



**TEORIA DO DESESTÍMULO: UMA LEITURA À LUZ DO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

**DISCOURAGEMENT THEORY: A READING IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN
LEGAL SYSTEM**

Paulo Vinicius Franciscato da Silva¹
Adriane de Oliveira Ningeliski²

RESUMO

No Ordenamento Jurídico brasileiro, o dano moral ganha uma reinterpretação à luz da Carta Maior, haja vista a elaboração e o aprimoramento de mecanismos jurídicos que possibilitem a efetiva proteção e promoção da Dignidade da Pessoa Humana. Por conseguinte, os direitos personalíssimos entram em pauta, posto que, em última análise, protegem e garantem esse axioma máximo. Neste cenário, exsurtem discussões sobre formas de promovê-la, ao mesmo tempo em que reparam o dano moral e direcionam uma função educativa e inibitória ao agressor. Os danos punitivos, sob o enfoque da teoria do desestímulo, portanto entram em voga, uma vez que fornecem um norte conciliatório desses vieses circundantes, em especial quanto à compensação e à pedagogia, almejados pelo Direito. A metodologia deste trabalho consistirá em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por intermédio do método dedutivo, posto que se analisa do contexto teórico geral para o particular, a fim de se alcançar uma conclusão sobre o assunto. Far-se-á, assim, análise da evolução social e jurídica quanto à resolução dos litígios, partindo para a influência da dignidade da pessoa humana, inclusive na temática dos direitos da personalidade, e, por fim, analisar-se-ão aspectos da responsabilidade civil, dos danos morais e dos danos punitivos, com atenção às divergências doutrinárias e jurisprudenciais, bem como aos nuances legais sobre o tema. O assunto é espinhoso e controverso, divergindo – e muito – a comunidade jurídica pátria sobre a sua (in)aplicabilidade. Apesar de fornecer um norte, faz-se necessário um maior amadurecimento, em especial com o cotejo dos princípios que norteiam o Direito Civil contemporâneo.

Palavras-chave: Danos Morais. Danos Punitivos. Dignidade da Pessoa Humana.

¹ Graduação, Universidade do Contestado, Mafrá, Santa Catarina, Brasil. E-mail: paulo_vfs@hotmail.com.br.

² Doutora e Mestre em Direito, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Pesquisadora da Universidade do Contestado. Santa Catarina. Brasil. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4864-3326>. E-mail: adriane@unc.br

ABSTRACT

In the Brazilian Legal System, moral damage is reinterpreted by the light of the Constitution, considering the elaboration and improvement of legal mechanisms that would enable the effective protection and promotion of the Dignity of the Human Person. Therefore, personal rights are on the agenda, since, ultimately, they protect and guarantee this maximum axiom. In this scenario, discussions arise on ways to promote it, while repairing the moral damage and directing an educational and inhibitory function to the aggressor. Punitive damages, from the perspective of the theory of disincentives, therefore come into vogue, since they provide a conciliatory north of these surrounding biases, especially regarding the compensation and pedagogy sought by the Law. The methodology of this work will consist of bibliographical and jurisprudential research, through the deductive method, since it is analyzed from the general theoretical context to the particular one, in order to reach a conclusion on the subject. Thus, an analysis of social and legal evolution will be made regarding the resolution of disputes, starting with the influence of the dignity of the human person, including the theme of personality rights, and, finally, aspects of the civil liability, moral damages and punitive damages, with attention to doctrinal and jurisprudential divergences, as well as legal nuances on the subject. The subject is thorny and controversial, diverging – and a lot – the homeland legal community about its (in)applicability. Despite providing a guide, greater maturity is needed, especially with the comparison of the principles that guide contemporary civil law.

Keywords: Moral damages. Punitive Damages. Dignity of human person.

Artigo recebido em: 25/07/2023

Artigo aceito em: 09/08/2023

Artigo publicado em: 11/11/2024

Doi: <https://doi.org/10.24302/acaddir.v6.4927>

1 INTRODUÇÃO

O dano moral é instituto que gera ávidos embates no cenário jurídico brasileiro. A releitura do próprio Diploma Civil, e conseqüentemente, dos danos anímicos à luz do manto da Carta Maior, deu-se com atenção a um aspecto: a dignidade da pessoa humana centra-se no Ordenamento Jurídico e impõe, assim, a elaboração e o aprimoramento de mecanismos jurídicos que lhe efetivem e promovam.

Neste cenário tão fértil de debates, o dano moral exsurge como um forte expoente de tal discussão, pois sendo, em última análise, instrumento de sua proteção e garantia, vem ganhando considerável enfoque doutrinário e jurisprudencial nas discussões que analisam se caberia, ainda, tão somente uma função compensatória

do Direito Civil ou se deveria se pautar o Ordenamento Jurídico numa função-além. Travestida de função pedagógica, sancionatória ou, até mesmo punitiva, vem, portanto, a teoria do desestímulo à baila para dar novas cores ao debate, posto que seu reconhecimento e aceitação pode implicar na almejada concretização da função-além do direito civil contemporâneo.

A metodologia utilizada no presente trabalho consistiu em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema, objetificando, portanto, compreender os posicionamentos existentes e a eventual maneira de sua projeção na prática forense, fazendo uso, portanto, do método dedutivo de pesquisa, posto que se analisou do contexto teórico geral para o particular, a fim de se alcançar uma conclusão.

Na primeira seção, far-se-á um panorama de como as sociedades evoluíram no tocante à solução dos litígios, bem como sobre a maneira que o próprio Direito aprimorou-se, para compreender, então, a influência da dignidade da pessoa humana e, por fim, a significância dos direitos da personalidade.

Na segunda seção, analisar-se-ão aspectos da responsabilidade civil, dos danos morais e, por fim, dos danos punitivos.

Por fim, ver-se-ão as considerações acerca dos danos punitivos, sob o enfoque da teoria do desestímulo, em especial no que atine às divergências doutrinárias, nuances legais e entendimentos jurisprudenciais, posto que as posições são diversas, os entendimentos conflitantes e o tema pouco regulamentado em Lei, de modo que apesar de fornecer um norte, ainda se faz necessário um maior amadurecimento, em especial com o cotejo dos princípios que norteiam o direito civil contemporâneo.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O ser-humano é um ser social, que desde os primórdios civilizatórios, conviveu em agrupamentos. Dada a evolução das relações interpessoais, a formação de sociedades se tornou algo inafastável, e, neste passo, conflitos sociais passaram a surgir, haja vista que, na medida da evolução de sua complexidade, igualmente complexos se tornaram os mais variados interesses individuais, impossibilitados de serem supridos pelos poucos recursos existentes para tanto – característica dos bens que lhes agrega valor e anseio de obtenção (GONÇALVES, 2020, p. 303-305).

Desta feita, sendo poucos os referidos recursos materiais, exsurtem, como corolário dos próprios multifacetados interesses humanos, litígios pessoais, que acarretavam lesão(ões) a um ou a todos os envolvidos naquele conflito – lesões estas que exigiam uma resposta social. Surgia, assim, a necessidade de uma solução, ou seja, a busca de uma medida social que pudesse punir os transgressores e pacificar a sociedade.

