XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

ANA THEREZA MEIRELES ARAÚJO

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ana Thereza Meireles Araújo; Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-514-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Contemporaniedade. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI – SÃO LUIS – MARANHÃO foi promovido em parceria com a Universidade Federal do Maranhão e a UNICEUMA. Sua temática central teve como objeto “Direito, Democracia e Instituições de Justiça”. Esse assunto suscitou intensos debates desde a abertura do evento no Convento das Mercês e inúmeros desdobramentos ao longo da apresentação dos trabalhos previamente selecionados e da realização das plenárias. Em especial, as questões relativas à função social do contrato, dos direitos de personalidade e os reflexos do novo CPC no direito material mereceram um olhar reflexivo crítico-analítico dos participantes do Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo II”.

Sob a coordenação das Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann (UNESA/UNIRIO), e Profa. Dra. Ana Thereza Meireles Araújo (UNEB/ UCSal/ Faculdade Baiana de Direito), o GT “Direito Civil Contemporâneo II” realizou seu contributo, com exposições orais e bons debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade das temáticas abordadas pelos expositores.

Eis um breve resumo dos trabalhos apresentados:

Tiago Martinez e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentaram o artigo intitulado "A trivialização do dano: banalizado por quem? a desmistificação da indústria do dano moral pela análise da cultura jurídica brasileira e norte-americana". Os autores refletem a respeito da cultura jurídica brasileira e norte-americana sobre a fixação do valor de reparação dos danos morais, a influência cultural na determinação dos modelos de fixação do quantum, bem como da relação dos julgados vinculados ao tema com a banalização do instituto, e apontam a inexistência de uma indústria do dano moral, tanto no Brasil como nos Estados Unidos, a partir das diferenças dos modelos jurídicos apresentados.

"O acesso à informação genética e a conformação dos novos direitos da personalidade: o alcance da proteção à identidade genética sob a perspectiva do direito civil contemporâneo" é o título do trabalho de Ana Thereza Meireles Araújo, no qual a autora analisa a conformação do direito à identidade genética como uma espécie dentre os novos direitos da personalidade considerando o direito civil contemporâneo, objetivando o alcance da proteção à identidade genética a partir das diferentes situações que podem envolver a proteção ao bem jurídico em

destaque, a fim de identificar por meio de dedução a melhor interpretação no que tange à construção da proteção do direito.

O artigo de Wellington Henrique Rocha de Lima e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira intitulado "Funções do contrato e Ordem Pública" teve como proposta analisar as funções do contrato referentes à criação, regulação e extinção de direitos, considerando a relevância da funcionalização com vistas ao equilíbrio dos pactos e a contribuição daí decorrente em relação ao contexto econômico e social.

Rainner Jeronimo Roweder e Hudson Franklin Felipetto Malta apresentaram o trabalho "O contrato de compra e venda: semelhanças e diferenças entre o sistema legislativo brasileiro e português de transferência imobiliária", em que analisaram a compra e venda de bens imóveis, numa perspectiva de doutrina e legislação comparada, entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

"Direito à filiação e multiparentalidade : uma abordagem à luz da lei de registros públicos", da autoria de Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha, abordou a a ocorrência da multiparentalidade no Registro Civil brasileiro, a partir da compreensão sistemática e atualizada do ordenamento jurídico pátrio, especificamente quanto à família, aos demarcadores do parentesco e aos direitos da filiação.

Felipe de Poli de Siqueira e Francieli Micheletto, autores do trabalho "O poder de inadimplemento contratual e suas implicações jurídicas" propuseram avaliar a possibilidade do contratante requerer a quebra ou inadimplemento contratual e as implicações jurídicas e mecanismos de resolução do referido desligamento.

O artigo de Ivy Helene Lima Pagliusi e Yuri Amorim da Cunha intitulado "A des (necessidade) de oitiva do genitor biológico no acréscimo do sobrenome do padrasto ao nome do filho" enfocou uma nova leitura constitucional dos direitos de personalidade, em especial face ao princípio da dignidade da pessoa humana, em especial quanto ao aferir na Lei de Registros Públicos o procedimento correto para o acréscimo do sobrenome de padrasto (madrasta) no do enteado(a) com base em uma interpretação conforme.

O artigo de Cleber Sanfecili Otero e Tamara Simão Arduini intitulado "Os danos decorrentes da relação triangular estabelecida entre paciente, médico e hospital e as respectivas modalidades de responsabilidade definidas em lei" partiu do fato de que, nas relações hospitalares, o paciente é vulnerável por ser consumidor dos serviços e, perante o médico, é igualmente vulnerável, pois confia sua vida e integridade aos cuidados do profissional.

Assim, o trabalho buscou partir da aferição das características da relação triangular estabelecida entre paciente, médico e hospital para definir quem poderá ser responsabilizado pelos danos causados.

Sob o título "A ata notarial como instrumento precípuo na condução da usucapião extrajudicial", Tatiane Albuquerque de Oliveira Ferreira e Dênio Guilherme Dos Reis fizeram uso do modelo argumentativo, para responder a seguinte indagação: a ata notarial cumpre sua função no procedimento de usucapião extrajudicial? Analisaram os efeitos da ata notarial no procedimento de usucapião fora do âmbito judiciário e concluíram necessidade da eficiência da ata notarial, demonstrando que o tabelião, revestido de fé pública, é capaz de certificar veracidade dos documentos comprobatórios de posse do imóvel a ser usucapido.

Camila Caixeta Cardoso apresentou o ensaio sob o título "A aquisição originária da propriedade por meio da usucapião extrajudicial", cujo objetivo revelou-se a análise da nova forma de processamento da usucapião pela via extrajudicial, ou seja, por meio de um procedimento que ocorre internamente no ofício de registro de imóveis.

"Um ensaio sobre direito à privacidade e intimidade. você ainda os tem?" Eis um título de indagação. Pois essa indagação foi tema da pesquisa materializada em ensaio da autoria de Milena de Bonis Faria. Que considera que os operadores do direito necessitam de um desdobramento “just in time”, para atender os anseios de uma sociedade que se transforma constantemente.

Pastora do Socorro Teixeira Leal e Alexandre Pereira Bonna apresentaram o artigo sob o título "Controle administrativo e preventivo de cláusulas abusivas em contratos de adesão pelo Ministério Público", no qual buscam averiguar se o veto presidencial do art. 54, parágrafo 3º e 5º da lei n. 8.078/90, que no uso da ideia da intenção do legislador configura a impossibilidade de atuação preventiva e administrativa do Ministério Público das cláusulas dos contratos de adesão.

"Dano hedônico: uma compensação civil diante da perda da felicidade em viver" revelou-se um título interessante para o artigo apresentado por Maria Fernanda Miranda Lyra e Marianna dos Santos Coelho Alves que abordaram ideia da dignidade como pressuposto para a felicidade, no direito norte-americano, transportada para a reparação civil. Ali recebe a denominação do dano hedônico e se apresenta como forma de compensação diante de lesão grave ou morte que leve à perda do gozo pela vida, da felicidade em viver.

