

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ana Lúcia Seifriz Badia

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS E INDENIZAÇÃO PUNITIVA:
uma visão brasileira a partir do Direito comparado

Porto Alegre
2019

ANA LÚCIA SEIFRIZ BADIA

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS E INDENIZAÇÃO PUNITIVA:
uma visão brasileira a partir do Direito comparado

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem

Porto Alegre

2019

CIP - Catalogação na Publicação

Badia, Ana Lúcia Seifriz Badia
Danos Extrapatrimoniais Coletivos e Indenização
Punitiva: uma visão brasileira a partir do Direito
comparado / Ana Lúcia Seifriz Badia Badia. -- 2019.
236 f.
Orientador: Bruno Miragem.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2019.

1. Danos extrapatrimoniais. 2. Danos coletivos. 3.
Indenização punitiva. 4. Responsabilidade Civil. 5.
Direito Comparado. I. Miragem, Bruno, orient. II.
Título.

ANA LÚCIA SEIFRIZ BADIA

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS E INDENIZAÇÃO PUNITIVA:

uma visão brasileira a partir do Direito comparado

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Aprovada em: 12 de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Claudia Lima Marques - UFRGS

Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto

Prof. Dr. Fabiano Menke

À memória dos meus pais, Octávio Pinheiro Badia e Tereza Maria Seifriz Badia, pelo exemplo, pelo amor e dedicação que me devotaram durante as suas existências, estimulando as minhas iniciativas e sempre me dando o suporte essencial para as minhas conquistas, presentes no meu coração e na minha memória todos os dias da minha vida;

Ao Ricardo Luís Lenz Tatsch, meu marido, pelo amor, carinho e companheirismo no percurso das nossas vidas e, em especial, pelo apoio imprescindível para o desenvolvimento deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Talvez nenhum trabalho seja tão personalíssimo quanto a elaboração de uma dissertação. No entanto, há um produto final que é o resultado da colaboração de inúmeras pessoas.

Agradeço a ajuda do meu orientador, Prof. Dr. Bruno Miragem, pelas preciosas colocações, reflexões e orientações a mim dispensadas durante este período da minha vida acadêmica, sempre disposto a fornecer um pouco do seu tempo e da sua sabedoria em prol do aperfeiçoamento dos seus discentes;

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nas pessoas dos Profs. Drs. Claudia Lima Marques, Ricardo Antônio Lucas Camargo e Alfredo de Jesus Dall’Molin Flores, que sempre incentivaram os meus estudos, demonstrando a importância do aperfeiçoamento do conhecimento ao longo de nossas vidas, em especial, para o desenvolvimento de uma sociedade mais fraterna, justa e plural;

Meu agradecimento, pela compreensão e apoio à realização deste trabalho, ao Procurador Regional da República Maurício Pessutto, que permitiu o afastamento das minhas atividades profissionais no âmbito do Ministério Público Federal;

Agradeço, ainda, aos bibliotecários que me prestaram incansável apoio durante a realização da pesquisa essencial para a efetivação deste trabalho: Claudia Maria Lehnem Sanguin (Procuradoria Regional da República da 4ª Região – PRR4), Emerson Douglas Neves (Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS) e Jaqueline Buttelli (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJRS);

Agradeço ao corpo técnico da *Tarlton Law Library* – University of Texas School of Law pelo apoio que me deram na realização da minha pesquisa durante a minha estada em Austin/EUA, especialmente ao Mr. Joe Noel, Mr. Jonathan Pratter e Ms. Dana DeFebbo;

Por fim, agradeço as minhas colegas Luiza Moreira Petersen, Paula Cirne Lima e Renata Kretzmann pelo apoio e estímulo na realização deste trabalho.

Nossa vida espiritual não é um simples desenvolvimento do nosso ser, mas uma marcha para frente através de difíceis obstáculos; não é uma atividade criadora fácil num alegre voo do pensamento; é um trabalho penoso, mas também fecundo, que edifica uma realidade completa.

O espírito continuará superior, será o ponto de partida da associação e permanecerá no interior dum espaço de vida formado por ele; o inferior será tanto quanto possível transposto e, com o tempo, modificado, devendo, no interior deste espaço de vida, ajudar no desenvolvimento do superior, sem que, entretanto, venha a tornar-se igual a ele em valor.

Rudolf Eucken

(O sentido e o valor da vida. Rio de Janeiro: Delta, 1962, p. 147)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo discutir a aplicação da indenização punitiva no Brasil, em especial, nos chamados danos extrapatrimoniais coletivos, a partir de uma visão obtida no estudo do Direito comparado. Para tanto, é utilizado o método dialético, tendo como referencial teórico o funcionalismo, a fim de definir a finalidade da indenização punitiva nas sociedades de massas. Primeiramente, é realizado um estudo acerca da estrutura da responsabilidade civil em diferentes sistemas jurídicos: na França (em que há a utilização de uma cláusula geral de responsabilidade civil), na Alemanha (que utiliza um sistema intermediário: cláusula geral + tipificação), na Inglaterra e nos Estados Unidos da América (que usam um sistema de tipificação: para cada tipo de lesão há um tipo de ação). A indenização punitiva surgiu no Direito inglês e teve amplo desenvolvimento nos Estados Unidos da América, onde a Suprema Corte estabeleceu requisitos para a sua aplicação, principalmente em casos envolvendo questões ambientais e nos chamados ilícitos lucrativos. No Brasil, a indenização punitiva ainda encontra opositores, tanto na doutrina como na jurisprudência, principalmente em virtude da cultura codificadora, própria dos sistemas romano-germânicos. Com a evolução dos fundamentos da responsabilidade civil da culpa para o risco (responsabilidade subjetiva para responsabilidade objetiva) e com o surgimento do medo e da insegurança próprios das sociedades de massas, os chamados danos extrapatrimoniais, não apenas os de caráter individual, mas principalmente, os de caráter coletivo foram sendo aceitos, com a necessidade de formação de uma nova concepção a respeito das funções da responsabilidade civil e do Princípio da Reparação Integral. A reparação integral do dano busca a recomposição (a mais completa possível) da vítima ao estado anterior à lesão produzida, mas não apenas em termos de indenização (danos patrimoniais) e/ou compensação (própria dos danos extrapatrimoniais), mas objetiva também punir e dissuadir o autor da lesão a praticar atos semelhantes no futuro, a partir de uma nova postura do homem em frente à sociedade. É feito um exame da evolução dos danos extrapatrimoniais (imateriais) coletivos no país, tendo como marco diferencial a Constituição Federal de 1988, com a passagem de uma tutela exclusivamente patrimonial para uma tutela também existencial. Ainda, são examinadas duas espécies de danos extrapatrimoniais coletivos: os de natureza ambiental e os decorrentes da corrupção (que veio a ter a discussão fomentada, nas áreas civil e administrativa, a partir da edição da Lei nº 12.846/2013). Por fim, chega-se à conclusão de que embora não haja sistema jurídico perfeito, a aplicação da indenização punitiva no Brasil é não apenas possível, como também necessária, em busca de um sistema mais eficiente de responsabilidade civil. Tanto uma interpretação puramente dogmática, assim como uma interpretação teleológica ou, ainda, sistemática e valorativa (com base no Direito Civil-constitucional ou no Diálogo das fontes) do art. 944 do atual CC brasileiro permite a utilização da indenização punitiva no país, com a adoção de critérios científicos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Sistemas jurídicos. Danos extrapatrimoniais coletivos. Indenização punitiva.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the application of punitive damages in Brazil, in particular, the so-called collective damages (pain and suffering), based on a view obtained in the study of comparative law. For this, the dialectical method is used, having as theoretical reference the functionalism, in order to define the purpose of punitive damages in mass societies. First, a study is carried out on the structure of civil liability in different legal systems: in France (where there is a general civil liability clause), in Germany (using an intermediary system: general clause + typification), England and the United States (using a typing system: for each type of injury there is a type of action). The punitive damages emerged in English law and has a large development in the United States, where the Supreme Court has established requirements for its enforcement, particularly in cases involving environmental issues and in the so-called financial injuries. In Brazil, punitive damages still find opponents, both in doctrine and in jurisprudence, mainly because of the codifying culture, typical of the Roman-Germanic systems. With the evolution of the guilt to risk grounds (subjective liability for strict liability) and with the emergence of fear and insecurity typical of mass societies, so-called collective damages (pain and suffering), not only individual damages, but mainly those of a collective nature were accepted, with the need to form a new conception regarding the functions of civil liability and the Principle of Full Reparation. The full reparation of the damage seeks to restore (as complete as possible) the victim to the prior state to the injury produced, but not only in terms of indemnify someone (patrimonial damages) and/or compensation (own of pain and suffering damages), but also aims to punish and to dissuade the author of the injury from doing similar acts in the future, from a new posture of man in front of the society. An examination is made of the evolution of collective (immaterial) damages (pain and suffering) in the country, having as differential mark the Federal Constitution of 1988, with the passage of an exclusively patrimonial relief for also to existential relief. In addition, two types of collective damages (pain and suffering) are examined: those of an environmental nature and those resulting from corruption (which came to have a discussion promoted in the civil and administrative areas, as of Law n. 12.846/2013). Finally, it is concluded that although there is no perfect legal system, the application of punitive damages in Brazil is not only possible, but also necessary, in search of a more efficient civil liability system. Both, a purely dogmatic interpretation as well as a teleological or even systematic and evaluative interpretation (based on Civil-Constitutional Law or the Dialogue of Sources) of article 944 of the current Brazilian Civil Code allows the use of punitive damages in the country, with the adoption of scientific standarts.

Keywords: Torts. Judicial systems. Collective damages. Pain and suffering. Punitive damages.

LISTA DE SIGLAS

- ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
- BREXIT – Britain Exit (Saída do Reino Unido da União Europeia)
- BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
- BGH – Bundesgerichtshof (Suprema Corte Federal alemã)
- CCB – Código Civil brasileiro
- CDC – Código de Defesa do Consumidor (Brasil)
- CIDCE – International Center for Comparative Environmental Law
- CP – Código Penal (Brasil)
- CPC – Código de Processo Civil (Brasil)
- FCPA - *Foreign Corrupt Practice Act* (Lei de práticas contra corrupção – EUA)
- LACP – Lei da Ação Civil Pública (Brasil)
- LIA – Lei de Improbidade Administrativa (Brasil)
- NBW – New Burgerlijk Wetboek (Código Civil holandês de 1992)
- OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
- ONU – Organização das Nações Unidas
- PETL – Principles of European Tort Law (Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil)
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
- TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
- UNODC – Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 RESPONSABILIDADE CIVIL, DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E INDENIZAÇÃO PUNITIVA: UMA VISÃO NO DIREITO COMPARADO	15
1.1 A ESTRUTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS.....	16
1.1.1 O Sistema romano-germânico: França e Alemanha	17
1.1.1.1 A cláusula geral no Direito francês	18
1.1.1.2 O sistema híbrido no Direito alemão	27
1.1.2 O Sistema do Common law: os torts	35
1.1.2.1 O Direito inglês: a “cabeça de estirpe” do sistema	42
1.1.2.2 O Direito norte-americano e suas peculiaridades.....	50
<i>1.1.2.2.1 Os principais aspectos diferenciais em relação ao Direito inglês</i>	53
<i>1.1.2.2.2 A especial situação da Louisiana</i>	61
1.2 OS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS	65
1.2.1. O conceito e a caracterização do dano extrapatrimonial nos sistemas de Civil law e do Common law	68
1.2.1.1 As realidades distintas em países de Civil law: Alemanha e França	68
1.2.1.2 A visão nos países do Common Law: Inglaterra e Estados Unidos.....	76
1.2.2 A Indenização punitiva nos diferentes sistemas jurídicos	81
1.2.2.1 A sua difícil aceitação nos sistemas romano-germânicos: as reflexões feitas na França e na Alemanha quanto à aplicação do instituto	84
1.2.2.2 Os sistemas do Common law	89
<i>1.2.2.2.1 As origens no Direito inglês: pressupostos e aplicação</i>	90
<i>1.2.2.2.2 O seu desenvolvimento no Direito norte-americano: a sua aceitação diferenciada nos Estados da Federação americana e os pressupostos de acordo com o entendimento da Suprema Corte</i>	92
2 RESPONSABILIDADE CIVIL, DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS E INDENIZAÇÃO PUNITIVA: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	105
2.1 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL E A ACEITAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS	105

2.1.1 Os pressupostos da responsabilidade civil no país: as figuras da conduta e do nexo causal	106
2.1.1.1 A conduta e seus fundamentos: da culpa ao risco.....	106
2.1.1.2 O nexo causal e as Teorias para a sua aplicação.....	115
2.1.2 Dos danos extrapatrimoniais individuais aos danos extrapatrimoniais coletivos.	121
2.1.2.1 A evolução da figura do dano extrapatrimonial no país (antes e pós Constituição Federal de 1988).....	121
2.1.2.1.1 <i>Da tutela patrimonial à tutela existencial: a busca do Princípio da Reparação Integral</i>	127
2.1.2.1.2 <i>Os chamados danos extrapatrimoniais coletivos</i>	140
2.2 OS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA: REALIDADES CONCILIÁVEIS?	152
2.2.1 Algumas espécies de danos extrapatrimoniais coletivos	152
2.2.1.1 Os Danos ambientais.....	152
2.2.1.1.1 <i>A configuração do meio ambiente sadio como um direito fundamental na Constituição Federal de 1988</i>	156
2.2.1.1.2 <i>O direito ao meio ambiente sadio como um interesse difuso e sua violação como causa do dano extrapatrimonial coletivo</i>	159
2.2.1.2 Os Danos ocasionados pela corrupção.....	166
2.2.1.2.1 <i>A Lei nº 12.846/2013 e a possibilidade de reconhecimento da corrupção como causa de um dano extrapatrimonial coletivo</i>	169
2.2.1.2.2 <i>Críticas à função punitiva da indenização em vista de sua possível/desejada cumulação com outras formas de sanção</i>	178
2.2.2 Danos extrapatrimoniais coletivos e indenização punitiva: as realidades conciliáveis	181
2.2.2.1 Fundamentos para a sua aplicação no Brasil.....	182
2.2.2.1.1 <i>A ausência de enriquecimento sem causa (art. 944, parágrafo único, do CC) e a existência de previsão normativa</i>	182
2.2.2.1.2 <i>A aplicabilidade da indenização punitiva e critérios prospectivos para a sua adoção no país</i>	187
CONCLUSÃO	195
REFERÊNCIAS	217

INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil vem sofrendo inúmeras alterações, acompanhando as modificações da vida humana em sociedade, especialmente nos últimos dois séculos. Essas transformações são identificadas não apenas nos seus fundamentos, como também nas suas funções, merecendo especial destaque a questão atinente ao elemento dano, que também sofreu modificações em suas “versões tradicionais”, para sair da esfera puramente patrimonial (material) e incluir o dano extrapatrimonial (imaterial), não apenas na sua perspectiva individual, mas também coletiva e fazendo repensar as funções da responsabilidade civil no que tange à aplicação dos indenização punitiva.

O presente trabalho terá como objeto a figura da responsabilidade civil extracontratual, também chamada de responsabilidade extranegocial ou responsabilidade civil em sentido estrito (que muitos denominam de responsabilidade decorrente da prática de atos ilícitos ou responsabilidade aquiliana, o que não é efetivamente exato),¹ não se fazendo um exame a respeito da responsabilidade civil contratual (ou negocial), embora esta dicotomia esteja sendo muito questionada por autores da atualidade, principalmente diante das modernas diretivas da União Europeia,² mas ainda prevalecendo a clássica distinção dentro dos direitos

¹ Adota-se, no presente trabalho, a terminologia sugerida por Bruno Miragem, sendo o objeto específico deste estudo a responsabilidade civil em sentido estrito (aquela que, segundo o mestre gaúcho, “não pressupõe a existência de um negócio jurídico válido no qual conste o dever que, violado, deu causa à indenização”), chamando a atenção para o fato de que “não é correto, contudo, dizer-se responsabilidade civil por atos ilícitos”, porque a responsabilidade extracontratual, embora tenha como principal fonte a prática de atos ilícitos, a eles não se resume, podendo resultar de fatos lícitos. (MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 87-94).

² Nicolò Lipari aborda a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, dizendo que ela se funda “não imediatamente na natureza do interesse lesado, mas na existência ou não de uma relação anterior entre os sujeitos” (trad. nossa). No original: “La distinzione si fonda non già sulla natura dell’interesse leso, ma sull’esistenza o meno di una precedente relazione tra i soggetti”. Afirma o autor italiano que apesar dessa diferenciação, há algum tempo surgiram na doutrina discussões quanto à rigidez da distinção, o que foi confirmado, segundo ele, através das Diretivas da União Europeia, oferecendo como exemplo a responsabilidade nas relações de consumo, referindo que: “nas diretivas de fonte europeia, de fato, prescindem-se totalmente da consideração se entre o produtor e o consumidor existe uma relação obrigacional nascida de um contrato precedente. Aquilo que importa é o dano e a identificação do sujeito que deverá suportar o custo (produtor ou prestador de serviços), independente da individualização de uma relação obrigatória pré-existente” (trad. nossa). No original: “Nelle direttive di fonte europea, infatti, si prescinde del tutto dalla considerazione se tra il produttore e il consumatore danneggiato vi sia un rapporto obbligatorio nato da un precedente contratto. Ciò che conta è il danno e l’individuazione del soggetto che dovrà sopportarne il costo – produttore o prestatore di servizi, indipendentemente dall’individuazione di un preesistente rapporto obbligatorio”. No entanto, mais adiante, na mesma obra, refere que a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual é ainda útil, diante das peculiaridades do caso concreto. (LIPARI, Nicolò. *Le categorie del diritto civile*. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 195-200). No Direito brasileiro, no entanto, a distinção tem efeitos práticos e legais em relação a diversos institutos, tais como: a mora (por exemplo, na responsabilidade extracontratual, a mora flui a partir da data do ato ilícito - art. 398 do CCB, enquanto que na responsabilidade contratual a mora pode se dar a partir da citação – art. 405 ou da interpelação – judicial ou extrajudicial – art. 397, parágrafo único, do CCB), a prescrição; o ônus da prova, quanto à capacidade etc.

nacionais e do Direito comparado (fala-se, na *Common law*, em *law of torts* e *law of contracts*, como se verá adiante).