Do exposto, muito se modificou na história das civilizações quanto às soluções adotadas para tanto. Entretanto, pode-se apontar, para fins deste trabalho, certos pontos de destaque, que serviram como base para alicerçar o que se tornou a Justiça Pública – aquela exercida pelo Estado para pacificar os conflitos sociais: em um primeiro momento, falou-se na autotutela, pela qual o(s) indivíduo(s) realizavam a justiça mediante uso da própria força; em um segundo momento, passou-se à forma embrionária da heterocomposição, que hoje muito se assemelha à arbitragem, pela qual os litigantes escolhiam um terceiro, em regra, autoridade mística da comunidade, para resolver o conflito e dar uma resposta ao problema travado; por fim, e com a formação de sociedades mais complexas, bem como com a criação de Poderes centralizados que regiam as vidas em sociedade, passou o Estado a assumir para a si a função de pacificação da sociedade, resolvendo o conflito por meio de um terceiro togado para tanto (WAMBIER; TALAMINI, 2020, p. 34-35).

Entretanto, em que pese as consideráveis distinções existentes entre as referidas modalidades de solução das lides, é fato que foram aprimoradas à luz das teorias jurídicas que circuncidavam os Ordenamentos Jurídicos existentes às épocas e locais, corroborando, assim, e em última análise, com a regular manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, posto que, ao assumir o poder-dever de pacificar a sociedade, mediante o firmamento do contrato social com seus cidadãos³, criou-se, aperfeiçoou-se e sedimentou-se, em menor ou maior grau, a ideia de que a Justiça podia ser alcançada pela aplicação da lei, ou melhor dizendo, sendo feita a Justiça e aplicada a punição ao transgressor, dar-se-ia por satisfeito o cidadão,

³Para Rosseau (2011, p. 25), a necessidade de o ser-humano deixar o estado primitivo a fim de não perecer levou à criação do contrato social, caracterizado por uma reunião de forças conjuntas focalizadas em achar uma forma de sociedade que protegesse a pessoa e os bens de cada sócio, obediente a si mesmo e tão livre como antes.

integrante da sociedade. Sobre o tema, aliás, confira-se os ensinamentos de Delfino e Rossi (2008, p. 84-88):

[...] é pouco apenas aplicar a lei num procedimento adequado e participativo, sendo igualmente relevante e indispensável atuar essa mesma lei numa dimensão constitucional, legitimando-se, assim, e de forma completa, não só a decisão judicial, senão a própria atividade jurisdicional [...] Não é crível pensar-se no Judiciário como um mero repetidor de leis [...] é pouco atribuir à jurisdição a tarefa ordenadora. Mais que isso, deve-se conferir a ela uma função transformadora, voltada à realização do conteúdo material da Constituição, em especial aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Mas não só, posto que não somente a ideia de Estado e de punição evoluíram, mas também a própria elaboração, estudo, análise e interpretação do Direito. Assim, e síntese, sabe-se que vigorava até o século XX, o positivismo jurídico, corrente filosófica que dava primordial importância à lei, instrumento firme o bastante para albergar todas as situações possíveis de concretização prática, com forte repulsa aos elementos valorativos (BITENCOURT, 2021, p. 114-115). Não fosse o bastante, via-se o legislador como detentor de uma razão ilimitada e quase clarividente, influenciada pelos movimentos revolucionários norte-americano e francês, bem como pela consagração da separação das atividades estatais e da valorização dos ideais iluministas, que acabava por ser, ao fim e a cabo, capaz de regular “toda espécie de solução normativa para conflitos, não só existentes no momento presente, mais ainda, no futuro daquela sociedade” (FERNANDES, 2021, p. 180-181).

Contudo, e com o transcorrer do tempo, viu-se que o positivismo caía, em certa medida, em falha, posto que a norma posta não era possível de albergar, com perfeição, todas as possíveis relações jurídicas perpetráveis em uma sociedade tão dinâmica que, tão celeremente, modificava-se com o passar dos anos (BITENCOURT, 2021, p. 131-132), de modo que se exigiu, assim, uma reformulação do positivismo clássico, a fim de compatibilizar a interpretação a ser feita pela pessoa togada, para tanto, a segurança jurídica que a norma posta proporciona na vida em sociedade e a inserção de elementos que servissem como meios-termos no diálogo entre a total discricionariedade e a total rigorosidade da norma escrita.

Surge, assim, o pós-positivismo, que reinterpreta o direito inserindo, dentre suas diversas mudanças jurídico-filosóficas, especial relevância aos princípios,

elementos normativos que servem como instrumento de interpretação, aplicação e ponderação dos textos legais. Confira-se:

Na civil law, modelo em que se enquadra o Brasil, o primado é da lei positivada. [...] [Porém,] O direito é fato, valor e norma. O texto escrito da lei, em si, pouco representa. O seu significado não é meramente extraído, mas construído, definido, [...] a partir da letra da lei [...], [...] dos valores sociais, políticos, econômicos e culturais reinantes na sociedade. [...] Esse fenômeno [...] intensificou-se a partir da Segunda Guerra Mundial - até mesmo como uma reação ao fato de que um ordenamento positivado tenha se prestado a legitimar atrocidades como as praticadas pelo regime nazista. Estabeleceram-se sistemas de Constituições rígidas e se multiplicaram as normas com caráter principiológico e (ou) que empregam conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, de modo que, cada vez mais, a definição do sentido e alcance do comando normativo depende da consideração particularizada dos valores reinantes na sociedade (WAMBIER; TALAMINI. 2020, p. 737).

Ou seja, da imposição de uma releitura do positivismo clássico quanto à abstração das leis, por conseguinte inseriram-se novas cores à análise dos próprios conflitos e, conseqüentemente, dos danos, bem como de sua(s) forma(s) de reparação.

Dentre tais princípios irradiantes, erige-se um ao vetor máximo do Ordenamento Jurídico pátrio, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana. Tal princípio exerce inimaginável influência na própria (re)leitura dos danos e da sua reparação, mas não só, posto que implicou uma (re)interpretação e (re)leitura de todas as demais normas jurídicas existentes no Ordenamento Pátrio.

Pela Dignidade da Pessoa Humana, vista à luz da refinação filosófica de Kant, que viu o homem como detentor de um “valor íntimo” que lhe tornaria um fim em si mesmo (WEYNE, 2012, p. 84), pode ser sinteticamente definida como a possibilidade de a pessoa se autodeterminar, relegando ao Estado e à sociedade, como um todo, o dever de primarem e garantirem o respeito e o cumprimento de tal elemento norteador (FERNANDES, 2021, p. 353-355), sob pena de incorrer em violação à norma mais importante elencada pelo Constituinte Originário.

Ou seja, é meta-princípio em que se exige que “a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma” (FERNANDES, 2021, p. 350-351) não se esquecendo, contudo, que direitos e princípios não são absolutos, admitindo ponderação de sua extensão, posto que os direitos fundamentais e os princípios são enxergados como valores, e não

como direitos propriamente ditos, o que se reflete, em última análise, na aplicabilidade parcial e na medida da sua possibilidade (FERNANDES, 2021, p. 387).