Por fim, Carlos Alexandre Moraes e Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi encerraram as apresentações com o trabalho intitulado "A aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito brasileiro", sobre a aplicabilidade da Teoria do Diálogo das Fontes no direito pátrio, como método capaz de conciliar a aplicação de diferentes normas.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO/UNESA

Profa. Dra. Ana Thereza Meireles Araújo - UNEB

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TRIVIALIZAÇÃO DO DANO: BANALIZADO POR QUEM? A DESMISTIFICAÇÃO DA INDÚSTRIA DO DANO MORAL PELA ANÁLISE DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E NORTE-AMERICANA.

THE TRIVIALIZATION OF DAMAGE: BANALIZED BY WHOM? THE DEMISTIFICATION OF THE INDUSTRY OF MORAL DAMAGE THROUGH THE ANALYSIS OF BRAZILIAN AND NORTH AMERICAN LEGAL CULTURE.

Tiago Martinez [1]
Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann [2]

Resumo

Promove uma análise reflexiva a respeito da cultura jurídica brasileira e norte-americana sobre os referenciais norteadores da fixação do valor de reparação referente aos danos morais, passando pelas noções de responsabilidade civil, chegando até o conceito de dano e suas especificidades. Pela utilização de uma metodologia dialético-analítica culmina por analisar a influência cultural na determinação dos modelos de fixação do quantum, bem como da relação dos julgados vinculados ao tema com a banalização do instituto, e aponta a inexistência de uma indústria do dano moral, tanto no Brasil como nos Estados Unidos, a partir das diferenças dos modelos jurídicos apresentados.

Palavras-chave: Dano moral, Trivialização, Indenização, Pesquisa comparada

Abstract/Resumen/Résumé

It promotes a reflexive analysis regarding the Brazilian and North American legal culture on the guiding reference points of the fixation of the value of reparation referring to the moral damages, going through the notions of civil liability, reaching up to the concept of damage and its specificities. Through the use of the dialectical-analytic methodology culminates by analyzing the cultural influence in the determination of the quantum fixation models, as well as the relationship of the judges linked to the issue with the banalization of the institute, and points out the inexistence of an industry of moral damage.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Moral damage, Trivialization, Indemnity, Comparative research

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá/RJ

[2] Pós-Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá/RJ,

Introdução

Afirmar que algo está banalizado, importa considerar que um determinado assunto relevante teve a sua imagem desgastada, isto é, o que tinha elevada importância e recebia um tratamento diferenciado passa a ser tratado de forma trivial e, por conseguinte, acaba por desvalorizar questões de natureza essencial no tocante aos anseios sociais. Desta forma, banalizar seria transformar uma situação de significativa dimensão em algo comum, corriqueiro e vulgar.

Importante esclarecer que condutas banalizantes se tornaram uma característica marcante do estágio atual da Modernidade, período no qual a individualidade e a insensibilidade, estimuladas por uma razão instrumental, passaram a reger a vida do homem e que o cuidado e o respeito pelo outro, assim como pelos fatos, circunstâncias e institutos que o circundam foram colocados à margem, reduzindo questões complexas em direção a um pensamento raso pautado no cálculo de vantagens e desvantagens determinados pelo capital. Banaliza-se em razão da falta de uma discussão mais aprofundada e da consequente limitação do tema a uma vertente linear de raciocínio, na qual se desconsidera a pluralidade de conteúdo dos dilemas enfrentados numa sociedade demarcada pelo superficialismo egosísta.

Refletir sobre a questão da trivialização na seara do Direito, mais especificamente sobre a matéria envolvendo o dano moral, o modelo adotado para reparação da lesão sofrida e as suas consequências, exige que se conheça noções de responsabilidade civil e que se realize uma análise crítica e comparada dos benefícios e malefícios do sistema de reparação adotado, para que daí possa se extrair um modelo que melhor atenda aos interesses da sociedade e que garantam a eficácia do Direito.

A metodologia utilizada no presente ensaio de viés dialético, baseia-se em pesquisa bibliográfica, através de obras que versam sobre o tema, buscando dessa forma consubstanciar o mesmo, com o estudo de conceituados pesquisadores e se valendo de uma análise comparada entre as culturas jurídicas brasileira e norte-americana, bem como de julgados em ambos os países. Sendo assim, por intermédio desses elementos, se torna possível a sustentação da existência de uma relação entre os modelos de fixação do *quantum* indenizatório com a banalização do instituto e o questionamento da existência de uma denominada indústria do dano moral, esta que, conforme será demonstrado, em verdade, não existe no Brasil, assim como nos Estados Unidos, e em razão disso, necessário se faz um olhar sempre atencioso quanto à natureza do ser humano e à sua cultura.

1. O estudo comparado: uma análise através da cultura jurídica brasileira e norte americana

De acordo com Laraia (2001, p.67), "a nossa herança cultural, desenvolvida através de inúmeras gerações, sempre nos condicionou a reagir depreciativamente em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria da comunidade". Isto é, discrimina-se o comportamento não reconhecido, e assim impede-se o diálogo intercultural em razão da construção de uma dicotomia "nós e os outros", a qual a referência é um determinado grupo, e não a humanidade. Essa conduta, leva em direção a um pensamento linear, e acaba por desconsiderar a complexidade das relações humanas, suas mais variadas culturas e, por conseguinte, favorece a construção de um conhecimento simplista e redutor.

Em virtude desses aspectos, em busca de um raciocínio guiado pelo método da comparação pelas diferenças, de acordo com Geertz (2002, p.366), através da análise das culturas, nesse caso a cultura jurídica brasileira e americana, a tendência é a de que se conheça mais sobre quem somos e sobre quem é o outro, e assim é possível decifrar as razões e as consequências do método de reparação por dano moral adotado pelo Brasil e o modelo de reparação pela conduta lesiva nos Estados Unidos.

Além disso, ao trazer esse fato para a problemática da denominada indústria do dano moral, percebe-se que por intermédio dos contrastes entre as jurisdições, novas indagações e respostas irão surgir, o que contribui para a expansão do saber e para a solução de determinadas adversidades. Sendo assim, torna-se fundamental a construção de um questionamento mútuo para garantir um crescimento recíproco, pois a universalidade e a verdade não são qualidades de um só modelo cultural e civilizatório, mas sim o efeito de um empenho intelectual, de uma busca através da interação entre costumes, hábitos e modos de vida.

1.1 A influência da cultura jurídica brasileira no modelo de reparação por danos morais

Segundo Ascarelli (1952, p.81), a principal peculiaridade do direito privado brasileiro estaria no fato de que até a codificação de 1916, existia uma realidade jurídica identificada por possuir os traços medievais das Ordenações Filipinas de 1603. Logo, diferentemente da maioria dos países vizinhos, não se fez no Brasil um Código Civil ao longo do século XIX, muito embora tenha sido promulgado o Código Penal em 1830 e o Código Comercial em 1850, havendo, no que diz respeito às relações jurídicas de caráter civil uma dificuldade na promoção da ruptura com a realidade jurídica existente nos períodos precedentes à independência.

