexual,

17 Segundo lição de David (1998, p. 340-344), no direito das famílias romano-germânica, a jurisprudência apenas é utilizada para desempenhar um papel, normalmente, secundário, não sendo criadoras – salvo casos excepcionais – de regras de direito. Na Inglaterra, o direito tem uma tradição basicamente jurisprudencial, em que esta destaca as regras de direito, tendo, as decisões das cortes (*stare decisis*), servido de precedentes (*rule of precedent*) para outras decisões.

18 Andrade (2006, p. 190) adverte que, excepcionalmente, admitia a fixação de um montante em dinheiro para danos não mensuráveis pecuniariamente para determinadas categorias de atos ilícitos, como o dano à honra (*defamation*), abuso processual (*malicious prosecution*), agressão física (*assault*), prisão legal (*false imprisonment*), sedução (*seduction*) e adultério (*adultery*).

19 Ainda existiam algumas outras teorias, como a que entendia que os danos punitivos serviam para a correção de injustiças ocorridas nos processos criminais (hipótese conhecida no Brasil como “indenização por erro judiciário”) ou para controlar o ímpeto de vingança da vítima. Para mais detalhes, consultar Andrade (2006, p. 190-192).

dentre outros<sup>20</sup>. É comum que tais indenizações ultrapassem a casa das centenas de milhares de dólares ou dos milhões, embora muito do que se divulgue seja exagero do que realmente é aplicado na prática.

A Suprema Corte americana, em diversos momentos, fora convocada para decidir se os danos punitivos constituiriam uma violação ao princípio do devido processo legal, tendo ganhado projeção a partir da decisão sobre o caso *BMW of North America, Inc v. Gore* (KIRSCHER e WISEMAN, *citado por* ANDRADE, p. 210).

Explica Andrade (2006, pp. 210-211) que:

No ano de 1990, após comprar um automóvel BMW *sports sedan* novo de uma revendedora autorizada, pelo preço de US\$ 40.750,88, o autor Ira Gore, depois de dirigir o veículo por aproximadamente nove meses, levou-o para um polimento. Descobriu, então, que o carro havia sido repintado. Convencido de que fora enganado, Gore ajuizou uma ação em face da BMW of North America [...] alegando fraude. A ré, durante o julgamento, admitiu que havia adotado, em 1983, uma política nacional acerca de automóveis novos danificados durante a fabricação ou o transporte: se o custo do reparo excedesse 3% do preço sugerido de venda, o carro era vendido como usado; se, todavia, o reparo não excedesse esses 3%, o carro era vendido como novo, sem advertir o revendedor que algum reparo fora feito. Sustentando que o custo de repintura do veículo do autor encontrava-se em torno de 1,5% do preço sugerido de venda, a ré entendeu que não estava obrigada a revelar ao revendedor o reparo que havia sido realizado. [...] Ao final, o júri condenou a ré ao pagamento de *compensatory damages* de US\$ 4,000 e *punitive damages* de US\$ 4 milhões, por considerar que a política de não-revelação de danos nos veículos configurou conduta maliciosa ou fraudulenta. A Suprema Corte do Alabama, entendendo que o júri, no cálculo dos *punitive damages*, computara impropriamente fatos semelhantes ocorridos em outra jurisdição, reduziu o montante indenizatório para US\$ 2 milhões.

Apesar da Suprema Corte do Alabama ter reduzido o montante indenizatório condenado à BMW em quase cinquenta por cento, esta resolveu ainda recorrer à Suprema Corte dos Estados Unidos, objetivando uma redução maior ainda. Acabou sendo bem-sucedida, pois, de 2 milhões de dólares, a indenização foi reduzida para cinquenta mil dólares.

20 Um caso famoso envolveu a rede de *fastfood* Mc Donald's e uma senhora idosa. Afirma Andrade (2006, p. 228) que “em fevereiro de 1992, em Albuquerque, no Estado do Novo México, Stella Lieback ocupava o banco de passageiro do automóvel conduzido por seu neto e segurava um copo de café quente que havia acabado de comprar em uma lanchonete McDonald's pelo sistema *drive-thru*. Após ter recebido o café, o neto da Sra. Lieback movimentou o veículo para a frente e o estacionou. Em seguida, ela colocou o copo descartável de polietileno entre suas pernas e tentou remover a tampa de plástico para adicionar creme e açúcar. O café, então derramou em seu colo. [...] O café derramado foi imediatamente absorvido pelo tecido da calça que a Sra. Lieback vestia, queimando-a severamente. Um especialista em cirurgia vascular constatou que ela sofreu queimaduras de terceiro grau em mais de seis por cento do corpo, incluindo a parte interna da coxa, o períneo, as nádegas e a região genital. Ficou hospitalizada por oito, durante os quais teve de se submeter a debridamento na área atingida e a enxertos de pele. Depois, permaneceu sob cuidados em casa por cerca de três semanas. Ao final desse período, havia perdido aproximadamente vinte por cento do seu peso corporal. Em consequência das queimaduras e da cirurgia subsequentes, ficou com cicatrizes permanentes em mais de dezesseis por cento do seu corpo. [...] De acordo com as provas produzidas, o McDonald's servia o seu café a uma temperatura que variava de 180 a 190 graus *fahrenheit* (cerca de 82 a 87 graus centígrados), enquanto os outros estabelecimentos similares serviam café a uma temperatura média que variava de 135 a 140 graus *fahrenheit* (cerca de 57 a 60 graus centígrados). [...] O júri condenou a empresa a pagar à autora US\$ 2,7 milhões ao McDonald's no período de dois dias. [...] O juiz, considerando excessivos os *punitive damages* fixados pelo júri, reduziu-os para US\$ 480.000,00, valor somado aos *compensatory damages* e iguais a três vezes estes.”