Desta base introdutória, dois pensamentos fulcrais são primordiais para o ingresso no assunto dos direitos personalíssimos: a reinterpretação e reanálise das normas através da já conhecida, debatida e explorada na doutrina pátria da teoria do Direito Civil-Constitucional, e a compreensão da tríade principiológica que permeia e alicerça toda a construção do vigente Código Civil.

Isso porque, adotando o vigente Ordenamento Jurídico, a aceção de que a Constituição Federal se encontra no núcleo de todo o arcabouço jurídico, irradiando suas normas para os demais diplomas legais, por óbvio, a leitura dos dispositivos civis foi refeita à luz dos axiomas da Carta Magna, em especial, da dignidade da pessoa humana (TARTUCE, 2019, p. 83).

Não é desconhecimento, aliás, que o Código Civil, durante muito tempo, ocupou posição equivalente à própria Constituição. A regulamentação da vida particular, a ideia de paridade nas relações interpessoais e o respeito à autonomia da vontade possuíam tamanha relevância jurídica que se falava em três princípios basilares para o antigo Diploma Civil: autonomia da vontade, da liberdade de contratar e do *pacta sunt servanda* (RODRIGUES, 2013, p. 179).

Não é à toa que se apontava possuir referido Diploma Normativo um caráter “extremamente individualista e conservador, além de privilegiar o sujeito de Direito como titular de um patrimônio imobiliário” (RODRIGUES, 2013, p. 179), o que reforça, justamente, a ideia de que o Direito Civil de outrora se propunha quase tão somente a regular as relações privadas, e não a aderir a uma função-além. Não fosse o bastante, dava-se especial relevância à primazia técnico-legislativa, fortemente influenciada pelo Positivismo Jurídico, pelo qual o requinte das normas postas seria o bastante para solucionar as litigiosidades surgidas na vida em sociedade (RODRIGUES, 2013, p. 179; AMARAL, 2005, p. 6).

A guinada adveio, contudo, com a normativa trazida pelo Código Civil de 2002, o qual, atento às dificuldades vivenciadas na prática pelo antigo diploma civil, baseou sua regulamentação legal em três novos axiomas: socialidade, eticidade e operabilidade (TARTUCE, 2019, p. 91).

Pela operabilidade, deu-se atenção ao sistema das janelas abertas (TARTUCE, 2019, p. 88), “conceituadas como janelas abertas deixadas pelo legislador para

preenchimento pelo aplicador do direito, caso a caso” (TARTUCE, 2019, p. 89). Ou seja, muitos institutos jurídicos passaram a ser valorados no caso concreto, ao invés de friamente regulados e delimitados em lei, primando-se, assim, a sua efetividade prática, e não a clareza linguístico-legislativa.

Lado outro, a eticidade impôs uma releitura das relações firmadas entre as partes sob o manto da boa-fé. Os indivíduos, assim, na vida em sociedade e nas relações firmadas com terceiros, deveriam agir de forma proba, atentando-se às noções de lealdade, transparência, colaboração e segurança⁴.

Por fim, e não menos importante, posto que é a base do vigente Direito Civil, deixou de ser o Diploma Civilista um instrumento de regulação tão somente das relações travadas entre particulares. Em verdade, adquiriu caráter social, atento às consequências à vida em sociedade, à manutenção de uma relação de cooperação dirigida à busca do bem comum (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2021, p. 507). Não é por outra razão, aliás, que se submeteu ao manto normativo da Carta Maior, recebendo sua irradiante influência na releitura e reanálise de suas normas.

Eis que há se falar, assim, no Direito Civil-Constitucional, ou seja, na releitura do Diploma Civil à luz das normas constitucionais, centrado na pessoa humana – e, portanto, na sua proteção - e no atendimento da função social de suas normas à sociedade⁵.

Assim, em virtude dos acontecimentos vivenciados na Grande Segunda Guerra Mundial, precisou-se pensar em mecanismos que dessem especial segurança e proteção à pessoa humana (CARVALHO NETO; FUGIE *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 211). E dentre tais mecanismos, surgem os direitos personalíssimos, pensados e elaborados como o instrumento de proteção basilar para o pleno e escorreito exercício dos direitos fundamentais, o que, por conseguinte, possibilitaria a construção da vida digna, através da autodeterminação que ambas as normas, em cotejo, buscariam propiciar às pessoas (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 223).

⁴ “Através da técnica das cláusulas gerais, transformando-se o ordenamento privado em um sistema aberto e poroso, capaz de captar o universo axiológico que lhe fornece substrato [...], o princípio da eticidade será concretizado principalmente nas cláusulas gerais da boa-fé, função social, abuso do direito, equidade e bons costumes”. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2021, p. 508)

⁵ “O Direito Civil Constitucional [...] representa a resignificação dessas categorias, desses conceitos fundamentais, criados ao longo de milênios, para atender a uma sociedade em mudanças [...], que é de ser um Direito de todo o povo, e não apenas de um segmento do povo” (LÔBO, 2014, p. 19-20).

Há, contudo, que se atentar ao detalhe de que são direitos que buscam garantir um mínimo existencial à pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 213-214), de modo que se fundam, portanto, na denominada cláusula geral de proteção da personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 253), pela qual se abre a “formulação de uma hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos” (ENGISCH, 1996, p. 228-229, apud MATTIETTO, 2017, p. 21), simplificando a busca de respostas às diversas situações subjetivas nas quais se faz necessária a proteção da personalidade (MATTIETTO, 2017, p. 23).

Nesta senda, posto que não se pretende tecer pormenorizadamente uma análise aprofundada de cada instituto - tarefa impossível, se considerar sua vasta aplicabilidade jurídica -, impende ressaltar que se dividem tais direitos em cinco taxativos grupos, que comportam, em seu bojo normativo, situações quase infinitas a serem valoradas e enquadradas à luz do caso concreto (ou seja, há rol exemplificativo), quais sejam: vida, intimidade, imagem, honra e nome (TARTUCE, 2019, p. 161).

Não fosse o bastante, são dotados, ainda, de caracteres que os diferenciam dos demais direitos, justamente por fazerem relação a uma esfera tão íntima do ser humano, como bem delinea Farias, Rosenvald e Braga Netto (2021, p. 219-220):

Além da característica da indisponibilidade relativa, [...] os direitos da personalidade trazem consigo outras marcas registradas [...]: o caráter absoluto, a imprescritibilidade, a extrapatrimonialidade e a vitaliciedade. [...] a extrapatrimonialidade consiste na insuscetibilidade de apreciação econômica dos direitos da personalidade, ainda que a eventual lesão possa produzir consequências monetárias (na hipótese, a indenização por dano extrapatrimonial, comumente chamado de dano moral). [...] São valores existenciais e, por conseguinte, não são susceptíveis de aferição monetária, de um valor patrimonial. Entretanto, uma vez ocorrendo uma violação a esses valores da personalidade, [...] surge a possibilidade de reparação do dano moral caracterizado, como forma de compensar o prejuízo imposto à vítima e sancionar o lesante, inclusive com o caráter educativo (preventivo) de impedir novos atentados.