Vale apontar que no Brasil inexistia um liame entre as garantias jurídicas asseguradas pela legislação oficial e o atendimento das necessidades do povo, o que dificultava a formação de

um código civil. Segundo Carvalho (2002, p.45), existia um posicionamento contrário das elites agrárias brasileiras quanto à formação de um sistema jurídico coerente, harmônico e motivado pelos conceitos liberais que serviram de diretriz para as revoluções burguesas.

Portanto, um código civil não era necessário aos interesses financeiros das elites econômicas e sociais imperiais. Muito embora o Brasil fosse uma monarquia constitucional, o liberalismo brasileiro sofreu adaptações para servir aos anseios de uma estrutura sócio-política latifundiária, autoritária e escravista, de modo que os princípios existentes na Constituição de 1824 pudessem conviver de forma razoável com a desigual sociedade imperial.

Cumpre mencionar Holanda (1995, p.160):

> "A democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. "

É possível extrair da citação a ideia de que no Brasil ocorreu uma importação acrítica de doutrinas e normas estrangeiras, com o mero intuito de manutenção e proteção das formas aristocráticas de vivência social e a consequente desconsideração da população brasileira enquanto sujeito político.

Percebe-se que historicamente a lei brasileira sempre se moldou aos interesses da elite econômica. No que diz respeito ao primeiro código civil, de 1916, o que poderia refletir senão a sociedade da época, de cultura predominantemente agrária e espírito individualista? Assim, no advento dificultoso do código civil de 1916[1], cujo anteprojeto é de 1850, e atualmente o código civil de 2002, conferindo diversas garantias aos cidadãos, é possível apontar que a existência de certos mecanismos de defesa aos detentores do capital ainda se faz presente.

Dentre esses mecanismos, o presente ensaio ao rapidamente superar toda essa visão histórica em que se relata uma cultura jurídica opressora marcada pelo tratamento desigual, pretende indicar a presença de uma proteção cedida àqueles que causam danos, mais especificamente os de cunho moral no Brasil, e que se valem de uma cultura jurídica historicamente vinculada à impunidade, consubstanciada em uma natureza reparatória e pedagógica ineficaz, que tendem a desafortunadamente legitimar que as ofensas à dignidade continuem a ser praticadas.

---

[1] O Código Civil de 1916 refletia as concepções predominantes ao final do século XIX e início do século XX, e hoje, diante do novo diploma civil, a maior parte desses entendimentos encontra-se ultrapassada, uma vez que estavam baseados no individualismo então reinante, especialmente no que respeita ao direito de propriedade e à liberdade de contratar. Pode-se dizer que o Código Civil de 1916 é produto de uma simbiose, cuja autoria deve-se à classe média que tentou fixar um modelo "liberal e progressista", mas que encontrou como obstáculo o conservadorismo dos fazendeiros.

Uma tal construção histórica da tradição jurídica no que diz respeito às relações intersubjetivas conduz à compreensão segundo a qual embora os nomes dos jogadores tenham mudado, o jogo continua o mesmo. Os grandes proprietários de terra se materializaram na figura dos empresários, enquanto que a maioria oprimida e mais vulnerável continua sendo por eles exploradas e sofrem com excesso de parcimônia por parte do Estado, este que sempre olhou de forma mais branda aos desmandos da elite econômica, que curiosamente é quem mais pratica condutas lesivas.

Por fim, Iorio Filho (2009, p.126) ainda aponta a existência de um *modus operandi da bricolage* na construção das decisões do Supremo Tribunal Federal, podendo também esta forma de julgar estar presente nas demais decisões judiciais brasileiras:

> "Esta atividade caracteriza-se pela articulação de um repertório de elementos simbólicos e de representações limitadas, presentes no sistema ou linguagem (gramática) do Supremo Tribunal Federal, para a tarefa que o bricoleur tem a realizar, esvaziando o significado original do signo (descontextualização), substituindo-o por um inteiramente novo, próprio e individual aos interesses da obra que pretende criar."

Portanto, de acordo com o referido autor, primeiro se decide, para que somente em um momento posterior a sua decisão seja justificada. Tal modo de agir, que visa descontextualizar o significado original e busca a sua ressignificação, nada mais é que uma forma de se atingir determinados interesses e camuflar as vontades políticas e econômicas de uma decisão.

2.2 A cultura jurídica norte-americana e seu modelo de reparação pelas condutas danosas

No que pertine ao modelo de reparação pelas condutas lesivas adotado nos Estados Unidos da América - EUA, necessário se faz esclarecer alguns aspectos de sua cultura e seus reflexos na construção de seu arcabouço jurídico.

A primeira questão a ser apontada consiste na forma de tratamento dada ao sujeito nos EUA. De acordo com DaMatta (1986, p. 94), enquanto que no Brasil existe um sistema social "dividido e até mesmo equilibrado entre duas unidades sociais básicas: o indivíduo (o sujeito das leis universais que modernizam a sociedade) e a pessoa (o sujeito das relações sociais, que conduz ao pólo tradicional do sistema) ", nos Estados Unidos o sujeito é tratado apenas como indivíduo.

Moraes (2007, p. 32), indica que o tom personalista do ordenamento jurídico brasileiro ao levar em consideração as condições econômicas da vítima para a fixação do *quantum* indenizatório, estaria na verdade servindo como um instrumento para reduzir o valor de indenização, tendo como base o argumento de que não se pode ensejar o enriquecimento sem causa.

Já nos Estados Unidos, DaMatta (1986, p.95), aponta que a lei não é feita para explorar ou submeter o cidadão, ou como instrumento para corrigir e reinventar a sociedade, mas sim um mecanismo que objetiva o bom funcionamento do corpo social, sempre se pautando por uma aplicação segura da lei que, por ser norma universal, não pode pactuar com o privilégio ou com a lei privada, ou seja, não existe um sistema legal que aceita o "jeitinho" e a interferência das relações pessoais na lei universal.

Sendo assim, ao receber o tratamento de indivíduo, o cidadão norte-americano, independentemente da sua classe social ou do potencial econômico do ofensor, ao requerer uma indenização pela lesão sofrida, não sofre com o risco de ter os seus direitos reduzidos em razão das características pessoais envolvidas.

Além disso, segundo Garapon e Papapoulos (2008, p.16), em razão da cultura norte-americana ser impregnada pelo protestantismo, este que valoriza a igualdade, as penas se apresentam de forma mais severas, sendo elas denominadas de *shame sanctions*, isto é, se busca punir diretamente a reputação dos indivíduos que praticam o ilícito e promover junto à sociedade um sentimento de justiça, o que também acaba por justificar o fato de que nos Estados Unidos o dano existe unicamente na esfera patrimonial, isto é, inexiste dano moral, visto que a maior preocupação é com o bem de cunho material, e não com os bens que formam a personalidade.

Enquanto isso, nos países de cultura católica, tal como na França, Portugal e no Brasil[2], mais sensíveis à ideia de dignidade, o que fundamenta a existência de uma espécie de dano que atinge os bens integrantes da personalidade, as penas são aplicadas com um menor rigor, observando uma certa preocupação com o ofensor e um paternalismo por parte do Estado.