Com este caso, criou-se o precedente para orientação da condenação indenizatória, que deverá obedecer aos seguintes critérios: a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu; b) a proporção entre o dano efetivo ou potencial e a indenização punitiva; c) a diferença entre a indenização e penalidades civis e criminais previstas em casos similares. Com tais parâmetros fixados, aumentou-se a segurança jurídica na aplicação da indenização punitiva, preservando-se o seu caráter de prevenção<sup>21</sup>.

## 5 ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA E DA INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA DO BRASIL

Para Bodin de Moraes (2003, p. 303), a valoração do dano moral só pode ser feita com base no princípio da dignidade da pessoa humana como critério de sua proteção, sendo provenientes da violação do dever de respeito aos indivíduos. A indenização deve ser eminentemente reparatória, pautando-se no critério do Código Civil, que versa sobre a extensão do dano.

Por outro lado entende, para que se reconheça o caráter punitivo da reparação do dano moral, devem ser levados em conta o grau da culpa e, do outro, o nível econômico do ofensor, sendo uma punição não pelo o que se fez, mas por quem o praticou (MORAIS, 2003, p. 259). Ainda de acordo com a doutrinadora, a aplicação da indenização punitiva ocorre exclusivamente através do arbítrio do juiz, violando o princípio da legalidade penal. Explica que (MORAIS, 2003, p. 261):

De nada adianta clamar por moderação e equilíbrio na fixação do *quantum* indenizatório quando o sistema que se veio delineando aceita a coexistência de duas regras, antagônicas por princípio, no âmbito da reparação dos danos morais: a punição, de um lado, e o arbítrio do juiz, de outro. Nesses casos, em geral a função punitiva “corre solta”, não tendo qualquer significação no que tange a um suposto caráter pedagógico ou preventivo. Por outro lado, representa, não há como negar, um forte incentivo à malícia, além de gerar a mercantilização das relações existenciais.

Bodin de Moraes (2003, p. 263), reconhece que, entretanto, excepcionalmente, pode-se aplicar uma figura semelhante ao dano punitivo, para que se faça de exemplo alguma lesão à sociedade, por meio de uma conduta ultrajante ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, mas, para isso, entende que será necessária a manifestação do legislador. Também reconhece a utilidade dos danos punitivos na reparação de situações potencialmente lesivas a um grande número de pessoas.

21 A título de informação, é importante falar do movimento de reforma do direito de indenizações, conhecido por *tort reform*, que tem ganhado projeção nos Estados Unidos. a ATRA (*American Tort Reform Association*), entidade representada por associações de classe e grandes corporações, tem apresentado argumentos que contestam a aplicabilidade do instituto dos danos punitivos, que podem ser resumidos da seguinte maneira: a) a tarefa de punir o ofensor compete ao Direito Penal, não ao Direito Civil, este servindo apenas para compensar o dano da vítima; b) as indenizações decorrentes dos danos punitivos vão para a vítima, causando-lhe um ganho inesperado; c) a finalidade dissuasória nem sempre é alcançada, porque muitas das indenizações são suportadas não pelos agressores, mas por suas empresas seguradoras. (ANDRADE, 2006, p. 208).

Corroborando a opinião de Bodin de Moraes, Andrade (2006, p. 312) entende que a indenização punitiva tem a sua utilidade social, pois:

[...] há situações nas quais os direitos da personalidade não têm como ser efetivamente protegidos se não através da imposição de uma soma em dinheiro que constitua fator de coerção sobre o causador do dano e terceiros. Assim [...] na ponderação entre o princípio substancial do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e o princípio consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, que estabelece a garantia instrumental de que não deve haver pena sem prévia cominação legal, a balança pesaria francamente a favor do primeiro.