Para tanto, porque melhor se enquadra na análise do tema, limitou-se o trabalho a analisar o dano punitivo, quando muito, sob o enfoque do instituto da honra, posto que mais comumente é discutido nas demandas reparatorias que abarrotam os

escaninhos judiciais⁶. Há de se fazer, contudo, uma prima ressalva: a análise da honra não retira a importância das demais categorias, tampouco importa afirmar que não possam ser atingidas, de igual maneira, pelas lesões. Não obstante, a análise à luz de um instituto não retira sua aplicabilidade aos demais, posto que a essência permanece intocada.

Nesta senda, a honra, vista sob o enfoque do “prestígio social do seu titular” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 316), projeta-se, portanto, em dois âmbitos: objetivo e subjetivo. Assim, pela honra objetiva, cinge-se ela à impressão, ou melhor, “à reputação que terceiros (a coletividade) dedicam a alguém” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 317), ao passo que a honra subjetiva diz respeito ao íntimo, ou seja, à possibilidade de a pessoa sentir-se digna consigo mesma, o que “tangencia o próprio juízo valorativo que determinada pessoa faz de si mesma. É a autoestima, o sentimento de valorização pessoal, que toca a cada um” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 317).

Por óbvio, percebe-se que todos esses conceitos abordados, embora diferentes, casam-se a fim de compor todo um arcabouço jurídico que regula o tema, protegendo o indivíduo de terceiros e garantindo sua autonomia existencial e, não menos importante, uma vida digna e satisfatória, a qual, em caso de ultraje, certamente gera abalo à honra íntima, e dá ensejo, portanto, ao dano moral.

3 DANOS MORAIS VERSUS DANOS PUNITIVOS

Viu-se na seção prima que os direitos da personalidade existem por uma razão: servir como um dos instrumentos essenciais à garantia e à promoção da dignidade da pessoa humana. Assim, para melhor analisar o tema, abordar-se-á de forma sintética o assunto em três etapas: responsabilidade civil, dano moral e, por fim, dano punitivo.

O Código Civil, ao tratar da responsabilidade civil, define expressamente a forma de sua caracterização, e para tanto, três ou quatro requisitos necessitam estar cumulativamente preenchidos, quais sejam: conduta, dano, nexos causal entre ambos

⁶O Conselho Nacional de Justiça, em janeiro de 2023, liberou uma listagem da qual os maiores litigantes são instituições financeiras (CNJ, 2023). Do exposto, considerando que em demandas desse jaez normalmente se discutem contratos bancários, caso haja lesão personalíssima, falar-se-á, normalmente em honra, por razão lógica do que se discute.

e, por fim, um elemento subjetivo – requisito (in)dispensável a depender de a hipótese “responsabilizatória” ser objetiva ou subjetiva (SCHREIBER, 2020, p. 875). Veja-se:

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

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

[...]

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A situação, no ponto é clara e prescinde, para os fins deste trabalho, de maiores digressões, posto que não se pretendeu tecer detalhada análise de seus multifacetados desdobramentos. Importa aclarar que sua caracterização não se dá somente com o ato ilícito, conduta (c)omissiva e voluntária que viole mandamento legal (SCHREIBER, 2020, p. 320), mas também com o abuso de direito, compreendido como “aquele que supera os limites ou os fins econômicos e sociais do próprio direito subjetivo exercido” (SCHREIBER, 2020, p. 322).

Não fosse o bastante, a culpa, ou o elemento subjetivo, caracteriza-se quando presente o dolo ou culpa, consubstanciado aquele na intenção e este na inobservância de um dever jurídico de cuidado, ou seja, uma conduta negligente e/ou imprudente (SCHREIBER, 2020, p. 876). Ressalte-se, aliás, que o Brasil, historicamente, não adota graus de culpa para a análise da responsabilidade civil (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2021, p. 626), bastando, para tanto, a sua presença, posto que a intensidade se relega ao direito penal (SCHREIBER, 2020, p. 876). Não menos importante, caso apresente disposição legal expressa (VENOSA, 2003), dispensa-se sua aferição, situação em que se falará na responsabilidade Civil Objetiva.

Por fim, o dano é elemento indispensável (SCHREIBER, 2020, p. 884), da mesma forma que a conduta e o liame causal, por expressa dicção legal, também o são. Visto como lesão a um interesse juridicamente protegido (SCHREIBER, 2020, p. 884), projeta-se em dois vieses: de um lado, será patrimonial quando for passível de valoração econômica (SCHREIBER, 2020, p. 884), ao passo que será moral quando

incabível de valoração econômica (extrapatrimonial, portanto), atingindo os denominados direitos da personalidade⁷.

Do exposto, importa compreender que quando há violação ou lesão a um direito da personalidade, surgem os denominados danos morais. Isto é, incorrendo outrem em prática de determinada lesão a um dos róis anteriormente mencionados na seção primária, exsurtem os danos personalíssimos ou morais, que se dividem em danos morais estéticos (lesão à imagem, intimidade e integridade física e/ou vida) e danos morais específicos (honra) (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 242).

Contudo, premissas iniciais se fazem necessárias para melhor dirigir a construção da presente pesquisa acadêmica: o dano moral é lesão a direito da personalidade, e não indenização (ANTUNES, 2009, p. 172). Não fosse o bastante, o Brasil adota a ideia de que a indenização será medida pela extensão do dano (art. 944 do Código Civil), o que, em tese, retiraria a possibilidade de uma função-além, posto que, por expressa previsão legal, caberia falar tão somente, e quando muito, na redução do quantum, e não na sua majoração (art. 944, parágrafo único).

Não fosse o bastante, e conforme já alinhavado noutro momento, os direitos da personalidade são dotados de diversos caracteres que se lhes assemelham aos direitos fundamentais. Dentre eles, há a extrapatrimonialidade que importa dizer que é algo insuscetível de apreciação pecuniária (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2021, p. 219-220). Seu valor, em verdade, é de tamanha importância, que a pecúnia se torna incapaz de comprá-lo, garanti-lo ou fornecê-lo.

Ou seja, por intermédio da ideia de que o direito personalíssimo é despido, portanto, de valor pecuniário, incorrendo outrem em lesão a tais direitos tão íntimos, gera-se um dano moral. A vítima de tal lesão, buscando a punição do transgressor, procura o Poder Judiciário, oportunidade na qual requer a fixação de uma indenização apta a ressarcir-lhe o abalo anímico vivenciado. Com o comando sentencial, há título

⁷ Os direitos da personalidade trazem consigo [...] o caráter absoluto, a imprescritibilidade, a extrapatrimonialidade e a vitaliciedade. [...] a extrapatrimonialidade consiste na insuscetibilidade de apreciação econômica dos direitos da personalidade, ainda que a eventual lesão possa produzir consequências monetárias (na hipótese, a indenização por dano extrapatrimonial, comumente chamado de dano moral). [...] São valores existenciais e, por conseguinte, [...] uma vez ocorrendo uma violação a esses valores da personalidade, independentemente de causar prejuízo material, surge a possibilidade de reparação do dano moral caracterizado, como forma de compensar o prejuízo imposto à vítima e sancionar o lesante (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2021, p. 219-220).

executivo judicial hábil à execução, pelo qual pode a vítima, agora denominada exequente, executá-lo e ver sua pretensão satisfeita ao menos pecuniariamente.