O desenvolvimento econômico e científico, marcado, principalmente, pela globalização e pela possibilidade de rápido e fácil acesso à informação, levou ao aumento dos riscos de danos e ao surgimento das chamadas relações de massa, em uma sociedade de riscos (segundo o sociólogo alemão Ulrich Beck)³ ou na chamada sociedade de informação (termo utilizado pelo sociólogo espanhol Manuel Castells).⁴

É na pós-modernidade que a responsabilidade civil precisa ser estudada a partir de uma visão do Direito Comparado,⁵ sendo de fundamental importância compreender os diferentes sistemas jurídicos e seus institutos para se verificar a aplicabilidade destes (ou não)

³ O sociólogo alemão Ulrich Beck (1944-2015), nos anos 80, chamou a atenção para a existência de uma “sociedade de risco”, criada pela rápida e moderna evolução da ciência e da tecnologia, aonde a produção de riquezas conduziu à assunção de diversos riscos com o surgimento de um sentimento cada vez mais presente: o medo. A partir desse medo, o homem busca a segurança como um fim precípuo, fazendo surgir uma sociedade “reflexiva” diante das rápidas e constantes modificações, sendo a ameaça sua maior preocupação. A sociedade caótica que se forma, segundo ele, deve-se à modernização, (o “vulcão civilizatório”), marcada pela globalização crescente e infinita. Ainda, na antiga sociedade de classes havia o ideal de igualdade (a preocupação com a necessidade de compartilhar, com a solidariedade); já na sociedade de riscos a palavra-chave é segurança (no sentido de “evitar que o pior aconteça”). Para este sociólogo, o homem vive com medo da ação danosa de terceiros, sendo esse medo mais assustador quando é disperso, fluido, realidade na qual estaríamos vivendo. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, em especial, p. 25-45 e 59-60.

⁴ O sociólogo espanhol fala em “sociedade de informação”, como aquela decorrente de novos riscos, da evolução rápida da tecnologia e da globalização, mas possui uma visão [segundo o entendimento da autora do presente trabalho] mais positiva do futuro e não tão sombria quanto a de Ulrich Beck, referindo que a economia global “é uma economia com capacidade de funcionar como uma unidade em tempo real, em escala planetária” e que “embora o modo capitalista de produção seja caracterizado por sua expansão contínua, sempre tentando superar limites temporais e espaciais, foi apenas no final do século XX que a economia mundial conseguiu tornar-se verdadeiramente global com base na nova infra-estrutura, propiciada pelas tecnologias da informação e comunicação”. Essa globalidade, segundo ele, envolve os principais processos e elementos do sistema econômico. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. 1, p. 111.

⁵ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, p. 24-40, jan. 1999. Neste artigo, o jurista e professor alemão faz uma abordagem a respeito do Direito comparado com base não apenas nos aspectos semelhantes entre os diferentes sistemas e ordenamentos jurídicos, mas evidenciando a necessidade de respeito às diferenças culturais existentes na pós-modernidade, com o ressurgimento da pluralidade como valor jurídico que precisa ser vivenciado, entendido como diferentes alternativas postas à disposição dos indivíduos, numa atitude de convivência e respeito dos contrapostos, ressaltando, ainda, a importância de se preservar a identidade cultural das minorias. Assim, o citado jurista e professor catedrático da Universidade de Heidelberg, lembrando a expressão utilizada pelo filósofo francês pós-moderno Jean-François Lyotard, refere que o respeito ao pluralismo não se trata apenas de “suportar o incomensurável”, mas de transformar o inconciliável em fonte de aprendizado, combinando esse pluralismo com uma “abertura dos sentimentos”. E, partindo dessa breve referência ao trabalho desenvolvido por Erik Jayme, a autora do presente estudo tem por escopo chamar a atenção para a necessidade de uma releitura na interpretação de valores e sentimentos no exercício dos direitos subjetivos e, também, na caracterização e desenvolvimento de diversos institutos jurídicos na pós-modernidade entre eles, especialmente, as figuras da responsabilidade civil e da indenização punitiva.

dentro de um determinado ordenamento jurídico. Isso revela uma necessidade de “diálogo entre sistemas”, ainda que estruturalmente diversos.⁶

Numa primeira parte, será feita uma abordagem sobre a estrutura da responsabilidade civil, os danos extrapatrimoniais e a indenização punitiva nos diferentes sistemas jurídicos (sistemas romano-germânicos, de *Civil law* ou de Direito continental e os sistemas de *Common law* ou de Direito ocidental), dando-se especial destaque às figuras no Direito francês (que teve uma influência decisiva na formação e na propagação da responsabilidade civil e do Direito Privado como um todo em diferentes regiões do mundo) e no Direito alemão, ordenamentos jurídicos integrantes do sistema romano-germânico que desempenharam, e ainda desempenham, um importante papel na formação do Código Civil brasileiro de 2002, ao lado do Direito português.⁷ E como essa sociedade de massas trabalha, especificamente, com os danos, em especial, com os chamados danos extrapatrimoniais coletivos e com a indenização punitiva?

Por outro lado, alguns institutos como os chamados *punitive damages* ou indenização punitiva tiveram a sua origem e o seu desenvolvimento nos países de *Common law*, respectivamente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, sendo o estudo do instituto imprescindível para uma compreensão atual das diferentes funções da responsabilidade civil, principalmente das chamadas funções punitiva e dissuasória. Não se pode defender (ou não) a aplicação de um instituto para um determinado ordenamento jurídico sem se conhecer as suas raízes.

Na segunda parte é feita uma abordagem da responsabilidade civil no Brasil, trazendo um panorama dos seus principais elementos estruturais (conduta ou atividade, nexos causal, nexos de imputação e dano), dando-se especial destaque para os chamados danos

⁶ A ideia de “diálogo de sistemas” (em Direito comparado) remete, no entendimento da autora do presente trabalho, à teoria do diálogo das fontes, elaborada pelo professor alemão Erik Jayme e difundida, no Brasil, por Claudia Lima Marques. Essa teoria constitui um método que permite conciliar valores de diferentes normas, ensejando uma aplicação coerente do Direito, tanto no Direito nacional quanto no Direito internacional. MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: _____ (Coord). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

⁷ O Direito português não será abordado, separadamente, no presente trabalho, apesar da grande influência que teve e que ainda desempenha no Direito civil brasileiro, em razão da similaridade entre os ordenamentos jurídicos dos dois países, o que se pode exemplificar a partir da leitura do art. 334 do Código Civil português de 1966 (com base no Direito grego), que serviu de modelo para o art. 187 do atual CC brasileiro de 2002, que trata dos atos ilícitos, uma das fontes do dever de indenizar, sendo a redação dos dispositivos normativos praticamente idêntica, conforme lembra Menezes Cordeiro. A respeito da influência do Direito português no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no Direito civil, veja-se MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil*. Parte geral: Exercício jurídico 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015. v. 5, p. 270; GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

extrapatrimoniais (amplamente reconhecidos no país após a Constituição Federal de 1988) e para os danos coletivos, que também são fruto da atual sociedade de massas. Dentro da realidade brasileira, é feito um estudo sobre duas espécies específicas de danos extrapatrimoniais coletivos: o chamado dano ambiental ou ecológico, reconhecido como um direito fundamental na Carta Magna vigente e os danos ocasionados pela corrupção, tão expressivos no atual e conturbado cenário político-econômico brasileiro.

A partir, então, de uma visão da estrutura da responsabilidade civil no Direito comparado e no Brasil, bem como dos chamados danos extrapatrimoniais coletivos e da indenização punitiva (mais desenvolvida no sistema da *Common law* e tão criticada, por diversas razões, em países que adotam o sistema romano-germânico, como o nosso) e, ainda, considerando a sociedade atual, seriam os danos extrapatrimoniais coletivos e as indenizações punitivas realidades conciliáveis?

Se sim, quais as razões que fundamentam essa resposta?

É o que desenvolveremos ao longo do presente trabalho.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL, DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E INDENIZAÇÃO PUNITIVA: UMA VISÃO NO DIREITO COMPARADO

Na pós-modernidade, cada vez mais, o estudo do Direito Comparado⁸ se torna imprescindível para que se possa compreender o Direito de um determinado ordenamento jurídico e fundamentar uma posição do jurista frente à aplicação (ou não) de um instituto originário do Direito estrangeiro.⁹ O estudioso do Direito não pode ter uma visão ptolomaica

⁸ O comparatista Leontin-Jean Constantinesco propõe, em sua obra, um interessante estudo acerca das origens, evolução e incertezas que permeiam o Direito comparado. Explica o autor, ao se referir à evolução do Direito comparado (na segunda parte da sua obra) que, no início, o que havia era “uma curiosidade ou interesse pelo direito estrangeiro”, o que não constituía, propriamente, o Direito comparado. Por isso, o comparatista, na sua exposição, não se ocupa da “comparação jurídica” na antiguidade grega ou romana ou, até mesmo, na Idade Média, por entender que são “comparações internas e empíricas”, recordando, apenas, no período anterior ao século XIX, sobre as contribuições de alguns precursores para aquilo que, mais tarde, viria a constituir o verdadeiro Direito comparado. Assim, o autor faz a seguinte divisão: primeiro período (1800-1850): o Direito comparado se confunde com o direito estrangeiro; segundo período (1850-1900): o Direito comparado representa uma justaposição de ordenamentos e terceiro período (1900-1950): o Direito comparado como uma comparação sistemática [período que se estende aos dias atuais]. Para um estudo detalhado acerca da evolução do Direito comparado, veja-se CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 73-257.

⁹ A esse respeito, ressalta expressamente Marc Ancel sobre “a utilidade atual e a metodologia da pesquisa jurídica comparativa”; afirmando que “veremos, com efeito, que a comparação dos sistemas e das instituições jurídicas nunca foi tão necessária quanto presentemente”, destacando o autor ainda que “esta comparação requer não apenas um único método, como por muito tempo pensava a doutrina comparativista, mas vários métodos possíveis”. Ainda, ele chama a atenção para o fato de que o que realmente importa não é determinar qual é o “melhor método”, mas sim fixar a contribuição que cada um pode oferecer. Continua ele referindo que há que se fazer uma análise científica dos diferentes sistemas jurídicos, o que envolve, num primeiro momento, “uma apreensão global do sistema” (dados históricos, condições sociais e econômicas etc.) e, em segundo lugar, tratando-se de sistemas jurídicos diferentes, há que ser feita “uma análise particular de cada um”, examinando-os em suas técnicas e estruturas próprias. Posteriormente, na mesma obra, ele fala sobre os métodos concretos da pesquisa comparativa, destacando a importância de “não se falar em método, mas sim em métodos do direito comparado ou da pesquisa comparativa”. Após afirmar que o método comparativo e o histórico são extremamente complementares, mostra a necessidade de que “após um estudo, legislação por legislação”, sejam confrontadas as soluções, “procurando as causas que as determinam” e que “um estudo sério do direito estrangeiro, objetivo e tão completo quanto o possível, é indispensável antes de toda a comparação propriamente dita”. Ainda, entre os métodos, Marc Ancel destaca o método funcional, o qual sintetiza da seguinte forma (ideia seguida na elaboração do presente trabalho): “para todo o caso concreto a resolver, se recorrerá aos dados comparativos concernentes à mesma hipótese jurídica, em outros ordenamentos”. No último capítulo da obra, o autor francês responde a pergunta inicial por ele formulada a respeito do atual significado do Direito comparado, destacando a internacionalização dos conceitos jurídicos; a tendência de se realizar uma harmonia entre os conceitos diversos, através do que chama de “uniformização progressiva dos conceitos de base”, com uma facilitação de pesquisa oferecida aos comparatistas, através da criação de organismos internacionais e da implantação do ensino do Direito comparado em diversos países. Também é mencionada a importância da proliferação universal de institutos comparatistas, oferecendo amplo acesso às fontes e informações precisas sobre o direito estrangeiro, com novos meios de investigação, via mecanização e automação, lembrando a relevância dos computadores, asseverando que “a informática vem em socorro do direito comparado”. Por fim, conclui o escritor, a respeito do futuro do Direito comparado: “O problema não é mais, como outrora, de procurar uma unidade subjacente de onde possa resultar, desde logo, a desejada unificação: trata-se de compreender a economia, o funcionamento positivo e o respectivo equilíbrio dos sistemas. É a isto que pode conduzir a pesquisa comparativa quando, conduzida segundo o método funcional, ela se torna no que chamamos às vezes de Direito comparado em ação”. E que esse “Direito comparado em ação” parece se orientar em três principais direções: a) evidenciar a importância que, ao lado do direito normativo, adquirem padrões, hábitos e, sobretudo, os costumes locais e profissionais nos

do mundo, impondo-se, ao revés, uma perspectiva copernicana da realidade (na medida do possível, considerando as limitações inerentes à natureza humana).¹⁰

O “grande tesouro” do Direito comparado não está, entretanto, nas semelhanças entre os sistemas e suas instituições jurídicas (cujo conhecimento também é imprescindível), mas na diversidade, nas diferenças, que fazem o jurista refletir e procurar uma solução para o problema ou, nas palavras de Leontin-Jean Constantinesco, “o método comparativo pressupõe a existência de ordenamentos jurídicos bem distintos, a consciência destas diferenças e a vontade de confrontá-los por meio da comparação”.¹¹

E é justamente dentro dessa perspectiva (semelhanças e diferenças) que se desenvolverá o objeto do presente estudo (responsabilidade civil e indenização punitiva), pois não se pode falar em aplicação (ou não) de indenização punitiva aos danos extrapatrimoniais coletivos sem que se entenda, inicialmente, a estrutura da responsabilidade civil em países de *civil law* e de *common law*, bem como sem refletir a respeito da concepção dos danos extrapatrimoniais nesses países e, de forma mais detalhada, sobre as origens e o desenvolvimento da chamada indenização punitiva.

1.1 A ESTRUTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS

Conforme destaca André Tunc, há três “tendências” que podem ser visualizadas em matéria de responsabilidade civil no direito comparado: a) a primeira chamada de “regra singular”, onde há uma cláusula geral de responsabilidade civil, correspondente a um princípio geral, que começou, inicialmente, com regras de dano para a propriedade, expandindo-se para outros tipos de danos, como ocorre no sistema francês (conceito unificado

diversos países; b) perceber as grandes correntes legislativas em sua ação internacional (o que chama de “prospectiva legislativa ou jurídica”) e c) ser expressão da cooperação internacional no plano jurídico. ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980, em especial, p. 15, 66-69; 121-122 e 127-142.

¹⁰ Conforme ensinam Carlos Ferreira de Almeida e Jorge Morais Carvalho, “comparação é a atividade que consiste em estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças, isto é, pesquisar e relacionar semelhanças e diferenças segundo um método adequado a um objetivo”. E, os professores portugueses, ao disporem a respeito das inúmeras funções do Direito comparado, destacam, entre elas, aquela que para eles seria a sua função mais nobre: a de cultura jurídica, referindo: “Mas o direito comparado é ainda meio de formação dos juristas em geral. Uma imagem sugestiva qualifica como ‘ptolomaica’ a concepção do profissional que só conhece a sua própria ordem jurídica e como ‘copernicana’ a perspectiva do jurista que alargou os seus horizontes através de uma visão comparativa do direito”, ressaltando que as concepções e as soluções do direito nacional “não são as únicas concebíveis e nem sempre são as melhores, a formação comparativa contraria as tendências para a autossuficiência e o chauvinismo, o isolacionismo e o provincianismo”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 11 e 19.

¹¹ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 70.

de responsabilidade); b) a segunda referente a um “pluralismo restrito”, adotado nos §§ 823 e 826 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil alemão), pois, embora em um primeiro momento, os alemães tenham defendido a criação exclusiva de uma cláusula geral, contemplando uma diversidade de situações, houve a enumeração de determinados interesses violados aptos a gerarem a obrigação de indenizar, criando-se, ainda, disposição específica relativa aos bons costumes (é o que o comparatista chama de “conceito pluralista restrito” de responsabilidade civil) e c) uma terceira existente nos sistemas do *common law*, como na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, referente a um pluralismo ilimitado, onde para cada tipo de lesão há uma ação, sujeita a requisitos específicos (que variam, até mesmo, entre os dois países).¹²

Vejamos a estrutura geral de cada uma dessas “tendências” de responsabilidade.

1.1.1 O Sistema romano-germânico: França e Alemanha

Os países de sistema jurídico romano-germânico, como o próprio nome sugere, têm as suas origens no Direito romano que, no entanto, foi marcado pelo casuísmo, impedindo a formação de um princípio geral de responsabilidade. O Direito romano nunca previu uma ação que abrangesse todo e qualquer dano. Foi Domat que, praticamente, idealizou a fórmula da cláusula geral da responsabilidade civil materializada, posteriormente, no antigo art. 1382 do Código Civil francês.¹³

Embora o presente trabalho não se constitua num estudo histórico dos diferentes ordenamentos jurídicos,¹⁴ algumas referências, por imprescindíveis a um melhor entendimento acerca dos seus respectivos fundamentos e evolução, serão feitas no decorrer do seu desenvolvimento.¹⁵

¹² TUNC, André. Introduction. In: _____ (Ed.). *International Encyclopedia of comparative law*. Torts. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1979, p. 3. v. XI, capítulo 2.

¹³ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171-218, p. 176.

¹⁴ Para um estudo acerca da evolução histórica do Direito Privado: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 136-197; PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Editorial Themis S.A., 2004, 99-133. Sobre a história do Direito romano e do Direito português. ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Lições de história do Direito romano, peninsular e português*. Coimbra: Almedina, 2016.