Importante de marcar que a ideia de personalidade, ao conferir à pessoa humana uma dignidade própria, apta a conduzi-la a uma tutela jurídica apriorística e de vincular todas as decisões jurídicas que tivessem ligação com a pessoalidade, vem sendo objeto de lenta e muitas das vezes acidentada marcha.

---

[2] A Constituição brasileira além de considerar a dignidade humana como princípio fundamental da República (art. 1o, III), coexistindo, lado a lado, com a fundamentalidade igualmente reconhecida na soberania, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, consagrou a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais mantidas pelo Estado (art. 4o, II) e dela igualmente tratou no Título VIII, intitulado "Da Ordem Social", estabelecendo dentre outros direitos, o respeito à dignidade.

Também a Constituição portuguesa considerou a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental (art. 1o), remeteu à lei o estabelecimento de "garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias" (art. 26, 2) e a obrigação de garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano, em especial nas áreas tecnológica e de experimentação científica, bem como estatuiu o dever de o Estado, para a proteção da família, regulamentar a procriação assistida de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana (art. 67, 2, e). (HOGEMANN, Edna Raquel. Danos Morais e Direitos da personalidade uma questão de dignidade, in Direito público e evolução social, 2ª série, RJ:Lumen Juris, 2008.)

.

De toda sorte, é impraticável falar-se em direitos da personalidade e dos danos a que podem ser submetidos sem se referir necessariamente à dignidade da pessoa humana, pois este é o princípio basilar e norteador da norma constitucional, sendo desse modo um êmbolo propulsor de todo o sistema jurídico. Os danos morais são considerados como lesão aos direitos da personalidade, na medida em que necessariamente representam violação à dignidade.

Por outro lado, diversos são os fatores que influenciam e transformam o direito. Eles podem ter um viés econômico, político, social, cultural, mas também religioso. Esses fatores também exercem uma influência combinada, como é o caso por exemplo, do protestantismo, que diferentemente do catolicismo, não condena o lucro, como bem aponta Webber (2016, p.243): "Se aquele Deus, cuja mão o puritano via em todas as eventualidades da vida, mostrava a um de seus eleitos uma chance de lucro, ele devia fazer isso com algum propósito. Consequentemente, o cristão fiel devia seguir o chamado, tirando vantagem da oportunidade"

Portanto, quando se traça um perfil da conjuntura jurídica que distingue o direito norte-americano do brasileiro, ao trazer este panorama de uma justiça mais punitiva e de uma sociedade que possui como cultura a busca pelo lucro, para questão *quantum* indenizatório pelos danos, é possível visualizar o fato de que não existe qualquer preocupação com o possível enriquecimento daquele que sofre a lesão, justificando assim a presença do *punitive damages* no Direito norte-americano e a não configuração do enriquecimento ilícito.

Cumpre mencionar que o Estados Unidos adotou o sistema da *Common Law*, este que ao contrário da *Civil Law*, não limitou a responsabilidade civil à função reparatória, retirando o papel exclusivo de punição do Direito Penal e conferindo o mesmo papel ao juízo cível. Garapon e Papapoulos (2008, p.246) ainda apontam que a *Common Law* reduz o Direito ao estatuto de bem mercantil e que na concepção americana, os direitos de defesa são direitos de consumo, ou seja, existe uma perspectiva econômica do Direito.

Tal contexto explica as razões da divergência dos modelos de reparação adotado pelos Estados Unidos e pelo Brasil. Enquanto que no primeiro se encontra um terreno fértil para a utilização do sistema denominado *punitive damages*, caracterizado pelos altos valores indenizatórios e eficiente no que tange à coibição de práticas lesivas reiteradas, o segundo, adotou o modelo reparatório e pedagógico que, embora evite o enriquecimento do lesado, considerado ilícito na perspectiva brasileira, se mostra como já foi visto e que será em um momento posterior enfatizado, submisso aos interesses do capital e ineficaz na coibição de novas condutas lesivas.

3. Noções de responsabilidade civil: evolução histórica, conceito, espécies e pressupostos

Superados os aspectos culturais determinantes em ambas as culturas e os seus reflexos no mundo jurídico, ainda que sem a pretensão de exauri-los, é essencial esclarecer alguns pontos a respeito do instituto d responsabilidade civil no Brasil antes de se adentrar no objeto central da pesquisa que é o Dano, visto que é este o ramo do Direito Civil que disciplina a matéria.

De acordo com Moraes (2007, p.22), " a responsabilidade civil tem representado nos países ocidentais um papel verdadeiramente revolucionário, configurando-se como uma das instâncias primárias de mediação entre as práticas sociais e a tutela jurídica", ou seja, a responsabilidade civil se tornou um instrumento ideal, através das hipóteses de dano indenizável, de realização de justiça e solidariedade social.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.55), a princípio, o instituto da responsabilidade civil, originário do Direito Romano, estava baseado na ideia de vingança pessoal, sendo uma forma primitiva e autêntica de reação pessoal contra o mal sofrido, tendo em vista o pensamento vigente na época.

Com o passar do tempo, a aplicação da pena de Talião, nos termos da Lei das XII Tábuas, passou a ser caracterizada pela intervenção do Estado, que poderia permiti-la ou não e, posteriormente, se inicia o período da composição tarifada, na qual a lei passa a determinar o valor para indenização, e como preleciona Lima (1998, p.19), nesse momento, a vingança privada é alterada pela composição obrigatória.

Como observa Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.56), a maior evolução do instituto ocorre, no entanto, com o surgimento da *Lex Aquilia de Damno*, que deu origem a denominação da responsabilidade civil extracontratual, que é também chamada de responsabilidade civil aquiliana. Nesta perspectiva, a *Lex Aquilia de Damno*, sancionada ao final do século III a.C., destacou-se por trazer a substituição da multa fixa por uma pena proporcional ao dano causado.

Segundo Tartuce (2014, p.450), a lei supracitada, originária do Direito Romano, surgiu justamente no momento em que a responsabilidade sem culpa constituía a regra, entretanto, a experiência romana comprovou que a responsabilidade independente de culpa poderia trazer eventos injustos, surgindo assim, a necessidade de comprovação da culpa como uma questão social evolutiva.

Assim, com o passar do tempo, a responsabilidade mediante culpa passou a ser a regra na maioria dos sistemas jurídicos derivados das origens romano-germânicas, motivando os códigos privados modernos, como o Código Civil Francês de 1804, O Código Civil Brasileiro de 1916 e também o Código Civil Brasileiro de 2002. Entretanto, em decorrência das constantes transformações sociais, a figura da responsabilidade objetiva, em razão de se coadunar com a nova realidade, seja ainda porque o antigo sistema fundado na existência de culpa mostrou-se

insatisfatório como meio de proporcionar a reparabilidade plena, desponta como tendência incontestável no direito brasileiro a ser adotado como regra geral.

Com relação ao conceito de responsabilidade civil no Brasil, a mesma se configura como um dever subsequente que deriva do inadimplemento de uma obrigação, ou seja, obriga alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão. Segundo Tartuce (2014, p.450), "a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida".

Cumpre ressaltar que em razão da responsabilidade civil estar associada à ideia de contraprestação, encargo e obrigação, se torna importante distinguir esse último elemento da responsabilidade. Como leciona Cavalieri Filho (2012, p.452), a obrigação é sempre um dever jurídico originário, enquanto que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente da violação do primeiro.