Contudo, a ideia de indenização na medida do dano, apesar de ser expressa em lei, adquire coloração especial quando se fala no dano moral. Isso porque se estima uma monta, já que é impossível valorá-lo concreta e exatamente (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2021, p. 219-220). Assim, tal preceito legislativo expresso (art. 944 do Código Civil) é reinterpretado à luz da doutrina e da jurisprudência, de modo que os critérios elencados para a fixação da monta possibilitam um arbitramento dinâmico à luz do caso concreto⁸ e, não fosse o bastante, inserem, inclusive, elementos de majoração na forma de sanção (SCHREIBER, 2020, p. 893), a qual, em última análise, confunde-se entre compensação e punição (SCHREIBER, 2020, p. 894).

A doutrina e jurisprudência, em verdade, vão além, e acabam por inserir elementos pedagógicos e/ou sancionatórios (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2021, p. 220), surgindo, assim, uma função-além da tão somente compensatória do dano sofrido.

O Direito não podia ficar inerte às litigiosidades sociais, não podia tão somente incumbir-se da função reparatória em um caráter compensatório, ideia criada e reiterada na prática forense que se projeta até os dias presentes, sem considerar, a contento, que não é sua única maneira de reparação⁹, posto que sua reinterpretação e reanálise deve dar-se sob a ótica da teoria do Direito Civil-Constitucional, que ampliou e reforçou o arcabouço jurídico nacional sobre o assunto.

Não fosse o bastante, e no que atine, especialmente, aos danos morais, diversas questões entram em voga, que tornam o embate ainda mais complexo e de difícil solução. Isso porque, sendo o direito fruto das relações e, conseqüentemente, dos conflitos sociais, servindo, portanto, como instrumento de regulação da vida em

⁸a doutrina e a jurisprudência têm procurado fixar critérios para a quantificação do dano moral, entre os quais se destacam (a) a gravidade do dano, (b) a gravidade da culpa, (c) a capacidade econômica do ofensor e (d) a capacidade econômica do ofendido” (SCHREIBER, 2020, p. 892),

⁹“Sabemos – diante da tão conhecida plasticidade da responsabilidade civil – que tratar de suas funções é caminhar em terreno pantanoso. [...] trataremos, brevemente, das funções reparatória, punitiva e precaucional. Veremos que não há um isolamento entre essas três funções. [...] Aliás [...] não estão, até hoje, suficientemente claras” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2021, p. 646)

sociedade¹⁰, deve proporcionar medidas que garantam não somente uma função reparatória à vítima, mas também socioeducativa para que determinado ilícito não venha a se repetir.

Não menos primordial, a função reparatória não pode servir como instrumento de enriquecimento indevido, sob pena de transformar a máquina do Poder Judiciário em forma proporcionadora de lucro¹¹, ao invés de construção jurídica que busca dar cumprimento às normas constitucionais e garantir, na medida do possível, a pacificação social¹²¹³.

Surge, assim, um árduo dilema acerca do assunto: se por um lado, faz-se necessário propiciar a função reparatória à vítima, que, indubitavelmente, e em muitos casos, realizar-se-á apenas pecuniariamente, fica dificultoso imaginar como seria possível adequar o exposto às ideias de vedação ao enriquecimento indevido, da promoção da função socioeducativa buscada pelo Direito e da indenização na medida do dano vivenciado. O estudo, assim, da denominada teoria do desestímulo, aplicada no âmbito dos danos morais, vem aclarar, de certa maneira, a questão.

Por meio da supracitada tese, que tem estado em voga nos debates doutrinários e jurisprudenciais, reinterpreta-se o sentido que se deu, na prática, à punição dos danos morais: se é lesão a um direito da personalidade que afeta, portanto, a autopromoção da vida digna, verifica-se a possibilidade de quantificá-lo e repará-lo, em cotejo, e na medida do possível, com o caráter pedagógico, com a vedação ao enriquecimento indevido e com atenção à disposição legal do art. 944 do Código Civil, que fulcra que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Seus entusiastas sustentam, assim, que há de se pensar em mecanismos para não somente reparar o dano, mas exercer, de igual maneira, a função socioeducativa pretendida pelo Direito para reprimir a repetição de tais condutas lesivas (RANGEL, 2016). Neste norte, portanto, a referida teoria, de origem norte-americana (RANGEL,

¹⁰“O ilícito é um conceito fundamental. Conceito fundamental é aquele sem o qual não há condição de possibilidade de um sistema jurídico. Sem ilícitos não se constrói um ordenamento jurídico” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2021, p. 439).

¹¹“a responsabilidade civil apenas indiretamente promove a remoção do enriquecimento” (SILVA, 2016, p. 10)

¹²“o juiz deverá quantificar o dano moral de acordo com o ditado pelo bom senso. [...] Não fixa a lei, de modo expresso e sistematizado, quais os critérios a serem utilizados” (ANTUNES, 2009, p. 173).

¹³“a jurisdição é atividade destinada a dar atuação concreta ao ordenamento, inclusive às próprias normas constitucionais. Assim, o direito processual abrange a disciplina do próprio modo de efetivação da Constituição. Daí [...] a Constituição tutela o processo para que o processo proteja a Constituição e o ordenamento como um todo” (WAMBIER; TALAMINI, 2020, p. 54).

2016), apresenta uma tentativa de conciliar e solucionar tais dilemas enfrentados, hoje, no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Tal espécie de indenização entra em voga nas ações condenatórias, eis que pretendem os litigantes o arbitramento de recomposição pecuniária para o abalo anímico supostamente vivenciado, e caracterizam-se, assim, como uma forma de indenização punitiva pela qual o indivíduo seria compensado com uma quantia econômica superior ao dano “verdadeiramente” sofrido, visando, assim, punir e dissuadir pela exemplaridade da punição (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16). Ou seja, exerceriam, efetivamente, um caráter pedagógico em prol da sociedade, mesclando, assim, caracteres civis e penais (JEREISSATI; MENEZES, 2016, p. 233), posto que não só compensam o dano, mas punem e se projetam para a sociedade, da mesma maneira que a teoria da pena, em seu espectro preventivo geral negativo, propõe-se a fazer (BITENCOURT, 2021, p. 162-163).

O dano punitivo, assim, oferece um norte. A teoria do desestímulo, como sugere seu nome, atua como elemento dissuasório à reiteração de condutas ilícitas ou abusivas, o que, em última análise, e se aplicada a contento, possibilita a pacificação social pela exemplaridade da punição. Melhor dizendo, o caráter pedagógico da indenização projetar-se-ia beneficentemente perante a sociedade, inibindo a reiteração das condutas indevidas. Sua (in)aplicabilidade, contudo, levanta diversas questões, as quais serão apreciadas na seção última deste trabalho.