¹⁵ Cumpre lembrar, aqui, excerto de estudo realizado pelo jurista argentino *Mosset Iturraspe*, ao sintetizar as três diferentes concepções acerca da evolução da responsabilidade civil no sistema romano-germânico: a) uma concepção clássica ou romana, que via no dano a ruptura de equilíbrio entre as pessoas e, na sua reparação, o retorno da justiça; b) a moderna, desenvolvida entre os séculos XVII a XIX, recepcionada pelo *Code Civil* francês, que exige a presença da culpa e c) contemporânea, trabalhada nas últimas décadas, que tem como principal característica a atipicidade de suas hipóteses geradoras e a diversidade dos fatores de

Dentro dessa perspectiva, a influência do *Code civil* francês de 1804 foi inegável, dentro de diversos países europeus e, também, dentro da América Latina, Ásia e África, consoante se examinará a seguir.

1.1.1.1 A cláusula geral no Direito francês

A expansão militar (no caso, realizada por Napoleão, que ciente da importância dos seus Códigos, implantou o seu *Code civil* de 1804 em várias das terras por ele conquistadas como, por exemplo, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, boa parte da Itália e o que seria, no futuro, território da Alemanha ocidental) e a colonização surgiram como o meio de transporte para a divulgação dos direitos europeus nas comunidades colonizadas nas Américas e na África, sendo que, após a independência das antigas colônias, o direito nacional de cada país, em maior ou menor grau, incorporou os modelos de sistemas jurídicos de seus antigos colonizadores. Mas nenhuma outra Codificação foi tão influente quanto à francesa, tendo uma circulação¹⁶ internacional (primeiro pela Europa e, depois, pelo mundo) e representando um “verdadeiro modelo de Codificação”, que “acabou por influenciar, de modo indelével a

imputação, levando-se em consideração uma perspectiva menos individualista (a do “ter”) e mais solidária (a do “ser”). MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 13-14. t. 2.

¹⁶ A denominada “circulação dos modelos jurídicos” corresponde, segundo Eugênio Facchini Neto, à Teoria dos Transplantes Jurídicos da *Common Law*, desenvolvida por Alan Watson e conhecida, em inglês, pela denominação de *Legal Transplants*. No entanto, conforme alertado pelo próprio Alan Watson, uma regra jurídica transplantada é diferente na sua nova casa, ou seja, não é aquela mesma da origem, precisando de adaptações. Explica Facchini Neto: “Ultrapassado o período das colonizações e não havendo mais espaço, em nossos tempos, para conquistas militares, a razão que explica a contínua circulação de modelos é outra. Não se trata mais de uma ‘exportação’ desejada por países colonialistas ou imperialistas, mas sim de uma ‘importação’ buscada por alguns países, em busca de soluções jurídicas que se revelaram adequadas, econômicas, racionais, funcionais, em outras nações. Ou seja, trata-se de uma recepção voluntária por parte de um país, oriunda do prestígio do país exportador da solução importada”. E, mais adiante, afirma: “Ou seja, a importação de uma regra jurídica, de um instituto jurídico ou de toda uma tradição jurídica, não significa que, em seu novo *habitat*, aquela regra, instituto ou tradição funcionará da mesma forma como funcionava na sua origem. Em novos ambientes culturais, as regras e instituições costumam adaptar-se e sofrer mudanças que por vezes podem chegar à completa desvirtualização”. FACCHINI NETO, Eugênio. *Circulação de modelos jurídicos: o caso do Code Civil francês*. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito civil, internacional privado e comparado*. São Paulo: LEUD, 2014, p. 123-166, p. 126. Contudo, esta é apenas uma referência ao fenômeno da circulação dos modelos jurídicos (como chamam os franceses) ou à Teoria dos Transplantes Jurídicos (da *Common Law*) que, entretanto, não são objeto específico de estudo no presente trabalho. Para informações completas sobre a Teoria dos Transplantes Jurídicos, veja-se WATSON, Alan. *Legal transplants: An approach to comparative law*. 2. ed. Athens and London: University of Georgia Press, 1974. E para um estudo crítico sobre a Teoria dos Transplantes Jurídicos, veja-se BONILLA MALDONADO, Daniel. *Introducción. Teoría del derecho y transplantes jurídicos: la estructura del debate*. In: _____ (Org.). *Teoría del derecho y transplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 11-35. Disponível em: <<http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/03/dos-libros.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

cultura jurídica universal”,¹⁷ nas palavras de Eugênio Facchini Neto, fazendo uma apreciação das origens históricas do Direito francês e do que denominou de “demais códigos napoleônicos” (referindo-se à grande influência que o *Code Civil* francês exerceu sobre o Direito privado de diversos países, inclusive o Brasil).¹⁸

¹⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Circulação de modelos jurídicos: o caso do *Code Civil* francês. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito civil, internacional privado e comparado*. São Paulo: LEUD, 2014, p. 123-166, p. 126. Neste artigo, o professor gaúcho faz uma análise da grande circulação do modelo francês na Europa e da sua influência no Direito privado nos diversos países das Américas e da África, examinando as origens do Direito francês, desde o chamado *ancien régime*, passando pela Revolução Francesa até chegar ao *Code civil* de 1804, discorrendo, ainda, acerca de suas principais características. Ele começa pelo período da chamada Alta Idade Média e Baixa Idade Média – o *ancien régime*, mostrando que o Direito francês foi o resultado de uma simbiose entre o direito escrito do sul da França (de origem romanista) e o direito costumeiro do norte francês, fundado nos costumes germânicos e que mesmo com a queda do Império Romano, em 476, o direito romano permaneceu vigorando como o direito aplicável aos súditos de origem não germânica, em especial no reino dos visigodos (sul da França) e dos burgúndios. Explica que “isso fez com que o conhecimento do direito romano, adaptado e vulgarizado, não se perdesse de todo no sul da França” (ob. cit., p. 127-128), sendo que a região norte passou a ser conhecida como “país do direito costumeiro” (ob. cit., p. 128). Contudo, conforme lembra Facchini Neto, essa divisão não era tão rígida assim, não só porque os costumes germânicos eram conhecidos no sul da França, particularmente em Bordeaux e Toulouse, como também pelo fato de que no norte francês, o direito romano era invocado nas lacunas e omissões do direito costumeiro, havendo, além dessas duas fontes, a obra legislativa dos reis, denominada de *Ordonnances* (ordenações) e a doutrina (ob. cit., p. 129-130). Ainda, ressalta que quanto à doutrina, nos séculos XVII e XVIII, surgiram grandes juristas, que deixaram as suas marcas e notável influência no Direito privado francês quando da sua posterior Codificação, destacando as figuras de *Domat* (principal contribuição: a concepção de responsabilidade civil subjetiva, de *faute*, que deu origem ao anterior art. 1382 do Código Civil francês) e de *Pothier* (que tinha a notável característica de ser um “expert” tanto do direito romano quanto do direito consuetudinário, escrevendo inúmeras obras sobre propriedade, direitos reais, sucessões, matrimônio e direito obrigacional), sendo o seu livro mais famoso o *Traité des Obligations*, considerado “um modelo de tratado jurídico na Europa do século XVIII” (ob. cit., p. 131-132). Posteriormente, com a eclosão da Revolução Francesa houve uma verdadeira mudança jurídica, surgindo o período do chamado “direito intermediário”, que vigorou entre a primeira reunião da Assembleia Constituinte, em 1789, até a efetiva tomada do poder, por Napoleão Bonaparte, em 1799. Observa Facchini Neto: “Poucas vezes, na história da humanidade, um evento político teve uma repercussão tão devastadora, em espaço de tempo tão curto, quanto esse” (ob. cit., p. 132), em virtude de todos os rompimentos políticos, sociais e jurídicos, principalmente, como regime anterior francês. Então, com base nas ideias iluministas de Diderot, Voltaire e Rousseau, “o homem, entendido como ser racional e responsável, adquire, com o nascimento, o direito inalienável à liberdade de pensamento, de religião e de atividade econômica” (ob. cit., p. 134). Assim, um dos principais objetivos dos revolucionários franceses era, justamente, “a unificação do direito privado francês, com a edição de leis claras e simples” (ob. cit., p. 135). Com a tomada do poder por Napoleão, em 1799, foram por ele nomeados (e, também, depois foram afastados, por confrontarem suas ideias) juristas para a elaboração do Código Civil, sendo que, entre 1803 e 1804 foram submetidos à apreciação separadamente e aprovados, “sendo reunidos e promulgados em forma de uma lei única, em 31 de março de 1804, com o nome de *Code Civil des français*” (ob. cit., p. 138). Este Código, que mais tarde foi chamado de *Code Napoleon* e, depois, de *Code civil* (nome que permanece até hoje), baseou-se, conforme ressalta Facchini Neto, em quatro linhas mestras: “a) o direito romano, tal como sistematizado por *Domat* e *Pothier*; b) o direito consuetudinário, particularmente o *Coutume de Paris*; c) o direito consagrado nas grandes ordenações setecentistas e d) o direito jurisprudencial dos *Parlements*, especialmente o de Paris, de longe o mais influente” (ob. cit., p. 140).

¹⁸ Facchini Neto mostra o quanto o *Code Civil* francês influenciou o direito polonês, o Código da Romênia de 1864 e, com detalhes, os Códigos da Bélgica e de Luxemburgo, da Holanda (que teve suas origens no Código Civil francês, mas que, ao longo do século XX, foi se aproximando da cultura jurídica germânica e se afastando das origens francesas – em 1992, foi editado um novo Código Civil, chamado de *New Burgerlijk Wetboek* – NBW – que adotou soluções tanto do Direito francês quanto do alemão e, até mesmo, da *Common law*), da Alemanha (principalmente no início da vigência do Código de Napoleão, na região à oeste do Rio Reno, que pertencia à França desde 1801, com a assinatura do Tratado de *Lunéville*), Suíça, Itália (que, também a partir do século XX, começou a sofrer uma grande influência alemã, principalmente desde 1942),

Do ponto de vista da estrutura, o *Code civil* de 1804 seguia o modelo das Institutas de Justiniano, que se basearam nas de Gaio, qual seja: pessoas, coisas e ações.¹⁹

No *Code Civil* de 1804 já havia uma cláusula geral de responsabilidade civil, baseada na *faute* (que não se traduz simplesmente por culpa, então prevista no antigo art. 1.382 do *Code Civil*), conforme lembra Bruno Miragem:

A influência do sistema francês é decisiva, de seu art. 1.382 e da noção de *faute*, de cunho doutrinário, que não pode ser traduzida simplesmente como culpa (em especial no sentido psicológico que não raras vezes ocorre impropriamente), senão como associação entre culpa, ilicitude e causalidade. A rigor, contudo, exigia uma ação do agente e, nesse sentido, foi compreendida como violadora de direito e causadora de dano.²⁰

Ao falar sobre os princípios da responsabilidade civil, bem como sobre os seus três elementos primordiais (tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no francês), quais sejam, *faute*, nexa casual e dano, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva chamava a atenção para o fato de que “há legislações que mencionam as condições necessárias para o nascimento da responsabilidade, sem definir, exatamente, a noção de culpa ou de delito” (o que ocorria com a francesa e a brasileira), mas que, ao contrário, há “outras legislações que definem a noção de falta, falha” (a exemplo da redação do art. 276 do Código civil alemão então vigente, que afirmava que todo aquele que não observasse o cuidado necessário para a vida em sociedade, teria agido com falha, falta).²¹

Espanha e Portugal (o Código Civil francês de 1804 serviu de base, de ponto de partida, para o Código Civil português, de Seabra Fagundes, do ano de 1867). Na América Latina, Facchini Neto destaca que havia três grupos (ob. cit., p. 155-156): a) os que seguiram o modelo francês sem qualquer reserva (Haiti, Bolívia, República Dominicana e México); b) países com uma “certa originalidade” nas suas codificações (Chile, Argentina e Brasil – o Código Civil brasileiro de 1916 teve inspiração não apenas no Direito francês, mas também contou com a influência lusitana e com a alemã, pois o BGB teve um importante papel sobre o projeto de Clóvis Beviláqua) e c) países que se inspiraram em outros modelos latinoamericanos que já tinham codificado (Equador, Colômbia, Venezuela e Uruguai – todos influenciados fortemente pelo Código civil chileno) e Paraguai (que seguiu o Código argentino). Ainda, o *Code civil* francês teve repercussão na África e no Oriente Médio, bem como em países da *Common law*, a exemplo da Louisiana (nos Estados Unidos) e do Québec (no Canadá). FACCHINI NETO, Eugênio. Circulação de modelos jurídicos: o caso do *Code Civil* francês. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito civil, internacional privado e comparado*. São Paulo: LEUD, 2014, p. 123-166, em especial, p. 146-162). Também para um estudo sobre a evolução da história da responsabilidade civil no Direito francês, especificamente, veja-se VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil*. Introduction à la responsabilité. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 7-25.

¹⁹ CRETELLA JR., José; CRETELLA, Agnes. O jurista Gaio e sua obra. In: GAIUS. *Institutas do jurisconsulto Gaio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 5-7.

²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109-110.

²¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile em Droit bresilien et compare: cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XIII*. Manuscrito. 1988, p. 78-79 (trad. nossa). No original: “Il y a des législations qui mentionnent les conditions nécessaires à la naissance de la responsabilité, sans définir avec exactitude la notion de faute ou délit. (...) Mais il y a d’autres législations, qui définissent la notion de faute, comme il arrive avec l’art. 276 du Code civil allemand: ‘celui qui non pas le soins qui sont nécessaires à la vie em société, a agi avec faute’.(...)”.

Ressalta o jurista gaúcho que a *faute* é uma conjugação de elementos objetivos, que seriam a ilicitude, que deflui dos deveres a serem cumpridos na vida em sociedade, bem como de elementos subjetivos – falta ou falha – que corresponde a uma situação individual, de saber se aquela pessoa “poderia, concretamente, realizar o dever de casa”.²²

Assim, o Código de Napoleão (no antigo art. 1.382 do *Code civil français*)²³ se baseava exclusivamente na noção de *faute* (então ainda muito vinculada à ideia de culpa), por fato próprio, materializando, no antigo art. 1.383,²⁴ a noção de responsabilidade extracontratual (delitual ou em sentido estrito, como ora proposto) decorrente de negligência ou imprudência, constituindo a responsabilidade subjetiva a regra. Ainda, na França (como também no Brasil), conforme explica Rui Stoco, o Direito foi incorporando várias teorias, como as da culpa *in eligendo e in vigilando*, surgindo, inicialmente, a figura da “presunção de culpa”, na chamada responsabilidade por ato de terceiro e pelo fato da coisa, previstas no antigo art. 1.384 do *Code civil français*.^{25 26}

Em certos casos, segundo refere Arnaldo Wald, havia uma presunção *juris tantum* (relativa) de culpa, mas, posteriormente, com relação à responsabilidade do empregador pelos danos cometidos pelo empregado, passou-se à chamada presunção *juris et de jure* (absoluta), ocorrendo, na prática, uma equivalência à responsabilidade objetiva. Ainda, continua o mencionado civilista brasileiro, os franceses foram admitindo um direito à segurança por parte da vítima da lesão de direito, abrangendo tanto a integridade física da pessoa como a intangibilidade dos seus bens: quando o direito à segurança sofria uma lesão, surgia uma responsabilidade por parte do autor do dano, abandonando-se, em alguns casos, o exame prioritário da conduta do autor do dano para garantir a segurança da vítima. Com isso, dois

²² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile em Droit bresilien et compare*: cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XIII. Manuscrito. 1988, p. 78 (trad. nossa). No original: “La faute constitue, jusqu’à um certain point, une situation individuelle. Elle répond à la question de savoir si la personne pourrait accomplir concrètement lês devoirs qu’on nomme de devoirs supposés”.

²³ “Art. 1.382. Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do ocorrido a reparar este dano” (trad. nossa). No original: “Art. 1382. Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui um dommage, oblige celui per la faute duquel il est arrivé, à la réparer”.

²⁴ “Art. 1.383. Cada um é responsável pelo dano que provocou não somente por sua culpa, mas ainda por sua negligência ou imprudência” (trad. nossa). No original: “Art. 1383. Chacun est responsable du dommage qu’il a cause non seu lement par son fait, mais encore par sa negligence ou par son imprudence”.

²⁵ “Art. 1.384. Somos responsáveis não somente pelos danos causados por nossa própria culpa, falta, mas também por aqueles provocados pela falta, culpa, das outras pessoas pelas quais somos responsáveis ou pelas coisas que temos sob nossa guarda” (trad. nossa). No original: “Art. 1384. On est responsable non seulement Du dommage que l’on cause par son proper fait mais encore de celui que est causé par le fait des personnes don’t on doit répondre, ou des choses que l’on a sous sa garde”.

²⁶ STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código civil francês e no Código civil brasileiro. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas essenciais – responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1031-1100, p. 1039-1041. v. I.

novos campos foram abertos em matéria de responsabilidade civil. Na maioria dos casos, contudo, continuava sendo examinada a conduta do autor do dano e a responsabilidade civil dependia da culpa (quer provada, quer presumida). Em outras relações, como, por exemplo, as decorrentes de acidente de trabalho, de veículos ou as decorrentes da atividade empresarial, garantia-se a segurança da vítima com base nas teorias de responsabilidade objetiva, que tinham como fundamento o risco ou uma situação de profunda desigualdade entre o autor do dano e a vítima.²⁷

Aqui, cabe trazer à colação as palavras do jurista francês Louis Josserand, um dos principais defensores do risco como fundamento da responsabilidade civil na França, ao lado de Saleilles, ao abordar a questão da evolução da responsabilidade civil, trazendo como imagem o instituto jurídico gravitando em torno de dois polos, um subjetivo (representado pela culpa) e outro objetivo (do risco):

[...] Na verdade, a responsabilidade se tem elevado ao primeiro plano da atualidade judiciária e doutrinária: é a grande sentinela do direito civil mundial; é a primeira entre todas.