Além disso, a partir do Código Civil de 2002, a Responsabilidade Civil que era alicerçada apenas no conceito de ato ilícito, presente no artigo 186, passou a ter uma ampliação, na qual a prática do abuso de direito previsto no artigo 187 do mesmo diploma legal também passou a configurar ato ilícito.

Quanto às espécies de responsabilidade civil, tendo em vista o objetivo principal do presente artigo, procura-se apenas apontar que a mesma pode ser classificada pela doutrina em razão da natureza jurídica da norma violada, nesse caso, sendo dividida em Contratual (deriva da violação de um dever jurídico preexistente em um contrato) e Extracontratual (resulta da violação de um dever jurídico previsto na lei ou de um direito subjetivo) , e também em razão da culpa, sendo esse último critério dividido em Subjetiva (o agente responde mediante a comprovação de sua culpa em *lato sensu*) e Objetiva (o sujeito responde independentemente da comprovação da culpa, ocorrendo nas relações desiguais, marcadas pela hipossuficiência de uma das partes).

Por fim, cabe discorrer sobre os pressupostos da responsabilidade civil. O primeiro deles, a conduta culposa, como bem ilustra Cavalieri Filho (2012, p.25), define a conduta como uma atuação humana voluntária que se exterioriza através de uma ação ou omissão, e acaba por produzir consequências jurídicas. Portanto, a conduta culposa seria aquela ação ou omissão pautada em um comportamento intencional (dolo) ou tensional (culpa). Além disso, no Brasil sustenta-se a ideia que na área cível a indenização é exclusivamente reparadora dos danos sofridos pelo lesado, e não de punição como na responsabilidade penal, o que explica o fato de que o agente responde igualmente pelas consequências de sua conduta independentemente do

grau de culpa, muito embora existam outros sistemas, como o norte-americano, no qual o grau de culpa é levado em consideração para a aplicação de uma função punitiva.

O segundo pressuposto é o nexo causal, o qual Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.151), indicam que“ trata-se do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano”. Logo, é através do nexo de causalidade que se pode afirmar se a ação ou omissão foram fatores imperativos para a consequência danosa. Vale acrescentar que os tribunais brasileiros fazem uso da teoria da causalidade adequada, prevista no artigo 403, do Código Civil de 2002. De acordo com esta teoria, não basta que a conduta seja ilícita e o dano se apresente. Será fundamental que a ação ou omissão guarde relação direta com o dano para haver o nexo causal.

O último pressuposto da responsabilidade civil é o dano. O dano se trata de um elemento indispensável para a configuração da responsabilidade civil, podendo ser material ou moral, sendo este último abordado apenas na próxima seção e de forma mais detalhada, em razão de ser o foco principal do trabalho.

Conforme Cavalieri Filho (2012, p.77), “o dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral ”. O dano material é aquele que ocasiona uma diminuição patrimônio, ou seja, a diminuição do ativo pelo passivo. Nos termos da redação do artigo 402, do Código Civil de 2002, o dano patrimonial se subdivide em duas categorias, sendo elas, o dano emergente e o lucro cessante. O dano emergente se trata do que a vítima efetivamente perdeu, enquanto que o lucro cessante, que se trata de um acessório do dano emergente, é configurado pelo o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Resta dizer que, o perito que analisar o valor do lucro cessante, deve se pautar no princípio da razoabilidade, para que assim seja evitada a possibilidade de enriquecimento ilícito.

4. A reparação por danos morais no Brasil

Importante esclarecer que apesar das primeiras defesas da tese de reparabilidade do dano moral terem surgido no Código Civil de 1916, ela se tornou pacífica apenas na Constituição Federal de 1988, com previsão expressa no seu artigo 5º, incisos V e X, elevando-a assim, à condição de direitos e garantias fundamentais.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.111), dano moral é aquele que lesiona os bens integrantes da personalidade, esta que pode ser entendida através de um de seus componentes que é a dignidade, que de acordo Kant (2009, p.82), possui a seguinte definição: “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. ”

Portanto, são bens integrantes da personalidade: a dignidade, a intimidade, a honra, a imagem, a liberdade, entre outros direitos da esfera imaterial.

A dignidade humana é um valor maior, supremo, de contorno moral, ético e espiritual intangível, o qual consoante Paulo Otero (2003, p.217), é “dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, afirma-se como valor irrenunciável e cimeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico: O Homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito”.

Karl Larenz (1997) entende a dignidade da pessoa humana como a prerrogativa do ser humano de ser respeitado como pessoa, de não ter sua vida, corpo ou saúde prejudicados, e de gozar da sua própria existência.

J.J. Gomes Canotilho (1993, p. 363.) explica o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana em uma teoria de cinco componentes: o primeiro reside na afirmação da integridade física e espiritual como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável; o segundo componente trata da garantia da identidade e integridade da pessoa pelo livre desenvolvimento da personalidade; o terceiro baseia-se na libertação da angústia da existência da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas; o quarto prescreve a garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito; e o quinto se firma na igualdade dos cidadãos, e se expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo .

Já no que tange a configuração do dano moral, a fragilidade dos critérios objetivos para o seu estabelecimento coloca o instituto sob o risco de ataques e banalização. Porém, não se pode apontar a atuação dos litigantes de má-fé, estes que ingressam no judiciário com o intuito de obter alguma compensação, alegando lesão à personalidade em questões onde há meros transtornos, como sendo os principais sujeitos que desvalorizam o instituto, visto que agem desta forma em razão da sensação de insegurança jurídica. Logo, tal conduta é ínfima em face dos abusos praticados, principalmente, pelas grandes empresas, estas que se valem da falta de um conceito objetivo e das decisões do judiciário para continuar a praticar lesões.

Sendo o dano moral uma agressão à dignidade humana, Cavalieri Filho (2012, p.93), aponta que só deve ser visto como dano moral, o sofrimento e a humilhação que atinjam severamente o comportamento psicológico do indivíduo. Já as situações que envolvem mero aborrecimento,

desprazer e angústia estão fora da esfera do dano moral, pois fazem parte do cotidiano e não causam grave abalo ao psicológico do sujeito, e assim evita-se a banalização do instituto. Ademais, nos casos em que a configuração do dano seja de difícil visualização pelo magistrado, explicam Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.127), que o juiz sob a ótica da razoabilidade humana, ao analisar o fato alegado, deve ser detentor de destreza e sensibilidade para perceber diante do caso concreto a lesão objetivada a um homem comum. Portanto, nos casos em que a alegação de dano moral estiver pautada em uma sensibilidade exagerada, não será concedida a reparação, visto que a mesma não se coaduna com os sentimentos do homem médio. Quanto à produção da prova do dano moral, na impossibilidade de se comprovar elementos como a dor e o sofrimento, Cavalieri Filho (2012, p.97) entende o dano moral como *in re ipsa*, isto é, o dano moral está contido na ofensa em si. Sendo assim, provada a ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, *ipso facto* restará comprovado o dano moral baseado na presunção das regras de experiência comum.