4 TEORIA DO DESESTÍMULO: COMPATIBILIZAÇÃO E (IN) APLICABILIDADE

Como já observado, os danos punitivos, também denominados teoria do desestímulo, são aqueles aplicados de forma punitiva ao transgressor de um direito personalíssimo, visando, em verdade, atribuir um caráter pedagógico à indenização que se projetaria beneficentemente perante a sociedade.

A sua aplicação, contudo, levanta questionamentos, justamente por albergar elementos penais. Eis uma das razões, portanto, pela qual sua adesão no vigente Sistema Jurídico encontra impasse, posto que se exigiria previsão legal e ampla para tanto, em vista que tal função não caberia, em verdade, ao direito civil (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 65; SILVA, 2016, p. 8).

Contudo, e por outro lado, aponta a doutrina existir aplicabilidade em hipóteses previamente reguladas em lei, de modo que se possibilitaria, portanto, sua efetivação prática. Como fortes expoentes de sua regulamentação legal, apontam os estudiosos os institutos da multa contratual e astreintes (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 66) e da repetição em dobro do indébito (ALMEIDA, 2005, p. 2).

Não fosse o bastante, há expoente doutrinário que aventa referida modalidade indenizatória só ser cabível em se tratando de responsabilidade subjetiva para desestimular o ato ilícito, posto que na responsabilidade civil objetiva, far-se-ia ausente a valoração do grau de culpa do infrator (JEREISSATI; MENEZES, 2016, p. 258). Tal acepção, contudo, encontra descompasso ao entendimento adotado pelos Tribunais, posto que tendem a aplicar a função punitiva e/ou pedagógica às ações regidas pela responsabilidade civil em sua modalidade objetiva¹⁴ e, não fosse o bastante, o Código Civil não exige na análise da responsabilidade civil a valoração da culpa do agente, divergindo, no ponto, a doutrina quanto à (des)necessidade de sua aferição (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2021, p. 626).

Por fim, há que se advertir, ainda, que só restaria possível sua aplicabilidade quando “as *compensatory damages* forem insuficientes como resposta à repreensível conduta do ofensor, hipótese em que a este devam ser impostas outras sanções” (JEREISSATI; MENEZES, 2016, p. 236).

Vê-se, do exposto, que o tema é deveras controvertido. Inexiste regulamentação legal e há diversos posicionamentos distintos sobre o tema. Entretanto, e independentemente do viés doutrinário adotado, é convergente o posicionamento no sentido de que é possível sua efetivação prática, desde que previamente regulado em lei. Não obstante, há respaldo jurisprudencial acerca de sua concretibilidade, aplicado, na praxe, como instrumento valorativo do *quantum* indenizatório¹⁵ ou como instituto autônomo a ser acrescido no comando sentencial.

¹⁴ A título de exemplo, confira-se: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - SAQUES INDEVIDOS - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO -- FRAUDE - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA -RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CDC - DANO MATERIAL COMPROVADO - DANO MORAL CONFIGURADO - 'QUANTUM'. (TJMG - Apelação Cível 1.0479.16.009780-0/001, Relato r(a): Des.(a) Domingos Coelho, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13 nov. 2019, publicação da súmula em 20 nov. 2019).

¹⁵ Não é desconhecimento, aliás, que o Superior Tribunal de Justiça tem seguido a linha de sua aplicação, agregando à função compensatória elementos punitivos, em especial na majoração do quantum indenizatório. Seus critérios para tanto, baseiam-se no “grau de culpa do ofensor; a condição econômica de quem causou a lesão; e, o ganho obtido por conta da prática do ilícito” (JEREISSATI; MENEZES, 2016, p. 252).

Há, contudo, de se ater à ideia almejada pelo Direito Civil-Constitucional, posto que o Direito não pode ficar adstrito a dogmas pretéritos, que se limitam a recompor na esfera civil e destinar à *ultima ratio* penal¹⁶ a punição dos “meros” abusos aos direitos extrapatrimoniais. Há de se atentar à função social que o Direito Civil exerce hodiernamente na sociedade. Há de se atentar, também, à função que cabe ao âmbito penal. Há de se buscar, inclusive, mecanismos viáveis na prática para realizar a pacificação social. Há de se olhar a norma posta sob o manto da ponderabilidade, conjugando os valores existentes no cenário jurídico e dando interpretação com base nos princípios norteadores do Ordenamento Jurídico. Enfim, há de se pensar em mecanismos hábeis à real e correta punição, sem subverter o dano punitivo a um mero e novo elemento a ser utilizado pela “indústria do dano moral”.

Dessa linha de raciocínio quanto aos danos materiais e danos morais, ambos reparáveis sob um prisma pecuniário, ao menos dois mecanismos podem ser apontados para tanto: a tutela específica (art. 497 e ss. Do Código de Processo Civil) e a valoração da lesão moral à luz da dignidade da pessoa humana.

Registre-se, aliás, que o segundo instrumento é conceito jurídico indeterminado¹⁷ que obsta e dificulta o estabelecimento de critérios legais para a fixação de quantias a serem indenizáveis, posto que apesar de o Código Civil prever a existência e aplicabilidade dos danos morais, não há extensa e pormenorizada regulamentação legal sobre o tema. Veja-se:

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

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

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

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

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

¹⁶O Direito Penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação da lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator (NUCCI, 2019, p. 88).

¹⁷Isto é uma técnica utilizada pelo legislador para, ao fornecer algumas indicações genéricas, fazer com que o juiz, ao aplicar a regra jurídica, possa dentro do sistema positivo e codificado, determinar em cada caso o perímetro e o contorno das determinações legais” (ABREU, 2020, p. 5)

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei [...] (BRASIL, 2002).

Assim sendo, o dilema já aventado retorna ao centro do debate, posto que se pode questionar como concretizar a falada função pedagógica, em vista que os danos punitivos, na forma hoje aplicados, não solucionam os impasses abordados.

Como já visto, os danos punitivos podem oferecer solução para tanto sem implicar, necessariamente, em nulidade do comando sentencial. Isso porque, apesar de o art. 944 impor que a indenização far-se-ia tão somente até a monta do dano, há precedentes judiciais autorizando interpretação em sentido contrário, aplicando, inclusive, à sua maneira, os *punitive damages*, seja sob o manto da majoração da indenização, na figura da função pedagógica (JEREISSATI; MENEZES, 2016, p. 241), ou sobre a roupagem dos próprios *punitive damages*.

Tal aspecto perfilhar-se-ia com a ideia do Direito Civil-Constitucional, posto que deixaria de conceber o dano tão somente a um aspecto *inter partes*, projetando-se por meio dos princípios da socialidade e solidariedade para atingir e tutelar toda a sociedade, o que em tese, permite a reinterpretção da norma posta no art. 944 do Código Civil (JEREISSATI; MENEZES, 2016, p. 244-248).