Além disso, a responsabilidade não é somente desenvolvida e intensificada: ela ocupa postos de mais a mais numerosos, deriva de várias fontes que brotam de tôdas as partes, em todos os pontos do campo jurídico – responsabilidade *contratual* e responsabilidade *delitual*; responsabilidade do *ato pessoal* do homem ou do *ato de outrem*, ou do *ato de animais*, ou do *ato de coisas inanimadas*; responsabilidade *objetiva* ou *subjetiva*; responsabilidade baseada na ideia de *culpa* ou no conceito de *risco*; responsabilidade *individual* ou *coletiva, conjunta* ou *solidária*. O tronco primitivo, o tronco romano, desdobrou-se numa porção de ramos, e a responsabilidade tornou-se todo um mundo jurídico, mundo em movimento, *em incessante gestação*, sempre a começar; não é somente no sentido *quantitativo* que ela evoluiu, é também *qualitativamente*; a responsabilidade não se realiza só mais frequentemente que outrora, mas também se realiza de outros modos; apresenta-se com múltiplas faces, desconhecidas da sociedade romana, (...), cujos traços às vezes fugidios não são sempre fáceis de fixar no papel ou pela palavra.²⁸

Josserand, no trabalho com excerto acima reproduzido, aborda os “novos destinos da teoria da responsabilidade civil”, apresentando, ao final, quatro conclusões, a seguir resumidamente enumeradas: 1º) a caracterização da responsabilidade civil como um dos fenômenos mais marcantes da vida em sociedade; 2º) a necessidade de socorro das vítimas, principalmente em matéria de ônus da prova, vindo em seu auxílio a lei, a doutrina e a

²⁷ WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no Direito francês e brasileiro. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas essenciais – responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 951-970, p. 957-958.

²⁸ JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 454, p. 548-559, abr. 1941, p. 548. Toda essa evolução da concepção francesa, em matéria de responsabilidade civil, foi por ele examinada em conferência proferida em Faculdades de Direito e Institutos de Lisboa, Coimbra, Belgrado, Bruxelas, Madri e em outros locais, traduzida para o português, no Brasil, por Raul Lima - e que impressiona não só pela cultura do jurista francês, como também por sua extrema atualidade, embora proferida em 1936.

jurisprudência francesas; 3º) o afastamento da culpa como fundamento principal da responsabilidade, passando o risco a ter um papel central neste instituto jurídico e 4º) o relevante papel da jurisprudência na França, na Bélgica e em outros países no caminho da evolução da responsabilidade civil.²⁹

De outra banda, o *Code* civil apresentou a seguinte divisão, que se manteve por mais de dois séculos (de 1804 até 2016): a) um título preliminar, composto por apenas seis artigos e b) três livros, totalizando 2.281 (dois mil duzentos e oitenta e um) artigos, assim distribuídos: o primeiro livro tratava das pessoas (arts. 7º a 515), abordando temas como casamento, divórcio, filiação, direito de família em geral; o segundo livro (bem mais curto – arts. 516 a 710) tratava a respeito dos bens e das diferentes modificações da propriedade, enumerando os principais direitos reais e o terceiro livro (arts. 711-2.281) abordava as diferentes maneiras de adquirir a propriedade, através de institutos diversos, como sucessão, doação, contratos, responsabilidade civil, penhor, hipoteca, usucapião etc. Ou seja, o Código era dominado por três institutos: família, contratos e propriedade.³⁰

No entanto, após duzentos anos, entrou em vigor, em 1º de outubro de 2016, a reforma do diploma civil francês, que manteve, em parte, a sua estrutura anterior, mas com vários acréscimos e alterações.³¹

²⁹ JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 454, p. 548-559, abr. 1941.

³⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Circulação de modelos jurídicos: o caso do *Code* Civil francês. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito civil, internacional privado e comparado*. São Paulo: LEUD, 2014, p. 123-166, p. 142-143.

³¹ Segundo informações extraídas de página do governo francês, entre abril e julho de 2016, a consulta pública sobre o projeto de reforma, especificamente no que diz respeito à responsabilidade civil, reuniu mais de 100 contribuições, representando mais de 1.000 páginas de alta qualidade. Muitas observações levaram também ao aditamento de novas disposições destinadas a assegurar a articulação do regime geral de responsabilidade com regimes especiais e a clarificar a natureza obrigatória das regras específicas relativas a danos pessoais. Finalmente, as contribuições recebidas levaram à alteração de muitos textos, cuja redação foi revista para oferecer maior segurança jurídica, sendo revisadas as redações dos dispositivos, como, por exemplo, o texto relativo ao princípio da responsabilidade por culpa ou à exclusão de cláusulas de responsabilidade. Disse Jean-Jacques Urvoas, então Ministro da Justiça: “Este projeto é um trabalho coletivo realizado pela Chancelaria. Deve ser usado como base para discussões interdepartamentais para a apresentação de uma fatura. Depois de concluída a sessão parlamentar, deixo-a à disposição do meu eventual sucessor, para que possa ser submetida ao Parlamento e a uma grande reforma da lei da responsabilidade civil, que é indispensável, que completará a reforma da lei das obrigações, iniciadas pelo despacho de 10 de fevereiro de 2016” (trad. nossa). No original: "Ce projet est une œuvre collective portée par la Chancellerie. Il doit servir de base aux discussions interministérielles en vue du dépôt d'un projet de loi. La session parlementaire étant achevée, je le laisse à la disposition de mon éventuel successeur, pour qu'il puisse être soumis au Parlement et que soit adoptée une grande réforme du droit de la responsabilité civile, indispensable, qui viendra parachever la réforme du droit des obligations entamée par l'ordonnance du 10 février 2016, a déclaré Jean-Jacques URVOAS, garde des sceaux, ministre de la justice”. Disponível em: <<http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-de-la-responsabilite-civile-29782.html>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

O atual *Code* civil também possui um título preliminar, contando com cinco livros (e não mais com três, como outrora), num total de 2.534 (dois mil quinhentos e trinta e quatro) artigos, assim distribuídos: a) Livro I – trata das pessoas (arts. 7º a 515-13); b) Livro II – regula os bens e as várias modificações da propriedade (arts. 515-14 a 710-1); c) Livro III – versa sobre as diferentes formas de aquisição da propriedade (arts. 711-2.278), trazendo questões referentes a sucessões, obrigações, contratos, responsabilidade civil, sociedade empresária, sociedade civil, proteção possessória etc.; d) Livro IV (anteriormente inexistente) aborda, exclusivamente, as diversas garantias, quer pessoais, quer reais (arts. 2.284 a 2.488-12) e o último livro (Livro V) se refere às disposições legais aplicáveis à localidade de Mayotte (que constitui um departamento ultramarino francês, situado entre o Oceano Índico e o Canal de Moçambique³²).³³

Em matéria de responsabilidade civil (hoje regulada nos arts. 1.240-1.252), ainda estão previstas, no capítulo I, que trata da responsabilidade extracontratual em geral, as figuras da responsabilidade por fato próprio e de terceiros (anteriormente previstas nos arts. 1382 a 1386 do *Code* civil, atualmente, regulado nos arts. 1.240-1.244).³⁴

³² Disponível em: < <https://www.britannica.com/place/Mayotte>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

³³ Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180507>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

³⁴ “Art. 1.240. Todo o fato humano que cause dano a outro, obriga ao que o causou, por culpa, a repará-lo. Art. 1.241. Todos são responsáveis pelo dano causado por sua própria culpa, mas também por sua negligência ou imprudência. Art. 1.242. Somos responsáveis não só pelos danos que causamos sozinhos (por fato próprio), mas também pelos danos causados pelas pessoas pelas quais somos responsáveis ou pelas coisas que temos sob nossa guarda. Contudo, aquele que detiver, a qualquer título, a totalidade ou parte dos bens imóveis ou móveis em que o incêndio tiver ocorrido, será responsável perante terceiros pelos danos causados pelo incêndio apenas se estiver provado que deve ser atribuído à sua falta ou à culpa das pessoas pelas quais é responsável. Esta disposição não se aplica às relações entre locador e locatário, que continuam a ser regidas pelos artigos 1.733 e 1.734 do Código Civil. O pai e a mãe, na medida em que exercem a autoridade parental, são solidariamente responsáveis pelos danos causados por seus filhos menores que vivem com eles; os mestres e diretores, pelos danos causados por seus subordinados no exercício das funções para as quais lhe deram emprego; os professores e artesãos, pelos danos causados por seus alunos e aprendizes durante o tempo em que estão sob sua supervisão. A responsabilidade acima ocorre a menos que o pai, a mãe e os artesãos provem que não podem impedir o fato que dá origem a essa responsabilidade. No que diz respeito aos professores, as falhas, imprudências ou negligências invocadas contra eles como tendo causado o evento prejudicial, terão que ser provadas, de acordo com o direito comum, pelo requerente ao Tribunal. Art. 1.244. O proprietário de um edifício é responsável pelos danos causados por sua ruína, quando ocasionados pela falta de manutenção ou o defeito de sua construção” (trad. nossa). No original: “Arts. 1.240. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Art. 1.241. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. Art. 1.242. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du Code civil. Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs

No entanto, nos capítulos II (arts. 1.245-1.245-17) e III (arts. 1.246-1.252), que tratam, respectivamente, da responsabilidade pelo fato do produto defeituoso e da responsabilidade por danos ecológicos (que nós, brasileiros, conhecemos como responsabilidade por dano ambiental e que será objeto de estudo na segunda parte do presente trabalho, relativa à responsabilidade civil no Brasil), a reforma veio a explicitar e a inserir no *Code* civil o que a doutrina, a jurisprudência e algumas legislações especiais francesas já vinham fazendo desde o final do século XIX, ou seja, admitir a existência da responsabilidade civil fundada no risco e não apenas na culpa, na *faute*.³⁵

Mafalda Miranda Barbosa, ao abordar o modelo francês de responsabilidade civil, afirma que “nele, prescinde-se do duplo grau de sindicância para se dar lugar a um juízo unívoco, onde os elementos objetivos e subjetivos se congregam numa intencionalidade única”.³⁶

Portanto, a existência de uma cláusula geral de responsabilidade civil (a base do sistema francês é a repressão ao dano ocorrido como regra), sem que haja uma enumeração dos danos indenizáveis (como ocorre no *common law*, por exemplo), faz com que seja alargada a possibilidade de indenização, admitindo-se os chamados danos indiretos (dano por ricochete ou reflexo), onde os prejuízos causados a uma pessoa não se limitam exclusivamente àquela pessoa, porque os fatos atingem também outros indivíduos, que passam a ter direito a uma indenização. A jurisprudência francesa, em 1970, já adotara uma posição mais favorável à vítima, dando ensejo a que uma pessoa que tivesse sofrido um prejuízo reflexo (indireto) pudesse propor uma ação judicial de reparação.³⁷

Todavia, essa questão do chamado prejuízo indireto, ou “prejuízo em cascata”, conforme os irmãos Mazeud e André Tunc, envolve também uma questão de nexo de

enfants mineurs habitant avec eux. Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés; Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance. Art. 1.243. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. Art. 1.244 - Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction”. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180507>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

³⁵ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110.

³⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 977, p. 113-174, mar. 2017, p. 131.

³⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 667, p. 7-16, Maio 1991, p. 10.

causalidade, tanto na responsabilidade contratual, quanto na extracontratual, afirmando os autores que:

Por conseguinte, a análise do nexo de causalidade é o que leva ao demandado a se desonerar da reparação dos danos indiretos; sua responsabilidade cai porque falta o nexo causal. Por isso, a regra é verdadeira não só na esfera da responsabilidade contratual, (...), senão também na responsabilidade delitual, por impor-se, num e noutro caso a necessidade de um vínculo causal. Essa é a conclusão que chegam, hoje, quase todos os autores.³⁸

Por fim, em relação ao Direito francês, para que se possa entender o funcionamento da chamada cláusula geral de responsabilidade civil, é de se trazer exemplos envolvendo os danos à vida, à integridade física da pessoa, inclusive o dano-morte e à saúde.

Conforme ensina Paulo de Tarso Sanseverino, na França, não há uma norma específica sobre a reparação de danos pessoais, envolvendo lesão ao bem jurídico, vida (que o mencionado autor chama de dano-morte). Em relação aos danos pessoais em geral, naquele país é estabelecido o pagamento de uma indenização única em capital (parcela indenizatória una) ou em forma de renda (mediante prestações periódicas), sendo que, até 1970, o sistema de pagamento de indenização era feito em parcela única e, apenas em 1974, a Corte de Cassação admitiu a correção monetária de parcelas indenizatórias, ensejando uma maior utilização da indenização sob a forma de renda periódica. A opção por uma dessas formas de indenização é feita pelo juiz, sendo a sistemática aplicável aos parentes das vítimas por ricochete. Os familiares da vítima falecida têm direito à reparação dos danos emergentes (despesas médicas e hospitalares), bem como dos lucros cessantes (perdas – o que se deixou de ganhar), discutindo-se, no montante da indenização, se é cabível ou não a inclusão das despesas funerárias normais, havendo consenso em incluir as despesas anormais como, por exemplo, as decorrentes do transporte do corpo da vítima do local do acidente até o seu domicílio.³⁹

O exemplo clássico é o da morte de um homem que deixa esposa e/ou filhos menores. A fixação da indenização se opera em três etapas distintas: a) fixação do rendimento familiar, somando-se o da vítima com o do cônjuge sobrevivente; b) cálculo da extensão do prejuízo econômico da família e c) capitalização do valor em parcela única. Justamente é na segunda etapa que se determinam as vítimas por ricochete, ou seja, quem pode ser considerado como dependente do falecido (viúva, filhos menores) para fixar o percentual de redução de renda

³⁸ MAZEUD, Henri; MAZEUD, Léon; TUNC, André. *Tratado teórico e práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: EJEJA, 1977, p. 275. v. 2. t. 2.

³⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 194-195.

anual familiar correspondente aos gastos pessoais do falecido. Na “hipótese de morte do pai de família, deixando viúva e filhos menores, podem ser individualizadas as indenizações para cada dependente, como também pode ser compensado o prejuízo familiar global”.⁴⁰

Outra questão interessante diz respeito ao nascimento de crianças incapacitadas (com sérias lesões às suas saúdes ou integridades físico-psíquicas), nos quais a questão indenizatória não é pacífica. Em 1997, o Conselho de Estado francês (órgão de cúpula da jurisdição administrativa francesa) não admitiu uma ação desse tipo. Posteriormente, em 2000, a mais alta Corte francesa – a Corte de Cassação,⁴¹ em julgamento famoso, conhecido como caso *Perruche*, reverteu a mencionada decisão da instância inferior, concedendo indenização a um deficiente, com 17 (dezesete) anos, por ele ter nascido cego, surdo, mudo, cardiopata e com grave retardo mental, por não terem o médico e nem o laboratório detectado a rubéola na mãe, em exames feitos durante a gestação. Consoante referido por Facchini Neto, esse acórdão foi muito criticado pelos juristas franceses, por não trabalhar racionalmente o pressuposto do nexo causal, tendo sido afirmado que não haveria nenhum vínculo de causalidade entre a culpa do médico e a deficiência da criança, pois a falha do médico teria se limitado a impossibilitar que a mãe pudesse ter optado por interromper a gravidez. Toda essa questão levou o legislador francês a editar a Lei nº 303, de 04 de maio de 2002, que estabeleceu que, em nenhum caso, o nascimento de uma pessoa possa servir de fundamento para uma ação indenizatória. Contudo, a citada norma continuou a permitir que a criança pudesse demandar, diretamente, os médicos ou laboratórios para obter uma indenização pelos danos que lhe foram diretamente causados por aqueles, sendo que os pais podem demandar os médicos ou laboratórios apenas pelos seus próprios prejuízos, relacionados ao fato de não ter sido detectado o problema com o feto a tempo, inviabilizando a opção do aborto. Quanto à repercussão econômica de ter que criar um filho deficiente, a Lei estabelece que os danos devem ser suportados pela assistência social.⁴²

1.1.1.2 O sistema híbrido no Direito alemão

⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Princípio da reparação integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

⁴¹ Conforme ensina Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, a avaliação dos danos, na França, é entregue ao poder dos juízes, havendo um controle restrito dos Tribunais superiores, pois a Corte de Cassação considera que a questão afeta aos danos constitui uma questão de fato, “devendo-se respeitar, em regra, as decisões das instâncias inferiores”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 193.

⁴² FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012, p. 185-186.

Ao contrário do Direito francês, o Direito alemão possui um sistema misto de responsabilidade civil, que pode ser sintetizado na seguinte fórmula: cláusula geral + tipificação.

Essa estrutura está relacionada a fatores históricos e, também culturais, referindo Harriet Christiane Zitscher que “na história da Alemanha, nunca houve identidade entre domínio político, cultura e língua”.⁴³

Assim, até o final do século XVIII, prevaleceu, no território alemão, o chamado direito comum (*Gemeines Recht*), que era o Direito romano recebido, que atuava suplementando as leis territoriais e tradições existentes. Então, com o Iluminismo, surgiram as Codificações.⁴⁴

Na Alemanha, a ideia de Codificação Civil, especificamente, surgiu em 1814, com o conhecido embate entre Thibaut (que a defendia de forma veemente) e Savigny, que a rechaçava por entendê-la, principalmente, como constrangedora do livre desenvolvimento do direito e precipitada, enquanto não fosse restabelecida a unificação alemã. Assim, a preparação do que seria o Código Civil alemão - *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB- somente foi realizada após a unificação da Alemanha feita por Otto von Bismarck (1815-1898), tendo o Código Civil alemão entrado em vigor no primeiro dia do ano de 1900.⁴⁵

Antes de examinar a estrutura da responsabilidade civil no sistema alemão codificado, cumpre esclarecer que são identificados três momentos diversos em matéria de responsabilidade civil na Alemanha, relacionados à Pandectística⁴⁶: um primeiro momento,

⁴³ ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, em especial, p. 24-27 e 85. Anteriormente, na mesma obra, a autora trata de alguns aspectos não jurídicos, tanto na cultura quanto no aspecto geográfico e político da Alemanha, explicando que estes fatores “ajudam a entender o ordenamento jurídico, porque fazem parte da sua base” (ob. cit., p. 24). Primeiramente, aponta que, quanto ao aspecto geográfico, a Alemanha está no meio do Continente europeu, praticamente sem fronteiras naturais e exposta a invasões e influências variadas, que produzem um impacto no desenvolvimento histórico e social. Quanto à forma de governo, menciona a autora que a Alemanha é marcada pelo Federalismo, sendo que não havia unidade entre país, cultura e língua e, até mesmo, entre os anos de 1806 e 1871, faltava-lhe unidade política. Além disso, a Alemanha, nos últimos séculos, foi palco para as maiores guerras europeias, sendo que, apenas no século XX, teve várias mudanças no seu ordenamento político: houve Império, República Presidencial, ditadura nacional-socialista, ditadura comunista e República Parlamentarista, o que, segundo a autora, resultou na “perda de tradições e na nivelção de classes sociais” (ob. cit., p. 25). Ainda, sempre houve a divisão religiosa no país, mencionando: “Ambas as igrejas – Católica e Luterana – sempre tiveram influência política considerável, cada uma delas com entendimento diferente quanto às questões de poder e de ordem social desejável, que resultou em guerras e brigas culturais” (ob. cit., p. 25). E, ainda, a professora alemã refere uma inclinação do seu país ao pensamento filosófico e ao raciocínio teórico como fatores que influenciaram na formação do ordenamento jurídico alemão, com tendência a nivelar as classes sociais e aplicar as leis para a população inteira e não de forma restrita a determinados segmentos sociais.