4.1 A natureza jurídica da reparação do dano moral

A natureza jurídica da reparação por dano moral não é unânime para os estudiosos do Direito. Tartuce (2014, p.489), aponta as três correntes doutrinárias existentes acerca do tema: a primeira, e já superada corrente, diz que a indenização por danos morais possui natureza meramente reparatória ou compensatória, não possuindo caráter disciplinador ou pedagógico.

Já para a segunda corrente, sendo esta a que prevalece nos Estados Unidos, a indenização em caso de dano possui natureza punitiva ou disciplinadora. Inicialmente essa corrente não fora bem aceita pela jurisprudência brasileira, que enxergava perigos em sua aplicação, pois a função primária da responsabilidade civil é reparar o dano, sendo a punição utilizada apenas em situações especialmente graves. Além disso, segundo Moraes (2007, p.29), tal forma de reparação entra em conflito com o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, porém, ultimamente, tem crescido o número de adeptos a essa teoria em razão da ineficácia do modelo majoritário no Brasil.

Por fim, a terceira corrente, - dominante na jurisprudência brasileira -, considera que a indenização por dano moral possui natureza reparatória e pedagógica ou disciplinador acessório, com o objetivo de coibir novas condutas. Cumpre mencionar que, o caráter acessório só existirá se estiver acompanhado do principal.

Sendo assim, segundo o Ministro Sálvio de Figueiredo no REsp. 228244, o *quantum* indenizatório no Brasil é fixado de forma proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico

das partes, devendo o juiz se orientar pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, se atentando às particularidades de cada caso, e sempre buscando evitar o enriquecimento indevido do lesado e o desestímulo do ofensor no que tange a repetição de novos atos. Contudo, na realidade prática, em razão da incerteza das decisões e do baixo valor das indenizações, não se cumpre o papel de coibir a prática reiterada de condutas lesivas, mas sim se estimula a banalização do instituto.

4.2 O paradoxal panorama brasileiro

O presente ensaio apresenta alguns julgados e fatos com o intuito de demonstrar a problemática da fixação do *quantum* indenizatório, na qual a disparidade de tratamento entre os acontecimentos, bem como o paradoxo enfrentado pela função punitiva no Brasil (deve-se punir o ofensor, mas sem gerar o enriquecimento da vítima) e os valores de indenização incompatíveis tem gerado grave insegurança jurídica, tendo em vista a imprevisibilidade das decisões judiciais.

O primeiro deles, divulgado pela revista Veja (2000, p.61), relata o caso de dois passageiros que sofreram um acidente aéreo no qual se evidenciou. Mesmo com o quase idêntico nível socioeconômico de ambos, a indenização para o seus respectivos familiares tiveram mais de 2000% de diferença. O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que aos familiares de André, a reparação foi atribuída no valor de 75 mil reais, enquanto que à família de José foi concedida a quantia de 2 milhões de reais.

Já quando se compara bens diversos, como por exemplo, a vida e a imagem, novos questionamentos surgem. No caso de morte de menor por dengue hemorrágica, devido a omissão do Estado no combate à epidemia em 2002, a primeira turma, no REsp 1133257, entendeu por fixar a indenização por danos morais no valor de 50 mil reais, evidenciando assim uma baixa punição ao Estado. Enquanto isso, quando a situação envolve celebridades, a punição é diversa, como por exemplo o caso envolvendo a atriz Glória Pires e seu marido, o músico Orlando Morais, em que diversos meios de comunicação espalharam que o referido casal estaria se separando, pois, a filha da atriz (Cléo Pires), na época com apenas dezesseis anos, estaria tendo um caso com Orlando Morais.

Depois de tudo esclarecido, Glória, Cléo e Orlando ingressaram com ação de indenização por danos morais contra os meios de comunicação que espalharam a notícia e ganharam. A indenização fixada pela 13ª câmara cível, sob a apelação cível de nº18327/00, pelo TJRJ foi de R$ 200.000,00 para Glória Pires, R$ 100.000,00 para Orlando Morais e de R$ 300.000,00 para Cléo Pires. Portanto, comparando ambos os casos, a imagem de uma pessoa famosa chega a valer mais que a vida de uma criança anônima.

Estes são apenas alguns dos casos em que se evidencia a falta de um critério seguro para a determinação do *quantum* indenizatório. Em determinados momentos se conferem indenizações justas e se busca desestimular o ofensor a praticar o ato, porém em outras vezes tal concepção é completamente abandonada, o que acaba por banalizar o instituto.

Cumpre ressaltar os dados da pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que apresentou a lista das 30 empresas mais acionadas nos Juizados Especiais Cíveis (JEC) do estado do Rio entre os anos de 2005 a 2011. A empresa Telemar/Oi foi a "vencedora" por seis anos consecutivos; o que possibilita uma dedução a partir desses dados, utilizando-se tão somente o raciocínio lógico, no sentido de que, por mais que tenha havido condenações, as punições à empresa não foram suficientes ao ponto de melhorarem os serviços fornecidos, desestimulando a reincidência.

Além disso, segundo pesquisa coordenada pelo professor Mário Scheffer, da Faculdade de Medicina da USP - FMUSP, as ações judiciais em face dos planos de saúde no Estado de São Paulo cresceram de forma exponencial entre 2011 e 2016. As ações na primeira instância aumentaram 631%, enquanto que na segunda instância houve um crescimento, no mesmo período, de 146%, comprovando assim o fato de que a má prestação do serviço é uma prática rotineira e que por mais que essas empresas sejam condenadas, a conduta ainda compensa. Tais números somente corroboram a certeza dos autores do presente ensaio no sentido de que se por acaso existe uma pretensa indústria do dano moral é porque essa sociedade movida pela ganância e a sede do lucro fácil fornece matéria-prima às *mãos* cheias.

Uma possível resposta para esta questão está vinculada a adoção pelos aplicadores do direito do caráter punitivo e exemplar na fixação das reparações dos danos extrapatrimoniais, como ferramenta indispensável de proteção aos direitos e garantias individuais constitucionalmente protegidos. Entretanto, o caráter punitivo no Brasil enfrenta o seguinte paradoxo, segundo Moraes (2007, p.33): "Deve-se punir o ofensor, mas não a ponto de enriquecer a vítima", visto que nesse caso, a vítima estaria recebendo mais do que a compensação do dano demandaria.

A solução para se evitar o enriquecimento ilícito e garantir maiores punições seria a criação legislativa de um fundo de reparação que atenda aos interesses públicos, o que já existe em algumas legislações, como por exemplo o artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/80). Nesse caso, o causador do dano seria condenado a pagar duas indenizações: uma equitativa para a vítima, levando-se em conta a sua realidade econômica e social, e outra mais elevada direcionada ao fundo, ajustando assim a função reparatória com a desestimuladora, além de atender ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

5. A reparação por danos e a sua natureza jurídica nos EUA

De forma inicial, é essencial demarcar a inexistência da figura do dano moral nos Estados Unidos como concebida no Brasil. Como já fora mencionado ao longo desse estudo, a cultura norte-americana trata o sujeito como indivíduo, o que garante um tratamento mais igualitário pela lei e que afasta os privilégios pessoais, além de receber forte influência do protestantismo, este que valoriza a igualdade e não condena a busca pelo enriquecimento e, portanto, se comporta de maneira diferente dos países influenciados pelo catolicismo, religião na qual se enxergava a busca pelo lucro como um pecado e possuía pensamentos mais sensíveis à ideia de dignidade.