Não obstante, a jurisprudência pátria, após reiterados anos de pedidos exorbitantes de danos morais que lotavam os escaninhos judiciais e pretendiam, em certos casos, apenas uma tentativa de enriquecimento, passou a adotar solução que não resolvia ao todo o problema: redução do *quantum* arbitrado a título de danos morais (ANTUNES, 2009, p. 176). Ou seja, a situação encontra mais um empecilho, fulcrado na mentalidade que se reitera na adoção sucessiva e continuada de medidas que, na prática, não solucionam a questão, como também não reparam o dano corretamente (MAGALHÃES, 2015, p. 10), isto é, não exercem a adequada função punitiva e, tampouco, proporcionam a socioeducativa função almejada pelo Ordenamento Jurídico, que deveria pacificar a sociedade e permitir o adequado convívio entre todos.

No ponto, assim sendo, apesar de ser vedado ao Juízo, no cenário brasileiro, a prolação de sentenças *citra*, *extra* ou *ultra petita*, é de rigor salientar que o Código de Processo Civil aborda mecanismos que permitem a aplicação da denominada tutela específica de ofício pelo Estado-Juiz.

Referida tutela específica permite ao Estado-juiz, como já dito, *ex officio*, adotar medidas que permitam atingir o real fim almejado pela parte¹⁸. Assim, diante de uma ação indenizatória, poder-se-ia cogitar o contorno de tais empasses já alinhavados, fixando, *v.g.*, três valores: danos morais, a fim de recuperar o abalo anímico vivenciado pela parte autora, danos materiais, com o fito de devolver eventuais montas dispendidas que lhe trouxeram prejuízo, e danos punitivos, com caráter lenitivo e socioeducativo destinado a evitar a reiteração do ilícito civil.

De tal noção, aliás, importa aclarar que sua adesão no cenário doutrinário nacional, quando do apontamento de formas de compatibilização, encontra, inclusive, noção que caminha em sentido semelhante. Veja-se (JEREISSATI; MENEZES, 2016, p. 256):

Rosenvald defende que se os danos tiverem natureza imediatamente difusa, 75% do valor deve ser destinado a Fundos que se voltem à proteção de interesses difusos e 25% em prol do particular. Acrescenta ainda que, quando a sanção civil buscar conferir uma resposta exemplar, por conta da ofensa a situações jurídicas existenciais contra ofensores que tenham potencial de ter comportamentos reiterados, 50% do montante há de ser destinado ao autor da demanda e os outros 50% a entidades beneficentes.

E não fosse o bastante, a jurisprudência pátria não destoa, existindo precedentes que discorrem sobre sua aplicabilidade:

APELAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PROTESTO INDEVIDO - TÍTULO PAGO - RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. [...] II - A fixação da indenização por danos morais pauta-se pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cuja finalidade é compensar o ofendido [...] e, por outro lado, desestimular o ofensor [...] (caráter punitivo da indenização - *punitive damage*). III - Na reparação moral o juiz leva em conta três fatores - o compensatório (1 - natureza compensatória do dano moral), o punitivo (2 - natureza punitiva individual do dano moral) e dano social (3 - natureza punitiva social do dano moral). Os dois primeiros fatores revertem em favor da vítima do caso concreto. Relativamente à natureza punitiva social do dano moral (*exemplary damage* ou teoria do desestímulo), que é facultativa e tem lugar na hipótese de práticas lesivas reincidentes, o valor irá para uma entidade beneficente, para realizar a função social da responsabilidade civil, o que faz com que o ofensor beneficie uma entidade assistencial e, fazendo-o, repense sua conduta.

¹⁸Tutela específica (no sentido adotado pela doutrina) consiste na proteção jurisdicional que visa a um bem jurídico que não o dinheiro (fazer, não fazer ou entrega de coisa). [...] Deferida a tutela para entrega de coisa, em decisão antecipatória ou final, e não cumprido o comando judicial no prazo fixado, o juiz, de ofício, adotará as providências para que ela seja efetivada [...]. E tudo isso se faz independentemente de pedido do autor. O juiz inicia a atuação executiva de ofício" (WAMBIER; TALAMINI, 2020, p. 503-504).

IV - O juiz pode destinar tal indenização a tais entidades, que, evidentemente, não fazem parte da relação jurídico-processual, inclusive de ofício, sem que a parte autora tenha requerido, porque a função social da responsabilidade civil é cláusula geral, norma de ordem pública, a bem da coletividade e possibilita que, em casos de práticas reincidentes que geram um dano individual, que repercute socialmente, se arbitre a referida indenização. V – Sentença mantida. [...] (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0701.07.205722-0/002, Relator(a): Des.(a) Antônio Bispo , 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10 maio 2012, publicação da súmula em: 17 maio 2012)

Outrossim, outras soluções, também, são apontadas como possíveis de resolver o impasse, a exemplo da Lei de Ação Civil Pública que reconhece a existência do dano moral coletivo e possibilita sua aplicação na forma já abordada (JEREISSATI; MENEZES, 2016, p. 257). Confira-se:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

[...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo

[...] VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos

VIII – ao patrimônio público e social

[...] Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, [...] reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais [...], sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (BRASIL, 1985)..

Vê-se, assim, que no Brasil, tanto os danos punitivos quanto os danos morais são reconhecidos como formas de compensação e/ou educação, sanção e/ou punição aos danos causados a uma pessoa.

Quanto aos danos morais, são aplicados pelo Poder Judiciário levando em consideração os princípios de proporcionalidade e razoabilidade, com a atenção de que cada caso deve ser analisado individualmente, considerando as circunstâncias específicas e os impactos sofridos pela vítima, a fim de não padronizar a forma de fixação a ser utilizada (ANTUNES, 2009, p. 175).

Quanto aos danos punitivos, a concessão no cenário pátrio é mais restrita em relação a outros países, como os Estados Unidos da América, em que o sistema de precedentes se posiciona mais favoravelmente à questão (SCHREIBER, 2020, p. 893-894), até porque surgida a teoria abordada naquele local (JEREISSATI; MENEZES, 2016, p. 233-234), diferentemente do Brasil, onde se tende a adotar uma postura mais conservadora, priorizando a reparação integral dos danos sofridos pela vítima.

As posições, assim, são diversas, os entendimentos conflitantes e o tema pouco regulamentado em lei. O amadurecimento teórico, compatibilizando-o aos princípios norteadores do Direito dos dias atuais se faz necessário, posto que fornece a teoria do desestímulo uma alternativa para um tema tão controverso no Brasil.

Urge salientar, aliás, que o tema, à sua maneira, vem ganhando corpo nos últimos anos na comunidade acadêmica nacional. E, apesar de haver certa resistência na sua adesão, conforme analisado anteriormente, há precedentes que direcionam formas de sua aplicação, seja em viés pedagógico, seja em viés punitivo, seja, inclusive, no cotejo de ambos os caracteres. Cabe aos estudiosos da área, bem como aos Tribunais, com a perspicácia que lhes orienta na aplicação e interpretação do Direito, observar tais questões, a fim de encontrar um ponto conciliatório para o nevrálgico ponto do embate, consubstanciado na (im)possibilidade de permitir ao Direito Civil do Século XXI essa função-além, orientada pela socialidade e em possível descompasso à norma do art. 944 do Código Civil, ou manter-se o dogma de outrora, limitando o Direito Civil à fria regulação das relações particulares perpetradas na sociedade brasileira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No território brasileiro, tanto os danos punitivos quanto os danos morais são devidamente reconhecidos como modalidades ressarcitórias e/ou educativas, bem como sancionatórias e/ou punitivas das agruras infligidas a um indivíduo.