⁴⁴ ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*, p. 91 e 94.

⁴⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 50.

⁴⁶ Para informações detalhadas sobre a Pandectística, veja-se WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 491-524. A Pandectística alemã constitui a Escola Histórica do Direito, sendo baseada no positivismo científico. São seus principais expoentes:

onde a referência à culpa ou à ilicitude é feita de modo indiferenciado (Savigny não deu grande destaque à figura da responsabilidade civil); um segundo momento, no qual os conceitos de culpa e de ilicitude vão sendo aperfeiçoados (Puchta foi um dos principais expoentes desse período, tendo desenvolvido um conceito de culpa próximo ao da *faute* napoleônica, inclusive com uma ideia de relação de imputação entre agente e resultado) e o último momento anterior à Codificação, marcado pela contraposição entre culpa e ilicitude, tendo em Rudolf von Jhering (1818-1892) o seu principal expoente.⁴⁷

Jhering fez a diferenciação entre ilicitude e culpa e entre culpa e dolo, com base em elementos objetivos e subjetivos, afirmando que o ilícito objetivo dispensa a culpa, mas não a vontade humana. Explica que é a culpa que obriga à indenização e não o dano e, por isso, os animais, os doentes mentais e as crianças não teriam responsabilidade. Além disso, *Jhering* separa culpa e dolo, afirmando que o dolo não tem graduação, equivalendo ao conhecimento; enquanto a culpa poderia ser leve ou pesada, estando relacionada à diligência do bom pai de família.⁴⁸

Menezes Cordeiro ressalta a importância do papel de Jhering na fixação dos pressupostos da responsabilidade civil no atual BGB, sintetizando a atual configuração deste diploma como uma evolução do trabalho iniciado pelo jurista alemão, afirmando:

As considerações de Jhering conheceriam, depois, toda uma evolução vindo, muitas delas, a ser ultrapassadas pela doutrina e pela evolução do Direito positivo. A própria construção da responsabilidade civil obteria, mais tarde, múltiplos afinamentos, [...]. O essencial da sua descoberta, porém, mantém-se: os pressupostos da responsabilidade civil implicam duas instâncias de controlo do sistema: a ilicitude, primordialmente virada para a inobservância de normas jurídicas e a culpa, que lida com a censura merecida, pelo agente, com a actuação perpetrada. [...]. As opções feitas aquando da preparação do Código Civil alemão, seriam decisivas para o radicar definitivo da descoberta de Jhering. [...]. Os juristas que trabalharam na codificação de 1896-1900 foram, todavia, movidos por considerandos dogmáticos e por razões de política legislativa. Quanto aos primeiros, pesou a necessidade de uniformizar a linguagem e dar corpo à clarificação de Jhering, entreaberta por Savigny. No tocante às segundas, vingou a necessidade de restringir o âmbito da responsabilidade civil. O BGB foi aprontado, já sob a Revolução Industrial, numa ocasião em que, sectorialmente, se ia impondo a responsabilidade

Feuerbach, Puchta, Jhering e Windscheid. Franz Wieacker refere que o positivismo científico do século XIX é distinto do positivismo legalista e do positivismo científico em geral (que remonta ao francês *Auguste Comte*). Assim como os outros dois, o positivismo científico recusa a fundamentação metafísica do Direito e o reconhecimento da autonomia da ciência especializada, no entanto, possui como traço original o formalismo gnoseológico de Kant. A Pandectística, segundo Wieacker, “garantiu a unidade da dogmática jurídica, do ensino do Direito e da jurisprudência científica e, para além disso, do domínio da vigência do Direito comum” (ob. cit. p. 505), tendo preparado a Alemanha para os Códigos e para a unificação, ultrapassando o seu território e influenciando diversos países da Europa, como a Suíça e a Áustria.

⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil*. Direito das obrigações, gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2016, p. 327-329. v. VIII.

⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil*, Direito das obrigações, gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, p. 329-330. v. VIII.

objectiva. O legislador optou pela prudência: a multiplicação das situações de imputação iria coarctar os empreendimentos, pela multiplicação dos riscos. O esquema saído do BGB surgiu, pois, duplamente cauteloso: por um lado, ele isolou os dois pressupostos de Jhering: segundo o § 823, I: [...]. Foi, porém, mais longe. Ao contrário do artigo 1382 do Código Napoleão, que estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil, o BGB fixou três pequenas cláusulas: a do § 823, I, acima citada e que tutela, na interpretação dominante, os direitos absolutos, a do § 823, II, que, sempre com autônoma exigência de culpa, manda indemnizar nos casos de danos causados com normas destinadas a proteger outrem – as normas de protecção – e a do § 826, que comina o dever de indemnizar, no caso de danos causados a outrem, contra os bons costumes, mas desde que tal tenha ocorrido com dolo.⁴⁹

O Código Civil alemão se utilizou do modelo de divisão exposto nas Pandectas, encontrando-se dividido em cinco livros, sendo que a responsabilidade é abordada dentro do Livro II, relativo às obrigações. O primeiro livro trata da parte geral e o terceiro livro do direito das coisas. Ainda, no quarto livro disciplina o direito de família e, no quinto, cuida do direito sucessório.⁵⁰

O BGB tem um modelo que inclui (mas não é exclusivo) cláusulas gerais, que contribuem para a sua constante atualização e adaptação às novas realidades da vida em sociedade, constituindo o que Canaris denominou de um sistema móvel, aberto, referindo o jurista alemão que esse sistema ocupa “uma posição intermediária” entre a rigidez e a abertura da cláusula geral:

Apenas as especificidades de um sistema móvel são decisivas, isto é, a ausência de uma formação rígida de previsões normativas assim como a permutabilidade livre e a igualdade fundamental de categoria dos princípios de valoração. A primeira característica, em especial, sugere a questão de a identificar de acordo com a relação entre previsões rígidas e cláusulas gerais. [...]. É característico para a cláusula geral ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo: [...]. Embora o sistema móvel não aparente a mesma estrutura das cláusulas gerais carecidas de preenchimento com valorações, não se deve negar um certo parentesco com estas: o sistema móvel ocupa uma posição intermediária entre previsão rígida e cláusula geral.⁵¹

Fabiano Menke ressalta que, mesmo na Alemanha, as cláusulas gerais jamais foram “uma unanimidade”, havendo debates, até os dias atuais, sobre a extensão da sua aplicabilidade e, lembrando a lição de Lutz Mager, refere que, da mesma forma como,

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil*. Direito das obrigações, gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2016, p. 330-334. v. VIII (grifo nosso).

⁵⁰ ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 85.

⁵¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142-143 (grifo nosso).

atualmente, “as cláusulas gerais servem como porta de entrada de valores constitucionais, na época do nacional-socialismo elas foram utilizadas como janela de abertura para a concepção valorativa do momento”, mas que “independentemente das ameaças e dos perigos, e após o inverno totalitário, as cláusulas gerais continuam a ser fonte de criação judicial, caminho para a entrada de novos valores nos sistemas legislativos”.⁵²

Harriet Christiane Zitscher, ao abordar a estrutura e os caracteres do BGB, também refere que o Código civil alemão é marcado por uma abstração e por uma linguagem técnica, afirmando que essas características constituem, ao mesmo tempo, um vício e uma virtude:

Esta abstração e tecnicidade eram tanto vício quanto virtude. Vício porque afastava o Código do povo, e mesmo dos leigos educados. Virtude porque fornecia para o profissional um instrumento preciso e exato para a administração do direito. A abstração facilitava não só a adaptação do Código aos tempos modernos, mas também a exportação aos outros ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, em parte - ao brasileiro.⁵³

O Código Civil alemão possui duas cláusulas gerais que aparecem, cada uma delas, duas vezes, em lugares distintos: a primeira é relativa ao princípio da boa-fé (previsto nos §§ 157 e 242 do BGB) e a segunda (que ora nos interessa, em especial, quanto à responsabilidade civil) é a cláusula dos bons costumes (prevista nos §§ 138 e 826 do BGB). A esse respeito, explica Harriet Christiane Zitscher:

A primeira é empregável para manter uma relação jurídica [a boa-fé]; a segunda [os bons costumes], para sancionar um ato errado e regular as suas sequelas. Estas duas (ou quatro) cláusulas gerais mostraram-se, no curso das décadas como porta de entrada para novos desenvolvimentos, adaptações necessárias e princípios constitucionais no direito civil.⁵⁴

Portanto, no Direito alemão, há três regras gerais sobre as quais se estrutura a responsabilidade civil. Mas, além dessas, no Livro II, relativo às obrigações, Título 27, há algumas regras especiais para danos que são aplicáveis aos menores (§ 828), animais (§ 833) e funcionários públicos (§ 839).⁵⁵

⁵² MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, ano 13, p. 9-35, Abr. - Jun./2004. p. 12 e 13. Neste trabalho, o advogado e professor gaúcho faz uma análise histórica das origens das cláusulas gerais, com a propagação do seu emprego na Alemanha, durante a segunda década do século XX. E, principalmente, são examinados, num segundo momento, os métodos de interpretação dessas cláusulas, como a subsunção e a concreção de conceitos, sendo que, inserido neste último método, é dado destaque ao denominado “grupo de casos”, desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs.

⁵³ ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil e alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 91.

⁵⁴ ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*, p. 91.

⁵⁵ ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*, p. 106.

A primeira das regras estabelece a indenização por meio de violação intencional ou negligente a certos bens jurídicos (tipificação), que são a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou a um “outro direito” equiparável, ou seja, um direito absoluto (§ 823 I).⁵⁶

Aqui o legislador alemão procurou delimitar certas situações, a fim de que não houvesse uma cláusula aberta à semelhança do que ocorre no art. 1.240 do atual Código Civil francês. Ainda, conforme ressalta Bruno Miragem, essa conduta deve ser intencional ou negligente, entendida como “aquela que expresse o cuidado que, em termos gerais, se considera necessário em sociedade (§ 276 do BGB)”.⁵⁷

Basil S. Markesinis e Hannes Unberath explicam que para uma ação ser baseada no § 823 I do BGB, são necessários quatro requisitos: “a) a violação pela conduta humana tem que atingir algum dos direitos ou interesses expressamente enumerados: vida, integridade física, saúde, liberdade, propriedade e “outros direitos”, esclarecendo que o uso desses conceitos pelo BGB teve por objetivo, inicialmente, evitar qualquer margem de manobra por parte do aplicador do direito; b) essa interferência precisa ser ilegal; c) ainda, a interferência precisa ser intencional ou por descuido e d) precisa haver um nexo entre a conduta (que pode ser uma ação ou omissão) do demandado e o dano sofrido pelo demandante”.⁵⁸

Ainda, quanto aos danos relativos à pessoa, que envolvem a sua integridade física – o seu corpo – e a sua saúde, lembram Basil S. Markesinis e Hannes Unberath que a lesão no corpo do outro representa qualquer interferência na pessoa sem o seu consentimento, como, por exemplo, cortar o dedo, quebrar a perna ou até mesmo queimaduras externas em casos de acidentes de carro. Interferência na saúde significa qualquer funcionamento deficiente, disfunção do organismo humano, externamente provocado, tais como: infecções internas, gastroenterites, infecções bacterianas, inalação de fumaça tóxica etc.⁵⁹

⁵⁶ “§ 823 I. A pessoa que, intencionalmente ou negligentemente, prejudica ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outra pessoa é responsável por indenizar a outra parte pelo dano resultante” (trad. nossa). Na versão em inglês: “Section 823. Liability in damages. (1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this”. Versão em inglês: Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110.

⁵⁸ MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The German law of torts*. A comparative treatise. 4. ed. Oxford: Hart Publishing, 2002, p. 43 (trad. nossa). No original: “For an action to be based on § 823 I BGB the following requirements must be satisfied. First there must be a violation through human conduct of one of the enumerated rights (*Rechte*) or interests (*Rechtsgüter*), namely, life, body, health, freedom, property, or any ‘other right’ (*sonstiges Recht*). The use of these concepts allows German law to restrict liability from the very outset in a clear and manageable manner. [...]. Secondly, this interference must be unlawful (*Rechtswidrigkeit*). Thirdly, it must be culpable (intentional or negligent). Finally, there must be a causal link between the defendant’s conduct (which can be an act or an omission) and the plaintiff’s harm as defined by this paragraph”.

⁵⁹ MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes, *The German law of torts*, p. 45.

A fim de ilustrar a disposição normativa em comento, à semelhança do que se fez no Direito francês, são dados exemplos de danos contra a pessoa, em especial, à vida, à integridade física (corpo) e à saúde, previstos no § 823 I do BGB.

No caso de uma pessoa ser morta (dano-morte), a indenização pode compreender um valor a título de ressarcimento pelas despesas com funeral (o que não é admitido na França para as despesas ordinárias, mas, como dito, apenas para as extraordinárias); bem como o pagamento de uma anuidade para a pessoa ou pessoas que o falecido tivesse o dever legal de manter e que não possuam, por si, condições de subsistência e também para aqueles que foram concebidos ao tempo do dano, mas que ainda não tivessem nascido (§ 844 do BGB).⁶⁰

Em relação ao caso específico dos danos ocorridos durante a gravidez, há uma situação extraída da jurisprudência alemã, em que foi reconhecida a indenização para uma criança que nasceu com lesões cerebrais em virtude de um acidente de carro sofrido pela mãe quando ela ainda estava grávida. As Cortes alemãs autorizaram a indenização, com base no § 823 I do BGB.⁶¹

No que tange aos danos causados à integridade física e à saúde, o BGB tem considerado que a transmissão do vírus da AIDS constitui uma lesão à saúde ainda que a pessoa não tenha desenvolvido a doença ou “não tenha aparentemente sido afetada a condição física do requerente” (caso BGB 30 de abril de 1991 – NJW 1991, 1948). Hoje, na Alemanha, desde 1995, há uma lei específica tratando da questão da AIDS.⁶²

Outro caso bastante interessante é que o BGB, desde 1993, tem tratado a destruição acidental de espermatozoides congelados depositados em um “banco de espermatozoides” como equivalendo a um dano físico. Assim, foi concedida ao doador que havia depositado os espermatozoides no banco, em virtude da sua iminente ou próxima esterilidade, uma quantia de 25.000 DM por sua dor e sofrimento. O julgamento considerou que as partes do corpo humano podem ser consideradas coisas. No entanto, se são destinadas a serem “reintroduzidas no corpo”, ou desempenham uma função típica do corpo humano, então devem ser tratadas como uma interferência no próprio corpo, para os fins do § 823, I, do BGB.⁶³ Aqui, verifica-se que a jurisprudência vai adaptando a legislação às necessidades do mundo real, mesmo nos sistemas em que há uma tipicidade de danos, como o alemão (sistema misto).

⁶⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 200-202.

⁶¹ MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The German law of torts*. A comparative treatise. 4. ed. Oxford: Hart Publishing, 2002, p. 144-147.

⁶² MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes, *The German law of torts*, p. 45.

⁶³ MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The German law of torts*, p. 46.

A segunda regra existente no BGB diz respeito à obrigação de indenizar danos que decorrem de um dever de proteção, sendo que essas normas de proteção podem ser públicas ou privadas, conforme explica Bruno Miragem, implicando, por exemplo, violação as normas penais que têm por objetivo proteger outras pessoas (§ 823 II).^{64 65}

A respeito desse parágrafo do BGB, Kötz e Zweigert trazem o seguinte exemplo: os responsáveis pelo transporte federal ferroviário, depois de ter ocorrido um acidente, de acordo com a legislação, não podem requerer indenização pelas suas despesas com a pessoa responsável pelo acidente que foi considerada culpada nos termos do § 315 do Código Criminal alemão (negligência no transporte ferroviário). Referem os autores que o § 315 do Código Criminal é um estatuto de proteção, mas a sua finalidade é apenas tutelar contra lesões pessoais e danos relativos à propriedade, não protegendo os recursos financeiros, em geral, dos responsáveis pelo transporte ferroviário. No entanto, situação diversa se caracteriza quando o diretor de uma companhia que foi considerada culpada pelo acidente pede a “falência” da empresa, iniciando os procedimentos para a sua liquidação quando a companhia fica insolvente: ele comete uma ofensa ao § 64 do Estatuto da companhia, então, os credores da empresa que assim tenham sofrido perdas econômicas podem reclamar os danos sofridos diretamente deste diretor, na forma do § 823 II do BGB c/c § 64 do Estatuto, mencionando que este § 64 protege contra este tipo de prejuízo sofrido pelos credores como resultado da demora em pedir a insolvência.⁶⁶

A terceira regra diz respeito ao dano patrimonial causado intencionalmente por comportamento contra os bons costumes, que faz com que o sistema alemão se torne um pouco mais aberto (§ 826), onde se exige, também, “a consciência dessa possibilidade de violação e a inação em impedir o resultado”.^{67 68}

⁶⁴ MIRAGEM, Bruno, *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110.