Sendo assim, o bem a ser tutelado nos Estados Unidos é de cunho material/físico. Ao construir um afastamento dos bens que integram a personalidade como fundamento da reparação, somente se torna passível de indenização os casos em que a lesão seja material ou nas situações em que a lesão à personalidade resulte em um prejuízo físico ou de caráter financeiro. Em razão disso, o solo se encontra fértil para a implantação dos *punitive damages*[3].

Segundo Andrade (2009, p.188), apesar de seu primeiro registro ter ocorrido na Inglaterra, mais especificamente no *Statue of Coucester*, em 1278, foi nos Estados Unidos que os *punitive damages*, seguindo a tendência dos países da *Common Law*, que adotavam as jurisprudências como principal fonte do Direto, é que o modelo de reparação adquiriu maiores proporções e prestígio, chegando a serem admitidos em quarenta e cinco dos cinquenta estados norte-americanos.

De acordo com Moraes (2007, p.33), não há na aplicação do *punitive damages* qualquer preocupação com o enriquecimento da vítima, o qual, antes, é pressuposto. Tal situação ocorre nos Estados Unidos, pois lá se tem a indenização punitiva como justificativa para que se realize alguns objetivos próprios da cultura da sua sociedade.

Moraes (2007, p.34) ainda indica que o *punitive damages* tem por objetivo: punir o ofensor pelo seu mau comportamento; evitar uma possível vingança por parte da vítima; desestimular preventivamente o ofensor e a coletividade de comportamentos socialmente danosos; além de remunerar a vítima pelo seu empenho na afirmação do próprio direito, através do qual se consegue um reforço geral da ordem jurídica.

Importante esclarecer que o *punitive damages* só se configura quando o ofensor age com dolo ou grosseira negligência. Além disso, Moraes (2007, p.35) aponta que no sistema da *Common*

---

[3] Os *punitive damages* também podem ser denominados por meio das expressões, não tão usuais como: *vindictive damages, punitory damages, speculative damages, immaginary damages, presumptive damages, added damages, smart Money, punies, penal damages ou retributory damages.*

Law, no qual o juiz pode criar a norma a ser aplicada ao caso sem que necessite se referir a fontes normativas, isto é, não dispõe o juiz de normas para punir os casos de culpa grave ou dolo, caberá então ao júri condenar o ofensor a pagar a vítima, além daquilo devido a título compensatório, uma soma muito superior àquela relativa ao ressarcimento, como uma indenização punitiva, com base no princípio de criação jurisprudencial.

5.2 O panorama norte-americano

Enquanto no Brasil os valores de indenização costumam ser incompatíveis com os danos causados, muitas vezes com valores ínfimos incapazes de garantir a plena satisfação da vítima, configurando também uma ineficácia na coibição de novas condutas lesivas e, por conseguinte, ocasionando uma grave insegurança jurídica, nos Estados Unidos, a situação se apresenta de outra forma.

A título de exemplo comparativo apresenta-se o caso Stella Liebeck v. McDonald's Corporation (Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994). A senhora Stella Liebeck (1994), de 79 anos, ingressou com uma demanda em face da rede de fast food, Mc Donald's, requerendo indenização pelo fato de ter adquirido no estabelecimento da referida lanchonete, via *drive – thru*, um café servido tão quente, que causou queimaduras em sua pele. O júri, considerando esse fato, e a existência de outras 700 reclamações acerca da temperatura em que o café era servido pela rede de *fast food*, recompensou-a com 160 mil dólares por danos compensatórios e 2.7 milhões de dólares por indenização punitiva. Em seguida, o juiz reduziu esse valor para um total de 640 mil dólares e, no final, as partes chegaram a um acordo por um valor não revelado.

Outro caso que chama atenção pelo alto valor da indenização punitiva envolve Gore Jr. (BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).) e sua ação movida contra a BMW, pelo fato de ter verificado que havia lhe sido vendido um veículo recondicionado como se fosse novo. O júri de Birmingham julgou procedente a ação e, além de deferir o pagamento de 4 mil dólares a título de danos compensatórios, fixou com o indenização punitiva a quantia de 4 milhões de dólares. Posteriormente, a BMW apelou da decisão e conseguiu a redução da indenização por danos punitivos para a quantia de 2 milhões de dólares.

Além desses casos, é relevante mencionar a punição definida pelo júri em 2016, na qual o lutador de *wrestling* Hulk Holgan processou o grupo Gawker Media (Hustler v. Falwell, __ U.S. __ , 108 S. Ct. 876 (1988), reviewing Falwell v. Flynt, 797 F.2d 1270) após vazamentos de vídeos no qual o mesmo tinha relações sexuais com Heather Clem. O júri decidiu que Hogan

seria beneficiado com 115 milhões de dólares por danos compensatórios, além de receber 25 milhões de dólares por danos punitivos.

Resta evidenciado que as altas indenizações fazem parte da cultura norte-americana, não havendo nada de ilícito nesse enriquecimento do ofendido tal como define o entendimento no Brasil. Portanto, tendo em vista essas circunstâncias, percebe-se que a ideia de reparação como forma de coibir a reincidência de práticas lesivas é mais facilmente adaptável ao sistema norte-americano, tornando assim o sistema jurídico mais eficaz nesse aspecto e, consequentemente, gerando uma maior segurança jurídica.

6. A "indústria do dano moral": um subterfúgio no Brasil e uma falácia nos EUA

A hipótese suscitada pelos autores da inexistência de uma "indústria do dano moral", a partir dos dados já fornecidos ao longo do estudo encontrarão respaldo e as justificativas tanto no aspecto cultural como nas singularidades de cada país.

No caso brasileiro, não é possível se falar em uma pretensa Industria do Dano Moral, na medida em que, apesar da falta de critérios objetivos e a imprevisibilidade das decisões estimular as aventuras judiciais, o baixo valor das indenizações e o modelo reparatório e pedagógico, amparados na ideia de enriquecimento indevido, consubstanciadas em um *modus operandi da bricolage* das determinações judiciais e o tratamento conferido pela lei ao sujeito, de acordo com as características pessoais, faz com que se beneficiem apenas aqueles que praticam o dano, o que acaba por resultar no fato de que a conduta lesiva ainda compense financeiramente e reafirme a situação histórica de desigualdade.

Por outro vértice, o que se percebe é uma lógica de autoridade que não dialoga com a segurança e igualdade jurídica e, consequentemente, uma trivialização do instituto pelo Estado, materializado na figura do Poder Judiciário. Ao não estabelecer uma função verdadeiramente punitiva nas indenizações pelos danos causados, ocorre, na realidade, o favorecimento da prática da conduta lesiva e a desvalorização da dignidade, o que nas palavras de Moraes (2007, p.52) se dá em razão de "um ambiente de indenizações a todo vapor, normalmente a baixo valor, aliado a loterias e enigmas" que resultam na desmoralização do dano moral, configurando a teoria de uma Indústria do dano moral, um mero subterfúgio para a perpetração de práticas ilícitas. Ou seja, uma sociedade demarcada pelas desigualdades sociais, com práticas que consagram a exclusão e os privilégios ao arrepio da lei, o que verdadeiramente se tem é muita matéria-prima em termos de danos.