Invocando Alexy, afirma Andrade (2006, p. 313) que a relação entre os princípios da dignidade humana e anterioridade da pena existe uma “relação de precedência condicionada”, na qual o princípio da anterioridade apenas existe em decorrência da dignidade. Tem-se, de um lado, o interesse em não surpreender o lesante com a imposição de uma pena pecuniária não prevista em lei e, do outro, o interesse de prevenir comportamentos lesivos à dignidade humana. Entende Andrade (2006, p. 313) que a indenização punitiva atenderia a um interesse sensivelmente mais relevante.

Bernardo (2005, p. 177-178) sugere que os danos punitivos possam ser aplicados no Brasil, desde que mediante: a) uma fixação legislativa das hipóteses de utilização do instituto; b) parâmetros legais versando sobre os limites de atuação do juiz; c) obrigatoriedade da sentença destacar a verba a título de danos punitivos; d) parte da verba paga em danos punitivos ser revertida para algum fundo a ser criado por lei.

Retomando-se o objeto principal desta pesquisa, que é a discriminação por orientação sexual, a indenização compensatória é mais adequada em situações menos graves, como uma ofensa feita por um desconhecido, num ambiente reservado e com poucas pessoas presenciando o fato. Como se verá adiante, tal situação viola a dignidade humana sob o âmbito da honra subjetiva, que poderá ser reparada mediante o pagamento de uma módica indenização.

Por outro lado, a indenização punitiva ganha destaque em situações mais sérias, a exemplo de uma humilhação pública e/ou contínua motivada por discriminação por orientação sexual, ou ainda em casos de violência e agressões físicas. Pela repercussão e importância social destes fatos, torna-se imperiosa a aplicação de uma indenização mais robusta, pois seu caráter exemplar tem como condão o de desestimular outros membros da sociedade a incidirem no mesmo tipo de prática.

Propugna-se, também, que os Juízes, ao aplicarem indenizações por danos morais, especifiquem nas suas sentenças a natureza de cada parcela indenizatória. Assim, a fixação em separado de valores pagos a título de indenização punitiva e compensatória possibilitam um melhor controle do judiciário sobre tais situações, inclusive para fins de revisão dos valores na segunda instância ou perante o Superior Tribunal de Justiça. Sobre tal assunto, o colendo Tribu-

nal já decidiu: “<sup>22</sup>Em âmbito de recurso especial, é consenso nesta Corte - e principalmente na 3ª Turma - que só se pode alterar o valor originariamente fixado por dano moral, se o quantum arbitrado for realmente exorbitante ou, ao contrário, tão insignificante que, em si, seja atentatório à dignidade do ofendido” (Agravo Regimental sobre o Recurso Especial n.º 653.861).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da responsabilidade civil por dano moral insere-se no contexto da proteção à dignidade humana, em especial nos casos de discriminação em decorrência de orientação sexual.

Verificou-se que, enquanto na doutrina tradicional o dano moral esteve vinculado a um sofrimento, contemporaneamente a pretensão lesiva a direitos da personalidade ou à cláusula geral de proteção à pessoa humana já são suficientes para a aplicação de indenização para a vítima.

Demonstrou-se que o dano moral apresenta duas maneiras genéricas de reparação: a compensatória e a punitiva. A reparação por via compensatória ainda se encontra enraizada na acepção do dano moral enquanto consequência de um sofrimento, de modo a ser utilizada para reparar tal estado anímico-psicológico.

Os danos punitivos, por outro lado, objetivam não apenas a reparação de danos, mas a exemplificação, perante a sociedade, de que ataques à dignidade humana não são tolerados pela ordem jurídica.

Embora seja controverso o entendimento que esta modalidade seja aplicável no Brasil, a doutrina compreende que pode ser útil para casos em que existam situações severas de violação à dignidade humana, dada a importância da exemplificação perante a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

22 STJ. AGRAVO REGIMENTAL SOBRE RECURSO ESPECIAL 653.861. 3ª Turma. Rel. Min. Castro Filho. 21.03.2006. DJU 10.04.2006.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Forense, 1995, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Forense, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.119-192.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

## **CIVIL LIABILITY TO MORAL DAMAGES THROUGH THE CONTEMPORARY BRAZILIAN LAW**

### **ABSTRACT**

From the interlocution between the Constitution and the Civil law, the philosophical value of human dignity and its legal recognition as a principle were examined, as its applicability in the thought after-positivism. Aiming for its maximum effectiveness, the dignity was seen alongside with the personality's and constitutional rights, as their normative result, searching for the immediately regulation for application of equality to the legal relationships between individuals. Once these limits were recognized, the institute of civil liability for moral damages was carefully studied, by means of the survey of its assumptions and the diverse currents that regulate its application.

**Keywords:** Moral damages. Civil liability. Dignity.