⁶⁵ “§ 823 II. O mesmo dever é mantido por uma pessoa que comete uma violação de um estatuto que se destina a proteger outra pessoa. Se, de acordo com o conteúdo do estatuto, também pode ser violada sem falha (sem culpa), então, a responsabilidade de indenizar só existe no caso de falha (culpa)” (trad. nossa). Versão em inglês: “Section 823. Liability in damages. (2) The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault”. Versão em inglês: Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

⁶⁶ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 602-603.

⁶⁷ MIRAGEM, Bruno, *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110.

⁶⁸ “§ 826. Danos intencionais contrários à política pública. Uma pessoa que, de uma forma contrária à política pública [aos bons costumes, no Direito alemão, é mais correto], intencionalmente inflige dano a outra pessoa, é responsável pela compensação desse dano” (trad. nossa). Em inglês: “Section 826. Intentional damage contrary to public policy. A person who, in a manner contrary to public policy, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage”. Versão em

A jurisprudência alemã fixou a responsabilidade em diferentes situações, sendo a mais famosa a relativa ao caso Erich Lüth (1958), que embora não diga respeito a danos contra a vida, à integridade física ou saúde, mas sim à liberdade de expressão, é um bom exemplo de que, pela violação dos bons costumes, prevista no § 826 do BGB, pode surgir um pedido de indenização. Neste caso, tinha sido produzido um filme por um diretor alemão, que possuía conteúdo antissemita. Então, Lüth, que era Presidente de um clube de imprensa, foi condenado pelo Tribunal de Hamburgo a não emitir qualquer manifestação que pudesse influenciar os outros em desfavor do referido diretor, sendo que as manifestações por ele proferidas foram consideradas atos ilícitos, com base no § 826 do BGB. No entanto, ao recorrer para a Suprema Corte alemã, a situação foi revertida por ferir a liberdade de opinião assegurada constitucionalmente, tendo sido mencionado que “a expressão de uma opinião, que contém um chamado a algum tipo de boicote, não viola os bons costumes no sentido do § 826 do BGB”, ou seja, não autoriza a responsabilidade civil.⁶⁹

Basil S. Markesinis e Hannes Unberath, após referirem que a norma do § 826 do BGB é a mais restrita das três disposições do Código civil alemão, pois a intenção da transgressão tem que ser demonstrada, cabendo tanto o dolo direto quanto o dolo eventual, agrupam diversas situações julgadas pelos Tribunais alemães com base no mencionado dispositivo, como no caso de uma pessoa que, imprudentemente, emite recibos fictícios, de forma conivente com o empregado da vítima, poderá ser responsável pelos danos perante o destinatário dos recibos (BGH NJW 2000, 2896).⁷⁰

Portanto, pelo exame dessas normas e diferentes casos, verifica-se que o BGB ocupa, em matéria de responsabilidade civil, uma posição intermediária (ou mista), um “meio-termo” entre a cláusula geral francesa e as lesões específicas da *Common law* (como se verá a seguir), tendo a jurisprudência alemã um papel fundamental na conformação da responsabilidade civil.

1.1.2 O Sistema do Common law: os torts

Antes de se entrar, propriamente, nos chamados *torts*, cumpre observar a principal característica desse sistema jurídico, que é “tão remoto para os romanistas, assim como o

inglês: Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

⁶⁹ Sentença BVerfGE 7, 198 [Lüth]. Disponível em: <<http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017.

⁷⁰ MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The German law of torts*. A comparative treatise. 4. ed. Oxford: Hart Publishing, 2002, p. 890-891.

sistema socialista para o jurista ocidental”, conforme lembra o comparatista Marc Ancel, ressaltando, ainda, que “é necessário compreender o sistema globalmente, em sua origem, sua evolução, seus princípios fundamentais, suas fontes, seus processos de aplicação, seu espírito e seu sistema de valores”.⁷¹

Assim, a característica mais marcante do Common law está na utilização da jurisprudência, da *case law* pelo jurista como uma das principais fontes do Direito, constituindo o chamado *stare decisis*, isto é, “o princípio segundo o qual um caso presente deve ser julgado como foram julgados casos anteriores semelhantes”. No Direito inglês, no século XIX, foram criadas regras claras e rígidas (muito mais rígidas do que no Direito norte-americano) a respeito do precedente vinculativo, também conhecido como *doctrine of binding precedent*.⁷²

Aqui, cumpre fazer uma rápida referência a respeito dos elementos constitutivos da sentença no Direito inglês, que é essencial para que se possa aferir qual é a parte passível de ter força vinculante ou não. São divididas em quatro partes essenciais: os fatos (os quais devem ser provados); as chamadas *obiter dicta* (“afirmações a propósito”, que constituem regras ou quaisquer considerações que não foram decisivas para a conclusão do caso concreto ou que se reportam a fatos não relevantes para a decisão); a *ratio decidendi* (razão de decidir, ou seja, os argumentos jurídicos que foram decisivos na resolução do caso concreto) e a decisão. No entanto, apenas a *ratio decidendi* (que os norte-americanos chamam de *holding of the case*) forma o precedente vinculativo, que depende da natureza do Tribunal que proferiu a sentença e da relação hierárquica entre este Tribunal e aquele perante o qual o caso é apresentado. Só são vinculativos os precedentes de sentenças proferidas por Tribunais superiores, sendo que as decisões dos Tribunais ou juízos inferiores são meramente persuasivas, admitindo, no entanto, a doutrina do precedente vinculativo algumas exceções, como, por exemplo, no caso de haver dois precedentes inconciliáveis, que possuam a mesma autoridade, tendo havido um erro em algum deles. Ainda, cumpre destacar que há uma “diferença de peso” de cada um dos precedentes, que é atribuída em função de diversos fatores, tais como: elevada função hierárquica do Tribunal do qual provém; reputação dos juízes; proximidade temporal; compatibilidade com outras regras e efetiva aplicação em casos posteriores.⁷³

⁷¹ ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do Direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980, p. 119-120.

⁷² ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 88.

⁷³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*, p. 88-91.

Isso não significa que a lei não tenha um papel importante no Common law: tanto no Direito inglês quanto no norte-americano, a lei (*statutes; statutory law* ou *legislation*), juntamente com a jurisprudência (*case law*), constituem fontes principais do Direito, sendo que a lei tem hierarquia superior ao *case law*, pois possui eficácia revogatória em relação ao precedente judicial, sendo que este pode apenas interpretar, mas não revogar a lei. A tradicional visão inglesa era a de que “a lei era um meio relativamente anormal de produção do direito”. No entanto, hoje, cada vez mais, o Parlamento inglês distribui, por todo o Reino Unido, competência para legislar, enquanto que nos Estados Unidos a produção legislativa, tanto federal quanto estadual, é abundante, conforme será visto oportunamente, em virtude da própria forma Federativa de Estado.⁷⁴

O comparatista holandês Cees van Dam sintetizou claramente a essência do Common law, afirmando:

O sistema do common law não está atrás de regras, mas de casos e precedentes. Quando um juiz do common law é chamado para decidir um caso, ele olhará, preferencialmente, para um caso semelhante do que aplicará uma regra. Em consequência, ele irá olhar para a orientação da decisão dada em caso similar. Encontrando uma decisão na common law, a ênfase é sobre a comparação dos fatos do caso e não, como é em muitos sistemas de Direito continental, na aplicação de uma norma abstrata. A doutrina do precedente vinculativo se refere ao fato de que a decisão de uma Corte superior está vinculando a de uma Corte inferior. As decisões da Suprema Corte, a mais alta Corte civil e criminal da Inglaterra, vinculam todas as outras Cortes.⁷⁵

A origem dos *torts* remonta às origens do Common law. Na formação do Common law na Inglaterra (de 1066 até o final do século XV) as principais fontes do Direito eram o costume e o Direito canônico, havendo três Tribunais que aplicavam a *comune ley* (antecedente linguístico da expressão inglesa common law): a *Court of Exchequer*, que tratava de assuntos de natureza fiscal; a *Court of Common Plea*, que cuidava dos conflitos fundiários e a *Court of King's Bench*, a qual era atribuída a matéria criminal. Não havia um Direito comum (Common law) na Inglaterra, embora esses Tribunais invocassem a sua aplicação, sendo efetivamente utilizadas algumas regras consuetudinárias e outras inspiradas no Direito

⁷⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*, em especial, p. 88-92 e p. 106-112.

⁷⁵ VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 93-94 (trad. nossa). No original: “The common law system is not run by rules but by cases and precedents. When a common law judge is called to decide a case, he will look for a comparable case rather than an applicable rule. Subsequently, he will look for guidance in the decision give in the comparable case. In finding decision in common law, the emphasis is on comparison of the facts of the case and not, as is the case in most continental systems, on the application of an abstract standart. The doctrine of binding precedent refers to the fact that a decision of a higher court is binding on a lower court. Decisions of the Supreme Court, the highest civil and criminal court in England, bind all others courts”.

romano e canônico. Mas os Tribunais teriam se guiado, especialmente, por critérios de razoabilidade e de bom senso, estando, aí, a origem dos precedentes, sendo o Common law, conforme referem Carlos Ferreira de Almeida e Jorge Morais Carvalho, “desde a origem, direito jurisprudencial e não direito consuetudinário”.⁷⁶

Os direitos somente eram reconhecidos pelos Tribunais se estivesse previsto um processo para a sua efetivação: não sendo escolhido o *writ* (remédio apropriado) ao caso, o pedido seria improcedente, sendo que a partir do século XIII, os *writs* passaram a ser registrados, sendo que o número “já oscilava entre as cinco e sete dezenas”.⁷⁷

Mas e o que significa a palavra tort?

Vivienne Harpwood ensina que, “em inglês, a palavra ‘tort’ tem um puro significado técnico-legal – um erro legal para o qual a lei providencia um remédio”.⁷⁸ A citada professora, em sua obra, lembra, ainda, que há uma divisão entre a responsabilidade civil delitual e a responsabilidade que decorre de um contrato: naquela, a lei impõe certos deveres para as partes, elas não têm um contato prévio antes de o ilícito ser cometido, enquanto nesta os termos da responsabilidade são aqueles fixados pelas partes, afirmando, expressamente, que no Direito moderno, é irreal supor que o contrato e o ilícito são muitos diferentes um do outro.

Zweigert e Kötz ressaltam que, em muitos sistemas de Direito privado, além dos contratos e dos atos ilícitos, há uma terceira situação que também é capaz de gerar responsabilidade: o enriquecimento indevido.⁷⁹

Conforme observa Bruno Miragem, no Common law, há uma separação rígida entre a *law of torts* e a *law of contracts* (responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual), o que nos sistemas de direito continental é diferente, pois neles a responsabilidade civil abrange tanto os danos extracontratuais quanto os contratuais. Continua dizendo que a noção de tort “aproxima-se da noção de delito dos sistemas de direito romano-germânico, implicando causação de um dano injusto”.⁸⁰

⁷⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 76-77.

⁷⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*, p. 78.

⁷⁸ HARPWOOD, Vivienne. *Modern tort law*. 7. ed. London and New York: Routledge-Cavendish, 2009, p. 1 (trad. nossa). No original: “In English, the word ‘tort’ has a purely technical legal meaning – a legal wrong for which the law provides a remedy”.

⁷⁹ ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 538 e ss.

⁸⁰ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25 e 112.

Menezes Cordeiro explica que a expressão *tort* advém do latim *tortus* (em português, torto), significando torcido, desviado, também referindo que a tradução mais próxima, para os países de sistema de Civil law, é a de delito.⁸¹

Nos países do Common law, a responsabilidade civil por danos é extremamente ampla e diversificada, tendo em vista a forma como é “modulado” o sistema: diante do problema que surge, os Tribunais examinam o caso, formando o chamado sistema de precedentes. Para cada tipo de dano (de lesão) corresponde uma ação, variando os *torts* também conforme o dano seja intencional ou não. André Tunc chama a atenção para o fato de que a classificação usada na Inglaterra apresenta um desenvolvimento peculiar em outros países do Common law, como, por exemplo, os Estados Unidos⁸² (a invasão de privacidade, na Inglaterra, ao contrário dos Estados Unidos, é protegida, mas de forma tímida, contrastando com a ampla proteção dada pelo Direito norte-americano).⁸³

Zweigert e Kötz esclarecem que “cada um dos danos é regulado de forma independente, cada um têm seus próprios elementos constitutivos e suas defesas”.⁸⁴

O fundamento da responsabilidade civil na *tort law* é a *fault*, falha. Para Menezes Cordeiro, a *fault* “implica um desalinhamento perante os preceitos legais e as regras morais, tendo manifesto contato com a *faute* francesa”. Todavia, adverte o autor, que a *fault* inglesa não desempenha o papel nuclear da *faute* francesa, prevalecendo a ideia não de uma cláusula geral, mas de esquemas formalizados. Ainda afirma que, na falta de uma categorização geral, “a multiplicação de imputações objetivas e a tecnicização da *negligence* [*tort* sobre a qual se falará neste trabalho] são apontadas como elementos de afastamento da *fault*”.⁸⁵ O autor português também ressalta a complexidade no estudo dos *torts* em outros países que não são de língua inglesa, em razão da ausência de correspondência do termo em outros idiomas,

⁸¹ O autor português, ao falar sobre a *tort law*, refere que falta uma expressão geral para designar o “Direito da responsabilidade”, sendo que, no inglês técnico, usa-se a expressão *tort*. Ainda, expressamente menciona que, na origem, há um paralelo com o Direito romano: o *tort* seria comparável com o *delictum*. No entanto, para ele, o *delictum*, pelo estudo intensivo nas universidades e pela interação com os princípios gerais, dando especial destaque ao da boa-fé, sofreu processos confluentes de abstração e de generalização, até desembocar em fórmulas gerais como a dos arts. 1382 do Código de Napoleão [atual art. 1.240 do CC francês] e § 823, I do BGB; o *tort*, na base de aplicação judicial e da técnica dos precedentes, “manteve-se repartido pelas suas várias manifestações”. Veja-se MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de Direito civil*. Direito das obrigações, gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2016, p. 343-344. v. VIII.

⁸² TUNC, André. (Ed.). Liability for One’s Own Act. In: _____. *International Encyclopedia of comparative law*. Tort or torts. Tübingen J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1979, p. 10. v. XI, capítulo 2.

⁸³ PORTO, Sérgio José. *A responsabilidade por difamação no direito inglês*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 16.

⁸⁴ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to Comparative Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 605.

⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de Direito civil*. Direito das obrigações, gestão de negócios, enriquecimento sem causa e Responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2016, p. 345. v. VIII.

fazendo uma observação pertinente através de um paralelo entre as línguas portuguesa, alemã e inglesa, *verbis*:

Também perante o inglês jurídico podemos apontar a questão linguística grave da não correspondência de conceitos. Não logramos traduzir em alemão (ou em português) *fault*, a aproximar da *faute* francesa e que, em última análise, redundará num misto de culpa e de ilicitude.

Fazendo o exercício inverso, verifica-se que os especialistas, ao retroverter o alemão para o inglês, usam a expressão *unlawfulness* para traduzir *Rechtswidrigkeit* ou ilicitude e *fault* para exprimir a *Schuld* ou culpa.

De novo deparamos com o condicionamento linguístico do Direito: um mundo de implicações jurídico-científicas que muito irão interferir no Direito civil europeu.⁸⁶

Assim, embora as classificações sejam altamente variadas (porque muitos são os tipos de lesão), podemos atentar para os seguintes tipos de responsabilidade, levando-se em consideração os principais tipos de danos: a) danos à integridade física da pessoa: *assault* e *battery*; b) *defamation (libel and slander)*; c) danos à propriedade (*trespass to land*); d) danos aos produtos (*trespass to goods*); e) *nuisance* (é uma perturbação na ordem, que pode ser pública ou privada – no caso de ser privada, constitui, basicamente, conflito entre vizinhos); f) *negligence* (responsável pela ampliação dos deveres de diligência) etc.^{87 88}

Há, ainda, a chamada *strict liability* (responsabilidade estrita ou responsabilidade objetiva), onde não há qualquer discussão a respeito do comportamento negligente do agente, sendo o foco das atenções o nexo de causalidade,⁸⁹ ressaltando Cees Van Dam que este tipo de responsabilidade é extremamente raro no Direito inglês.⁹⁰

Modernamente, não há como falar sobre torts sem se fazer menção, ainda que breve, às suas funções, seus objetivos, adotando-se a síntese proposta por Vivienne Harpwood.⁹¹ A autora menciona que os objetivos da responsabilidade delitual podem ser sintetizados em 7 (sete) pontos: a) compensação (dizendo que é a mais óbvia finalidade da responsabilidade, na

⁸⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de Direito civil*, p. 345-346. v. VIII.

⁸⁷ Aqui, está se adotando a classificação proposta por Cees Van Dam. VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁸⁸ É de recordar, aqui, a “arrumação” feita por Markesinis, Johnston e Deakin’s (parecida com a utilizada por Cees Van Dam), bastante aplicada pelos comparatistas ao abordarem o tema dos torts: tort of negligence, especiais forma de negligência, interferência com as pessoas, imóveis, móveis e interferência intencional com os interesses econômicos, responsabilidade objetiva (por exemplo, responsabilidade pelos animais, a responsabilidade do empregador e a responsabilidade pelo produto), a proteção da dignidade humana e as defesas e remédios para os tipos de lesão. DEAKIN, Simon, JOHNSTON, Angus, MARKESINIS, Basil. *Tort law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁸⁹ ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 646-684.

⁹⁰ VAN DAM, Cees. *European tort law*, p. 102.