Dentro do escopo deste trabalho, diversos conceitos distintos foram abordados, os quais se harmonizam a fim de edificar um arcabouço jurídico que regula de forma vasta o assunto, resguardando o indivíduo e assegurando a sua autonomia existencial, que, quando ultrajada, pode gerar um dano moral.

No contexto dos danos morais, despontam os danos punitivos, que são aplicados de maneira autônoma ou como incremento do quantum indenizatório auferido nas demandas condenatórias promovidas pelas partes litigantes, nas quais visam quantificação pecuniária para a lesão anímica vivenciada.

Defrontam-se, entretanto, controvérsias, uma vez que os punitive damages abrigam características cíveis e penais, desempenhando um papel pedagógico em prol da coletividade, de maneira similar à teoria geral negativa da pena, o que lhes

retiraria a aplicabilidade, por entender considerável parte da comunidade acadêmica nacional que o Direito Civil deveria restringir-se à regulação das relações particulares, e não a uma função-além que transmutasse referido ramo do direito àquilo que, em tese, caberia a outras áreas do Ordenamento Jurídico.

Vê-se, assim, que as posições são diversas e conflituosas. Não obstante, a temática carece de uma regulamentação legal mais abrangente, razão pela qual se faz mister o amadurecimento teórico com atenção aos valores do Direito hodierno.

Se cabia ao Direito de ontem recompor o dano, exige-se do Direito de hoje uma função-além da mera reparação, vigilante aos valores sociais, e se espera do Direito do amanhã a pacificação da sociedade.

Para tanto, é primordial não desconsiderar o idealizado pelo Direito Civil-Constitucional, que não mais se cinge a dogmas pretéritos; é importante, ainda, atentar-se para a relevante função social exercida pelo Direito Civil nos tempos atuais, bem como à necessidade de buscar meios práticos e viáveis para efetivar a tão sonhada pacificação social.

Não fosse o bastante, não se pode ignorar a análise da norma posta sob a égide da ponderação, que conjuga os valores existentes no cenário jurídico e dá interpretação à lei com base nos princípios norteadores do Ordenamento Jurídico.

Enfim, é preciso pensar em mecanismos que exerçam a correta punição, sem subversão dos danos punitivos em meros e novos elementos disponíveis à “indústria do dano moral”, e sim à sociedade, como vítima indireta de lesões que diariamente atingem seus mais diversos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Frederico do Valle. Conceito jurídico indeterminado e interpretação da lei: Há um poder discricionário do magistrado?. **Researchgate**, out. 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Frederico-Do-Valle-Abreu/publication/344754430_conceito_juridico_indeterminado_e_interpretacao_da_lei_ha_um_poder_discricionario_do_magistrado_undetermined_legal_concept_and_interpretation_of_the_law_is_there_a_discretionary_power_of_the_magistrat/links/5f8dff27299bf1b53e346b55/conceito-juridico-indeterminado-e-interpretacao-da-lei-ha-um-poder-discricionario-do-magistrado-undetermined-legal-concept-and-interpretation-of-the-law-is-there-a-discretionary-power-of-the-magistrat.pdf. Acesso em: 26 abr. 2023.

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 54, p. 161-172, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Artigos/10/Art42CDC.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2023.

AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 28, p. 51-80, 2005. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Codcivileoproblemadesuarealiza%C3%A7%C3%A3oFranciscoAmaral.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2023.

ANTUNES, Júlia Caiuby de Azevedo. A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, p. 169-184, jun. 2009. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322009000100009>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VETADO**) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil, Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça (Brasil)). **Grandes litigantes**. Brasília: CNJ, 17 jan. 2023. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 27 jun. 2023

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. Interpretação jurídica e ideologias: o escopo da jurisdição no Estado Democrático de Direito. **Revista Jurídica UNIJUS**, v. 11, n. 15, p. 67-90, 2008. Disponível em: <https://revistasdigitais.uniube.br/index.php/unijus/article/download/1039/1216#page=67>. Acesso em: 27 jun. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. v. 1. 18. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

JEREISSATI, Regis Gurgel do Amaral; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A indenização punitiva no direito brasileiro: requisitos e possibilidades a partir da metodologia do direito civil constitucional. **Prisma Jurídico**, v. 15, n. 2, p. 225-265, jul./dez. 2016. Doi: <http://dx.doi.org/10.5585/prismaj.v15n2.7030>.

LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Orgs.). **Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. Disponível em: <https://fda.ufal.br/pos-graduacao/mestrado-em-direito/documentos/publicacoes/artigos-do-professor-marcos-erhardt/livro-direito-civil-constitucional-a-ressignificacao-da-funcao-dos-institutos-fundamentais-do-direito-civil-contemporaneo-e-suas-consequencias>. Acesso em: 27 jun. 2023.

MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. Responsabilidade civil do estado por danos morais causados a presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas por superlotação prisional e condições desumanas ou degradantes de encarceramento e a imposição de medida reparatória não pecuniária, por meio da remição de parte do tempo de pena, em analogia ao Art. 126 da Lei de Execução Penal. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 4, n. 02, p. 138-150, 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/104/100/403>. Acesso em: 26 abr. 2023.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, v. 9, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/643/>. Acesso em: 26 abr. 2023.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Dos direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da pessoa. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 6, n. 16, p. 11-25, set./dez. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/335383845_Dos_direitos_da_personalidade_a_clausula_geral_de_protecao_da_pessoa. Acesso em: 13 jun. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0479.16.009780-0/001**. Relator(a): Des.(a) Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, Julgamento em: 13 nov. 2019. Publicação da súmula em: 20 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0701.07.205722-0/002**. Relator(a): Des.(a) Antônio Bispo, 15ª Câmara Cível. Julgamento em: 10 maio 2012, Publicação da súmula em: 17 maio 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

RANGEL, Talita leixas. A função punitiva da responsabilidade civil. **Conteúdo Jurídico**, 21 dez. 2016. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48283/a-funcao-punitiva-da-responsabilidade-civil>. Acesso em: 16 abr. 2023.

RODRIGUES, Lisia Carla Vieira. O código civil de 2002: princípios básicos e cláusulas gerais. ARAÚJO, Irapuã (Ed.). **10 anos do Código Civil**: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. v. 1. p. 179-194. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_179.pdf. Acesso em 27 jun. 2023.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. 5. reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2011. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/16096/material/DO%20CONTRATO%20SOCIAL%20ROSSEAU.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2023

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. **Civilistica.com**, v. 5, n. 2, p. 1-25, 29 dez. 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/627>. Acesso em 27 jun. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book.

VENOSA, Silvio de Salvo. A responsabilidade objetiva no novo Código Civil. **Migalhas**, 8 jan. 2003. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/916/a-responsabilidade-objetiva-no-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01 jul. 2023.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 1**: teoria geral do processo. 19.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 2**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 19.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WAMBIER, Luis Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 3**: execução. 17.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book.