Já nos Estados Unidos, também não é possível se falar na existência de uma pretensa indústria do dano moral. No caso norte-americano, o artifício utilizado no Brasil de que as indenizações

não podem gerar o enriquecimento da vítima, com a mera finalidade de ocasionar o desprestígio do instituto e reduzir o valor das indenizações, é insustentável em razão de suas peculiaridades culturais. Embora, existam críticas ao *punitive damages* por grupos de empresas e seguradoras dos EUA que alegam que prêmios por indenização punitiva exorbitantes elevaram o custo do negócio, não se pode negar que tal modelo garante uma maior eficácia na prestação dos serviços e a consequente redução do número de litígios.

Ademais, tais críticas não prosperam, visto que, conforme já demonstrado, as elevadas indenizações conferidas pelo *punitive damages* não são condenadas pela cultura local. Em um país no qual a lei destina um tratamento igualitário aos seus cidadãos, isto é, o sujeito é tratado como indivíduo, somado ao fato de adotar a *common law*, o que não restringe a responsabilidade civil à função reparatória, retirando o papel exclusivo de punição do Direito Penal e conferindo o mesmo papel ao juízo cível, além de uma cultura predominantemente protestante, não se pode falar em uma banalização do instituto pelo ofendido em busca do enriquecimento ou pelo poder público ao garantir as elevadas indenizações.

A situação norte-americana evidencia uma realidade na qual a busca pelos direitos e o decorrente enriquecimento dessa pretensão, não é condenável. Muito pelo contrário, a vítima deve ser remunerada pelo seu empenho na afirmação do próprio direito, através do qual se possibilita um reforço geral da ordem jurídica.

Sendo assim, enquanto que no Brasil, o instituto é banalizado pelo Poder Judiciário e pelas grandes empresas, não existindo uma Indústria do dano moral, em razão dos baixos valores indenizatórios, nos Estados Unidos, não é possível sequer falar em banalização, pois a busca pelo enriquecimento não é condenada, e, portanto, os elevados valores de indenização não configuram a formação de uma Indústria.

Considerações Finais

O diálogo entre as culturas possibilitou o entendimento de que elas exercem influência direta no mundo jurídico, mais especificamente sobre o tema abordado no presente artigo, que trata das questões atinentes ao dano moral no Brasil e nos Estados Unidos.

No Brasil, reputa-se a não existência de uma pretensa indústria do dano moral, na medida em que as indenizações concedidas pelo modelo reparatório e pedagógico são de baixo valor, amparados na ideia de vedação ao enriquecimento sem causa, o que em si configuraria a condição objetiva para a ocorrência caudalosa da existência inesgotável da matéria-prima do dano, do ato lesivo. Tal situação explica a presença constante das mesmas empresas no topo do ranking das mais acionadas no judiciário, não havendo qualquer manifestação dessas

organizações para mudar o cenário apresentado. Nesse caso, não há uma banalização do instituto pelos lesados, mas sim pelos ofensores, que se valem de um sistema jurídico que conserva uma Indústria da lesão. Uma possível solução para a questão brasileira com relação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e a busca por maiores punições, seria a criação legislativa de um fundo de reparação que atenda aos interesses públicos, o que já existe em algumas legislações, como por exemplo o artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/80).

Nos Estados Unidos, a Indústria do dano moral não existe por outros motivos. Como a busca pelo enriquecimento não é condenada, não existe a possibilidade de sustentação de argumentos que inviabilizem os altos valores de indenização concedidos pelo *punitive damages*. Além disso, existe um sistema jurídico que preza por uma aplicação segura da lei e que não impede a responsabilidade civil de ter uma função punitiva, retirando o papel exclusivo de punição do Direito Penal e conferindo a mesma função ao juízo cível.

Sendo assim, restou demonstrado que através da pesquisa comparada, antigos dilemas podem ser superados e novas concepções podem ser construídas, sempre devendo ter como finalidade a busca por um Direito mais justo e que esteja de acordo com as peculiaridades de cada país.

Referências

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ASCARELLI, Tullio. Osservazioni di diritto comparato privado brasiliano. In: **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1952.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 228244 – SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. 22.08.2000. **Pesquisa de jurisprudência.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 228244 – RJ. Rel. Min. Luiz Fux. j. 27.10.2010. **Pesquisa de jurisprudência.**

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 18327/00 – RJ. Rel. Gilberto Fernandes. j. 19.03.2003. **Pesquisa de jurisprudência.**

CANOTILHO, Joaquim José Gomes**. Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 363.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**.10.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/71693-tjrj-divulga-ranking-das-empresas-mais-acionadas-nos-jecs>. Acesso em: 25 mai. 2017.

COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1997

DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?.** Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1986.

ESTADOS UNIDOS. **Liebeck v. Mcdonalds Restaurants (1994)**. Disponível em: <http://www.jtexconsumerlaw.com/V11N1/Coffee.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2017.

ESTADOS UNIDOS. **Jury awards Hulk Hogan $25 million in punitive damages for posting sex tape (2016)**. Disponível em: < http://www.nytimes.com/1997/02/11/us/jury-decides-simpson-must-pay-25-million-in-punitive-award.html>. Acesso em: 26 mai. 2017.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **BMW of North America, Inc. v. Gore (1996)**. Disponível em: < https://www.usatoday.com/story/news/2016/03/21/jury-awards-hulk-hogan-25-million-punitive-damages-posting-sex-tape/82093604/>. Acesso em: 26 mai. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

HOGEMANN, Edna Raquel. Danos Morais e Direitos da personalidade uma questão de dignidade, in **Direito público e evolução social**, 2ª série, RJ:Lumen Juris, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IORIO FILHO, Rafael Mário. **Uma Questão da Cidadania: O Papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Tese de doutorado apresentado à Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: Um conceito antropológico**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LARENZ, Karl**, Metodologia da Ciência do Direito (Methodenlehre der Rechtswissenschaft),** trad. de José Lamego, 3a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais,** Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 3a. Tiragem.

MOURA, Paula. **Ações na Justiça de SP contra planos de saúde aumentam 631% desde 2011**. Disponível em: < https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/02/07/acoes-na-justica-de-sp-contra-planos-de-saude-aumentam-631-desde-2011.htm>. Acesso em: 25 mai. 2017.

OTERO. Paulo. **Legalidade e administração pública - O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade,** Lisboa: Almedina, 2003, p.217.

REVISTA VEJA. São Paulo. Edição n.1675, 15 de nov. 2000. Disponível em: <https://www.ajure.com.br/03052000/11/2000-11-16>.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.

WEBER, Max. **A Ética protestante e o espírito do capitalismo**. Traduzido por: Mário Moraes. São Paulo: Martin Claret, 2016.