⁹¹ Vivienne Harpwood é professora de Direito da Universidade de Cardiff – capital do país de Gales, tendo grande experiência em aspectos legais médicos e proferindo muitos cursos ao redor do Reino Unido. Disponível em: <<https://www.cardiff.ac.uk/people/view/478862-harpwood-vivienne>>. Acesso em: 03 maio 2018.

medida que representa um canal para a compensação das vítimas de lesões e de perdas); b) proteção de diferentes interesses (a *law of torts* protege interesses da pessoa na terra e em outras formas de propriedade, assim como a sua reputação, a sua integridade física, referindo que vários torts têm sido desenvolvidos com estas finalidades); c) dissuasão (no sentido de encorajar, estimular as pessoas a conduzirem suas atividades de forma mais cuidadosa, consciente da possibilidade dos efeitos de suas atitudes sobre outras pessoas e suas propriedades. Este efeito, segundo a autora, está refletido na grande conscientização da necessidade de gerenciamento de risco pelos fabricantes, pelos empregadores, pelos operadores de saúde e outros, mencionando, ainda, que isto é estimulante para as companhias de seguro, sendo este efeito dos torts menos presente no setor automobilístico); d) retribuição (no sentido de oportunizar à pessoa que tenha sofrido uma lesão uma oportunidade de ver o autor desta lesão a se submeter a um exame diante de uma Corte, aspecto que será abordado com mais detalhes quando tratarmos das diferenças entre o Direito inglês e o norte-americano); e) reivindicação (os torts oferecem uma oportunidade para a pessoa que se julga inocente ter esse seu estado de inocência publicamente reconhecido por uma Corte, lembrando a autora que nem sempre todos os casos de lesão chegam ao Judiciário); f) a distribuição de perdas (a perda significa redistribuição de custos do requerente que sofreu a lesão para o requerido ou, em muitos casos, para uma companhia de seguros, ressaltando que, atualmente, quase todos pagam seguros ou compram artigos por preços altos para cobrir o pagamento de um seguro, o que envolve despesas administrativas consideráveis que acabam se refletindo no custo do próprio sistema de responsabilidade civil) e g) punição pela conduta indevida (representa um valor moral simbólico, no sentido de que aquele que produziu a lesão deve pagar pelo erro cometido à vítima, aspecto que, na opinião da autora, tornou-se menos relevante com a introdução da figura do seguro).^{92 93}

Feitas essas considerações iniciais sobre a figura dos torts, passa-se ao exame da chamada responsabilidade delitual na Inglaterra e, posteriormente, nos Estados Unidos,

⁹² HARPWOOD, Vivienne. *Modern tort law*. 7. ed. London and New York: Routledge-Cavendish, 2009, p. 13-14.

⁹³ Essa questão referente à existência dos seguros tornar “menos relevante” a função punitiva da responsabilidade civil, exposta por Vivienne Harpwood e da qual se discorda, será abordada especificamente ao se tratar dos danos punitivos no Brasil e dos fundamentos para a sua aplicação. Por agora, cabe apenas registrar a discordância e que esta pode ser uma posição sustentável em países integrantes do Reino Unido, mas não no Brasil, devido, principalmente, às diferenças econômicas e sociais vivenciadas nos dois países. A mesma autora reconhece que os aspectos econômicos e sociais influenciam na evolução da própria *law of torts*, dizendo que: “O processo de evolução é em parte uma reação às mudanças nas condições econômicas e sociais e de valores sociais” (trad. nossa). No original: “The process of evolution is in part a response to changes in social and economic conditions and social values”. HARPWOOD, Vivienne. *Modern tort law*, p. 7.

estabelecendo-se as principais diferenças entre os ordenamentos jurídicos inglês e norte-americano, com especial atenção à situação da Louisiana, que é um Estado americano que adota o sistema romano-germânico dentro de um país com o predomínio do Common law.

1.1.2.1 O Direito inglês: a “cabeça de estirpe” do sistema

A história do Direito inglês se confunde com a do Common law, conforme mencionamos no subitem anterior, sendo distinta da história da formação do Direito norte-americano, que se constituiu mais tarde, a partir da colonização inglesa.

Aqui, será feita uma breve referência à evolução histórica do Direito inglês, com o objetivo de ajudar na compreensão do seu funcionamento, podendo ser identificados, pelo menos, quatro períodos: a) um primeiro período, chamado de anglo-saxônico, que se estabeleceu no fim da ocupação romana, ocorrida a partir de 409, no qual o atual território do Reino Unido foi ocupado pelos povos anglo-saxônicos oriundos da Escandinávia e da Europa Central e que formaram diversos reinos, não havendo, ainda, um sistema jurídico comum a todo o país; b) um segundo período, marcado pela ocupação normanda na Inglaterra, na batalha de Hastings (1066), um dos fatos de maior relevância na história daquele país. Aqui, cumpre destacar que os normandos não impuseram o seu Direito nos territórios objeto de conquista, mas instituíram Tribunais reais, desenvolvendo, a partir de costumes legais, um Direito comum a todo o reino, a que denominaram de Common law. Conforme expressamente refere Dário Moura Vicente, o Common law foi substituindo, gradualmente, os referidos costumes, sem excluir por completo, no entanto, a aplicação destes; c) um terceiro período, que teve início com a Dinastia dos Tudor (1485-1603), o qual coincidiu, em parte, com a Renascença inglesa, a ascensão do país a ser uma grande potência mundial e a consolidação do Protestantismo. Caracterizou-se, basicamente, pelo desenvolvimento do que mais tarde seria conhecido como *equity* (que não se confunde, na atualidade, com a equidade dos sistemas de Direito romano-germânico, tratando-se de um conjunto de normas jurisprudenciais fixadas em precedentes e conferindo ao Direito inglês uma estrutura dualista, porque baseado em regras de *Common law* e de *equity*, sendo que esta, no início, era aplicada pela Chancelaria). Neste período, também, foi editado, em 1688, o Bill of Rights, que deu origem ao Constitucionalismo inglês e d) um quarto período, correspondente ao Direito moderno, que vai de 1873 até a atualidade, marcado pela crescente relevância da legislação,

pois a jurisprudência (*case law*) era, até o final do século XIX, quase que exclusiva.^{94 95}

Durante esse período do chamado Direito moderno inglês, houve uma grande reforma em 2005, que provocou profundas alterações em termos de organização judiciária, através do Constitutional Reform Act, criando a Supreme Court of United Kingdom (não apenas da Inglaterra, portanto, mas de todo o Reino Unido), totalmente separada da Câmara dos Lordes.⁹⁶

É dentro desse Direito inglês moderno que se estrutura a responsabilidade civil delitual, dando-se especial destaque, neste ponto, aos danos à pessoa, à sua integridade física e à sua saúde, bem como ao chamado *tort of negligence* (devido a sua importância no *Common law* atual), para que se possa estabelecer uma comparação funcional com os sistemas francês e alemão.

Partindo-se para a análise dos *torts* em espécie, quanto aos danos à integridade física da pessoa, podem assumir a forma de *assault* ou *battery*, sendo que ambos exigem como requisito específico a intenção de lesionar. Se o requerente não consegue provar a conduta intencional do requerido, terá que se valer do *tort of negligence* que exige, basicamente, a violação de um dever de cuidado (*duty of care*).⁹⁷

Essas diferenças ficam bastante claras quando se examina o caso paradigmático sobre o tema - *Letang v. Cooper*, no qual foi consolidado o entendimento de que qualquer dano à integridade física precisa ser intencional, não bastando o mero descuido para gerar a indenização. *Frank Cooper*, dirigindo o seu Jaguar, atingiu as pernas de *Dorren Letang*,

⁹⁴ VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 230-232. v. I.

⁹⁵ Para um estudo detalhado sobre a história do Direito inglês: DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 353-391; DAVID, René. *O direito inglês*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁹⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, em especial, p. 81-85. Os autores portugueses oferecem um panorama bastante didático e atualizado a respeito da organização judiciária inglesa, mostrando que, a partir de 2005, o sistema judiciário inglês é formado por Tribunais superiores, que são a *Supreme Court of the United Kingdom* (instância máxima não apenas da Inglaterra, mas de todo o Reino Unido) e as *Senior Courts of England and Wales* (que substituiu a antiga Supreme Court of Judicature), a qual é formada por outros 3 (três) Tribunais: a) *Court of Appeal* (corresponde à antiga Câmara dos Lordes e que se manifesta em raríssimos casos); b) *High Court of Justice* e c) *Crown Court*. É de se destacar, entretanto, que todos esses Tribunais, embora não possuam a mesma hierarquia, têm um aspecto em comum: todos geram precedentes vinculativos. Dentro da estrutura interna da *High Court of Justice* há a chamada *Queen's Bench Division*, que possui competência residual, decidindo assuntos de responsabilidade civil delitual (*torts*), em primeira instância ou em grau de recurso, dependendo do valor da causa. Há, ainda, os chamados Tribunais inferiores (responsáveis por questões cíveis e criminais de menor complexidade), que são: a) os chamados *Country Courts*, que constituem cerca de 200 (duzentos) Tribunais em todo o país, decidindo questões de natureza cível e b) os *Magistrates Courts*, que são cerca de 330 (trezentos e trinta), julgando pequenos delitos que, segundo os autores, constituem 95% dos casos criminais. Esta é a atual conformação da organização judiciária inglesa, concluindo os professores portugueses que a estrutura dos tribunais ingleses mais se aproxima de um "T invertido": a sua base é preenchida por um elevado número de Tribunais inferiores e a haste é composta por Tribunais superiores.

⁹⁷ VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

enquanto ela estava tomando sol em uma faixa de grama perto do estacionamento de um hotel. Mais de três anos se passaram até que ela interpusesse a ação, o que significa que em razão do seu descuido teria perdido o prazo para propor uma indenização com base no *tort of battery*. A Corte decidiu que não apenas nos casos envolvendo trânsito, mas na generalidade, tem que ser provada a intenção do agente. Então, o julgador disse que “quando a lesão não é realizada intencionalmente, mas de forma descuidada, só se pode usar o *tort of negligence* e não o *tort of battery*”. Doreen não recebeu qualquer compensação pela lesão das suas pernas, pois perdera o prazo para intentar o *tort of negligence* e não tinha provas da intenção do condutor do automóvel em lesioná-la. Esta decisão marcou o fim da responsabilidade por danos à pessoa causados de forma não intencional.⁹⁸

A diferença principal entre *assault e battery* é que nesta há uma intencional e direta aplicação de força na outra pessoa, há um contato corporal forçado, enquanto naquele há um ato que causa no indivíduo uma apreensão de sofrer alguma agressão contra si, podendo ser compreendida como uma falta de contato físico, mas que causa receio de uma possível agressão.⁹⁹

Battery significa que há um ilegal e intencional toque no outro, esclarecendo Van Dam que este contato deve ser planejado, não constituindo mera consequência de um dano. Mas não é um contato ilegal qualquer que caracteriza a figura como, por exemplo, um empurrão durante um horário de *rush* em qualquer grande cidade, conforme esclarecido no caso *Collins v. Wilcock* (1994), no qual foi dito que muitos dos contatos físicos em sociedade não serão acionáveis porque fazem parte do risco da vida em sociedade, como um empurrão no supermercado ou numa estação de trem, exigindo, entretanto, um comportamento positivo.¹⁰⁰

No chamado *assault*, o demandado deve ter criado uma impressão razoável de uma agressão iminente, tendo sido reconhecido, por exemplo, no caso *Ireland & Burstow* (1997), onde uma pessoa fez, durante vários momentos, silêncio numa chamada ao telefone para uma mulher que sofria de doença depressiva, sendo que a chamada telefônica lhe causou medo de sofrer uma imediata violência. Hoje, na Inglaterra, há o chamado *Harassment Act*, de 1997, que oferece uma base firme para a ação indenizatória.¹⁰¹

Nos Estados Unidos (conforme se esclarecerá a seguir, a estrutura geral dos *torts* é a mesma da Inglaterra, porém com várias peculiaridades decorrentes de diferentes fatores), provavelmente o caso citado (*Ireland & Burstow – 1997*) hoje poderia ser reconhecido como

⁹⁸ VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 110-111.

⁹⁹ VAN DAM, Cees. *European tort law*., p. 111-112.

¹⁰⁰ VAN DAM, Cees. *European tort law*, p. 111.

¹⁰¹ VAN DAM, Cees. *European tort law*, p. 112.

um novo dano, chamado de *stalking* (do verbo, em inglês, *to stalk*, perseguir), sendo relativo à conduta de alguém em seguir outra pessoa, acompanhando todos os seus passos, telefonando seguidamente, encarando, visando a incutir temor, apreensão ou até mesmo incomodar de forma exacerbada.¹⁰²

Nas ações de *assault* e *battery*, as situações que podem ser alegadas em defesa dizem respeito à legítima defesa, ao consentimento e à necessidade médica. Merecem especial destaque aqui casos envolvendo necessidade de tratamento médico como defesa, por propiciarem uma comparação entre os diferentes sistemas jurídicos de *Common law* e *Civil law*. Por exemplo, se uma pessoa não é apta a dar o seu consentimento para um tratamento, ou porque está inconsciente após um acidente ou, ainda, porque seja portadora de uma deficiência mental, a necessidade médica deve ser usada como um recurso de defesa, devendo o médico provar que havia uma impossibilidade de comunicação com a vítima e que a intervenção foi feita amplamente no “melhor interesse” (*best interest*) dela. São colhidos casos da jurisprudência inglesa no sentido de autorizar uma esterilização numa mulher com problemas mentais ou, ainda, num transplante de medula óssea entre irmãs. No entanto (e aqui está um aspecto cultural bastante interessante a justificar a abordagem do tema), a necessidade médica como defesa não pode invadir a autonomia pessoal da vítima, devendo esta autonomia prevalecer, como princípio, sobre qualquer paternalismo. Isso significa, por exemplo, que se uma mulher grávida toma qualquer decisão precipitada em relação à criança, ou melhor, feto (porque ainda não nasceu), não poderá haver intervenção médica, pois os ingleses consideram que deve prevalecer a autonomia da mãe, sendo que aquele que ainda não nasceu não pode ser considerado sujeito de direitos,¹⁰³ situação essa que é bem diferente em alguns países de *civil law*, como, por exemplo, na França, em que o direito privado põe a salvo os direitos do nascituro.

Nos casos envolvendo danos à pessoa, durante a gestação, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos (aqui, os dois ordenamentos jurídicos serão analisados em conjunto, para

¹⁰² Conforme destacado por Eugênio Facchini Neto (para quem o *stalking* não configuraria propriamente um dano, mas uma forma de conduta), nos Estados Unidos, a figura é reprimida tanto cível quanto criminalmente em diversos estados-membros, sendo o problema bastante difuso e preocupante, demandando diversos estudos, inclusive de uma advogada em Washington, Silvia Strikis (especialista no assunto), no qual ela refere que os *stalkers* normalmente começam a prática simplesmente para chamar a atenção da vítima e, ao serem rechaçados, passam a ameaçá-la e, em casos patológicos, chegam a matá-la (quando, então, não poderia ser reconhecido como *assault*). Segundo a mencionada advogada, as medidas cíveis e criminais para proteger as vítimas são pouco eficazes, apesar de a figura ser prevista como crime no Código Civil da Califórnia e em algumas legislações estaduais americanas, como no caso de *Illinois*. FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012.

¹⁰³ VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p 114.

um melhor entendimento dos casos concretos), embora seja adotado sistema jurídico diverso da França e da Alemanha, em linhas gerais, em matéria de responsabilidade civil, as soluções apresentadas são semelhantes.

A primeira situação diz respeito ao chamado *wrongful conception* (concepção indevida ou indesejada) envolvendo situações em que os casais optaram por não ter filhos e o método anticoncepcional utilizado, por falha médica ou do laboratório, não funcionou, nascendo uma criança saudável.¹⁰⁴

Cees Van Dam assim define a questão: *wrongful conception* “é o termo utilizado para o nascimento de uma criança, indesejada ou não planejada, causado por falha imputável a outrem”.¹⁰⁵

Aqui, o interesse protegido é a frustração do direito ao planejamento familiar de um casal ou de uma mulher, fazendo com que o direito à autodeterminação feminina (procriação ou o momento mais adequado da vida para ter filhos) seja prejudicado. Facchini Neto explica que, antigamente, a jurisprudência estrangeira era restritiva quanto à ocorrência desse dano, pois a vida de uma criança era sempre considerada uma benção. Posteriormente, esse entendimento foi sendo alterado.¹⁰⁶

Segundo autores norte-americanos, em relação ao *wrongful conception* há um consenso nas jurisdições estaduais no sentido de que as despesas, os custos e o sofrimento diretamente decorrentes da gravidez e do parto devem ser ressarcidos, permanecendo a controvérsia em relação aos gastos com a criação do filho indesejado, o que em regra, na Inglaterra, não é admitido.^{107 108}

Já a figura do chamado *wrongful birth* (nascimento indevido ou indesejado) envolve, ao contrário da figura anterior, uma gravidez que foi planejada, desejada, mas que por falha médica no acompanhamento pré-natal (por exemplo, não detectada rubéola na mãe) ou em exames clínicos (exame do líquido amniótico sem percepção de doença congênita), houve o nascimento de uma criança com deficiências físicas ou mentais.¹⁰⁹

¹⁰⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012, p. 179-181.

¹⁰⁵ VAN DAM, Cees. *European tort law*, 193 (trad. nossa). No original: “Wrongful birth is the term for the birth of an unwanted or unplanned child caused by someone else’s wrongful conduct”.

¹⁰⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012, p. 179.

¹⁰⁷ DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. *Prosser and keeton on the law of torts*. 5. ed. St. Paul/MN: West Group, 2004, p. 372.

¹⁰⁸ VAN DAM, Cees. *European tort law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 196.

¹⁰⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos, p. 181-184. Cumpre referir que o comparatista holandês Cees Van Dam, ao contrário de Facchini Neto, não faz a

Facchini Neto alerta para o fato de que essa figura só faz sentido em países cujos ordenamentos jurídicos autorizam o aborto, a critério da mãe, havendo uma valorização da autonomia privada, do direito à autodeterminação dos direitos reprodutivos da mulher e do planejamento familiar, ao contrário dos países em que o aborto não é permitido ou que proíbem o aborto terapêutico. Muitos países europeus (Áustria, Bélgica, França, Alemanha, Portugal, Itália e Espanha) reconhecem esse tipo de dano, concedendo alguma indenização à mãe, ou pela frustração da autonomia privada ou por danos extrapatrimoniais, referindo Facchini que o mais comum “é a compensação econômica dos pais pelas despesas acrescidas com a criação de um filho deficiente”.¹¹⁰

O terceiro tipo de dano desse grupo é o mais polêmico: o chamado *wrongful life* ou “vida desvaliosa”. É a própria criança, que fica severamente incapacitada, em virtude de um erro médico-hospitalar, representada por seus pais, que pede uma indenização por ter nascido em tais condições e “ter sido condenada” a uma vida sem qualidade. Segundo ressalta Facchini Neto, “a ideia que está por trás desse tipo de dano (questionável) é a de que é melhor estar vivo, ainda que sem nenhuma qualidade de vida, do que não existir”. Ainda, nos Estados Unidos, poucas jurisdições estaduais admitem esse tipo de dano, por envolver, predominantemente, aspectos filosóficos e teológicos sobre a existência humana, para o qual os estudiosos do Direito não se consideram devidamente preparados e qualificados.¹¹¹

Particularmente, entende-se que o problema desse dano à pessoa, além de possuir contra ele uma forte oposição mundial, o equívoco já começa pelo seu próprio nome, “vida desvaliosa”, trazendo embutida a ideia de que uma vida possa não ser valiosa. Melhor seria, para destacar a ideia das limitações físicas e psíquicas decorrentes do nascimento, denominá-lo de “dano à vida saudável”.

No que tange ao chamado *tort of negligence*, constitui uma regra geral de responsabilidade que foi desenvolvida já no século XX. Segundo esclarece Van Dam, para a sua configuração, são exigidos três elementos: um dever de cuidado (a *duty of care*); a quebra deste dever e um dano.¹¹² Rodolfo Sacco ainda acrescenta um quarto elemento: que este dano não seja indireto (exclui os chamados *remoteness of damage*).¹¹³

distinção acima apontada entre *wrongful conception* e *wrongful birth*. VAN DAM, Cees. *European tort law*, p. 193-198.

¹¹⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012, p. 182.

¹¹¹ FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos., p. 184.

¹¹² VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 102.

¹¹³ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 134.

O dever de cuidado implica a existência de algum tipo de relacionamento entre o requerente e o requerido prévio ao dano. Este dever de cuidado é o elemento mais característico e mais importante do *tort of negligence*, estando baseado num dever legal e não num descuido ou numa imprudência. No início, tinha por objeto apenas situações específicas de dever, o que foi se modificando ao longo do século XIX.¹¹⁴

O *leading case* do instituto foi o chamado caso *Donoghue v. Stevenson* (1932), no qual uma senhora estava visitando um café em Glasgow e uma amiga sua trouxe uma garrafa de cerveja para ela tomar. A cerveja veio em uma garrafa verde escura, onde havia um caramujo parcialmente decomposto. A senhora sofreu uma dor estomacal e um stress emocional, tendo reclamado uma indenização contra o fabricante da garrafa. A Casa dos Lordes, por maioria, manteve a responsabilidade da pessoa que era responsável pelo café, dizendo que esta possuía um dever de cuidado com o consumidor final, no caso a Sra. *Donoghue*. Este dever, entretanto, ensejava reparação apenas se o defeito não fosse detectável (no caso, a cor da garrafa tornava impossível visualizar o caramujo). *Lord Atkin* fez um dos mais famosos relatos da história da Inglaterra, relativamente ao dever de cuidado no *tort of negligence*, referindo que a regra no sentido de que você tem que respeitar o próximo deve ser aplicada e a questão proposta pelo advogado, no sentido de perguntar quem é que tem o dever de cuidado, quem é que não pode lesar o outro, no seu entender, deve ser respondida como sendo qualquer pessoa próxima ao lesado.¹¹⁵

Mais tarde, essa questão relativa ao dever de cuidado foi restringida e ampliada várias vezes até que, no chamado caso *Caparo Industries plc. v. Dickman* (em 1990), ficou estabelecido que em situações novas, onde não houvesse precedentes a respeito, havia três requisitos que precisavam ser preenchidos para a configuração do dever de cuidado: a) o dano precisava ser razoavelmente previsível; b) deveria haver proximidade entre o requerente e o requerido e c) a imposição do dever de cuidado deveria ser justa e razoável. Em outras palavras: voltou-se a uma noção restritiva do dever de cuidado, como a adotada em *Annes v. Dorset Yatch* (caso do dever de proteção das autoridades locais para com os compradores de um prédio em relação ao construtor, que estava em má situação financeira).¹¹⁶ Neste caso, consoante refere Van Dam, “o método inglês desenvolvido, comparado com o francês e o

¹¹⁴ Rodolfo Sacco comenta: “No fim do século XIX alguma coisa mudou. Embora o *tort of negligence* figurasse como uma espécie autônoma, o remédio a que ele dava lugar começou a expandir a própria aplicação também em áreas onde até então a responsabilidade estava vinculada a outros *torts*, como o *trespass*, a *conversion*, a *nuisance* etc. Ao termo desta evolução, a ação de *negligence* se apresenta como um remédio preferencial na área de responsabilidade extracontratual”. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*, p. 134.

¹¹⁵ VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 104.

¹¹⁶ VAN DAM, Cees. *European tort law*, p. 105.

alemão, é muito inclinado a proteger a liberdade de atuação em detrimento do interesse da vítima”.¹¹⁷

No entanto, conforme reconhece o autor em questão, o dever de cuidado no *tort of negligence* é aceito na maior parte dos casos em que é causada (conduta comissiva) uma lesão pessoal à integridade física ou morte, não sendo reconhecido apenas em algumas áreas, como nos casos de lesão psiquiátrica ou de conduta omissiva, quando se exige que o requerente prove que ele possui uma relação próxima com a vítima direta do dano e que ele tenha presenciado o acidente ou suas consequências imediatas.¹¹⁸

Na Inglaterra, o *tort of negligence* é comumente reconhecido em casos envolvendo acidentes de trabalho, na área industrial, bem como em casos de resgate (situação em que, por exemplo, um passageiro que salta de um trem em movimento no último momento pode ser responsabilizado pelo guarda que é lesionado na tentativa de resgata-lo (*Harrison v. British Railways Board*, [1981] 3 All ER 679).¹¹⁹

Há que se referir aqui que as diferenças de regras a respeito da responsabilidade civil extracontratual nos países europeus levou um grupo de estudiosos, incentivados pelo próprio Conselho Europeu, a tentarem organizar, atualmente, alguns princípios comuns, conhecidos pela sigla PETL – *Principles of European Tort Law* (Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil), para que haja uma flexibilização e renovação constante da matéria, dando especial atenção às figuras do nexos causal e do dano.^{120 121}

¹¹⁷ VAN DAM, Cees. *European tort law*, p. 106 (trad. nossa). No original: “The common factor in these considerations is a policy approach which, compared to the French and German approaches, is inclined more often to protect freedom to act over the interests of the victim”.

¹¹⁸ VAN DAM, Cees. *European tort law*, p. 109.

¹¹⁹ ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 612.

¹²⁰ MARTÍN-CASALS, Miquel. Os ‘Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil’ – PETL no início de uma segunda década. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 359-389, jul./set. 2017. Neste artigo, inicialmente publicado em inglês e, posteriormente, traduzido para o português, o professor da Faculdade de Direito de Girona (Espanha), que é integrante do Grupo Europeu de Responsabilidade Civil, chama a atenção para a necessidade de um constante aperfeiçoamento da responsabilidade civil, afirmando que os membros do grupo não pretendem formar um Código Civil europeu, o que seria “improvável” (expressão utilizada pelo próprio autor), mas apenas formular princípios gerais que possam contribuir na solução dos casos concretos de forma eficiente, estimulando o desenvolvimento de um “sistema flexível” de responsabilidade civil. Explica que o grupo é composto por representantes de países europeus e não europeus, incluindo os Estados Unidos da América, Israel e África do Sul. É uma tentativa de aproximação entre os sistemas jurídicos europeus, mediante um processo constante de estudos e trabalhos acadêmicos, utilizando os princípios do PETL como referência comum, tentando propor “soluções melhores” (*better law approach*). Após citar casos concretos de influência do PETL na legislação, jurisprudência e pesquisa científico-jurídica em diversos países do mundo como, por exemplo, a Áustria, a Romênia, a própria Espanha e a Lituânia, explica a sua estrutura, bem como a terminologia utilizada, referindo que os princípios consistem em 36 (trinta e seis) artigos, divididos em Títulos, capítulos e seções. O primeiro título, formado pelo capítulo 1, trata das disposições fundamentais sobre a responsabilidade civil; o segundo título aborda os pressupostos gerais, sendo formado pelos capítulos 2 (dano) e 3 (causalidade); já o terceiro título, que examina os fundamentos da responsabilidade civil, possui três capítulos: o 4 (responsabilidade por culpa), o 5

1.1.2.2 O Direito norte-americano e suas peculiaridades

A colonização inglesa do que seria o futuro território americano começou em 1607, na Virgínia, sendo que, em 1732, já havia 13 (treze) colônias.¹²² Os Estados Unidos formaram-se, então, a partir da união das 13 (treze) colônias britânicas da América do Norte (Carolina do Norte, Carolina do Sul, Connecticut, Delaware, Georgia, Maryland, Massachussets, New Hampshire, New York, New Jersey, Pensilvânia, Rhode Island e Virgínia).¹²³

Um primeiro período, conhecido como colonial (1607 a 1776), foi marcado pela existência de uma população com origens diversas, com a predominância de comerciantes aventureiros e dissidentes religiosos provindos da Inglaterra. A partir do chamado Calvin's Case (1608), o Common law começou sendo aplicado aos cidadãos ingleses que tivessem fixado residência nos territórios coloniais. Contudo, nesse primeiro período (que coincide, aproximadamente, com o século XVII) a aplicação efetiva do Common law foi escassa, por várias razões, sendo que, entre elas, pode-se citar: a raridade da existência de profissionais da área jurídica; o difícil acesso às compilações e à jurisprudência; entre os colonos (principalmente os que haviam fugido da perseguição religiosa) existia uma desconfiança em relação ao Direito inglês¹²⁴ e, também, em alguns dos territórios das colônias, o Direito era

(responsabilidade objetiva) e o 6 (responsabilidade pelo fato de outrem); o título quatro, por sua vez, é integrado pelo capítulo 7 (exclusão ou limites da responsabilidade) e pelo capítulo 8 (conduta ou atividade concorrente); o título cinco é formado pelo capítulo 9, que trata da pluralidade de responsáveis e o título sexto – Direitos do Lesado, é formado pelo capítulo 10 (danos), dividido em quatro seções: a) Seção 1 – regras gerais; b) Seção 2 – danos patrimoniais; c) Seção 3 (danos extrapatrimoniais) e d) Seção 4 – Limitação da indenização. Os princípios foram traduzidos, já na sua primeira publicação, em 13 (treze) línguas, sendo que, posteriormente, foram também traduzidos para o mandarim, para o japonês, para o coreano e para o russo, por nativos daqueles países. Após abordar o que chama de elementos da responsabilidade com base nos princípios, o autor e professor espanhol conclui que ainda há muito a ser feito pelo grupo e que da revisão dos atuais princípios, até o final desta década, deve ser produzida uma nova versão, tão melhor quanto possível.

¹²¹ A íntegra dos princípios, em várias línguas, inclusive em português, assim como os trabalhos do grupo, estão disponíveis em: < <http://www.egtl.org/principles>>. Acesso em: 20 maio 2018.

¹²² ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 98.

¹²³ VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 280. v. I.

¹²⁴ É preciso lembrar que entre os primeiros colonos da América estavam membros de seitas protestantes calvinistas. Perseguidos na Inglaterra, em razão do “caráter subversivo” da sua teologia, que militava em favor da purificação da Igreja Anglicana de forma a dela eliminar todos os vestígios do Catolicismo, emigraram, ao redor do ano de 1620, para o território da região posteriormente conhecida como Nova Inglaterra, onde fundaram comunidades que se regeram, no século XVII, por cartas (*charters*), pactos (*compacts*) ou alianças (*covenants*), consagrando, de um lado, a ideia de soberania popular e, de outro, várias formas de autogoverno. Havia uma hostilidade muito grande, por parte dos puritanos (protestantes) em relação a todas as formas de centralização de poder, fosse civil ou religioso, tendo a sua expressão máxima na rejeição ao Papado e à supremacia do monarca na Igreja Anglicana. Essa influência protestante pode ser percebida no próprio preâmbulo da Constituição americana, no qual está subjacente a ideia de que os poderes constituídos se fundam num pacto social, que constitui a base da comunidade política, assim como, no

incerto e as decisões discricionárias. Em algumas colônias, por exemplo, Massachussets (1648) e Pensilvânia (1682), surgiram Códigos, com uma estrutura bastante primitiva, no entanto, a Bíblia era um dos instrumentos mais importantes na resolução de conflitos.¹²⁵

No entanto, em um segundo período (a partir do início do século XVIII), várias razões atuaram justamente no sentido inverso, qual seja, a de favorecer a efetiva recepção do Direito inglês no território dos Estados Unidos da América. Entre as principais causas estão: a chegada de juristas ao novo continente; a formação jurídica, na Inglaterra, de alguns colonos; a publicação, na Filadélfia (entre 1771-1772), da obra com comentários jurídicos denominada *Blackstone's Commentaries on the laws of England*; a utilização do Common law como uma instrumento de defesa contra o poder dos colonizadores e a consciência, por parte dos colonos de origem inglesa, da ameaça que poderia constituir a influência dos direitos francês e holandês.

Aquelas 13 (treze) colônias americanas, finalmente, através de uma declaração subscrita em 04 de julho de 1776, declararam-se Estados livres e independentes,¹²⁶ com texto parcialmente reproduzido, em português, por Jorge Miranda, onde é possível se identificar não apenas as razões da ruptura com o Império Britânico, mas também as linhas fundamentais do pensamento político e jurídico americano:

Consideramos de per si evidentes as verdades seguintes: que todos os homens são criaturas iguais; que são dotados pelo seu Criador com certos direitos inalienáveis; e que, entre estes, se encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Os governos são estabelecidos entre os homens para assegurar esses direitos. E os seus justos poderes derivam do consentimento dos governados; quando de qualquer forma de governo se torna ofensiva destes fins, é o direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir um novo governo, baseando-o nos princípios e organizando os seus poderes pela forma que lhe pareça mais adequada a promover a sua segurança e felicidade [...].¹²⁷

Entretanto, a Independência americana só foi reconhecida pela Inglaterra em 1783, sendo que a sua Constituição Federal foi votada em 1787 e só entrou em vigor em 1789,

Calvinismo, o pacto social constitui a base da comunidade religiosa. Essa influência da ética protestante não se resume ao Direito Constitucional americano e nem exclusivamente ao plano jurídico, tendo profundos reflexos no modo de vida americano, do chamado *way of life*, variando desde a exaltação do indivíduo até as várias proibições que tem vigorado nos Estados Unidos da América (v.g., consumo de álcool, drogas e, mais recentemente, do próprio tabaco e uso de armas de fogo). VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 286-289. v. I. Segundo a tese de Max Weber, a ética protestante acha-se na base do capitalismo moderno, que triunfou nos Estados Unidos da América. WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

¹²⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 98-99.

¹²⁶ VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 281-282. v. I.

¹²⁷ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos de direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional. Casa da Moeda, 1980, p. 35.

mesmo ano em que foi empossado o primeiro Presidente americano, George Washington.¹²⁸¹²⁹

Portanto, dessa rápida referência histórica, pode-se concluir que “a estrutura judiciária americana resultou de tensões opostas (contra ou a favor do Common law)”, havendo, contudo, fatores a favor da adoção de um modelo jurídico mais próximo dos direitos romano-germânicos (como, por exemplo, os ressentimentos contra a sua potência colonizadora – a Inglaterra; a inadaptação de algumas instituições e processos ao novo Estado; a existência de Constituições escritas – estaduais e federal e a influência de um movimento favorável à Codificação – por exemplo, em Nova Iorque, no século XIX, foram aprovados vários Códigos, entre eles, o Código Penal e o de Processo Penal de 1881) e outros a favor do Common law (como a sua aplicação antes mesmo da Independência americana; a influência do juiz inglês Blackstone; o predomínio da língua e da cultura inglesas), com a vitória do Common law.¹³⁰

Apesar de toda a profunda influência do Direito inglês nos Estados Unidos da América, dentro da família jurídica do Common law, hoje (num terceiro período da história americana), consoante refere o comparatista Dário Moura Vicente, o Direito americano possui “uma certa autonomia, sendo menor a distância que o separa dos sistemas romano-germânicos do que a que existe entre estes e o Direito inglês”, em virtude de uma série de fatores, destacando-se três deles. O primeiro diz respeito ao fato de que a influência inglesa não foi a

¹²⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 99; VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 282. v. I.

¹²⁹ À Declaração de Independência sucederam-se, em 1777, os “Artigos da Confederação”, em vigor desde 1781 e reunidos delegados de doze colônias britânicas (*Rhode Island* não participou) numa Convenção realizada na Filadélfia em 1787, foi adotada a Constituição dos Estados Unidos da América, que consagrou um sistema de governo baseado, fundamentalmente, em quatro princípios: o Republicano (surge em oposição ao sistema monárquico inglês); o da Separação dos Poderes (onde os três ramos do Estado – Legislativo, Executivo e Judicial se controlam mutuamente, através do “sistema de freios e contrapesos” (*checks and balances*), impedindo que haja concentração de poder; o Federalismo e o Princípio Democrático. A principal crítica feita à Constituição americana (contém apenas um preâmbulo e sete artigos) durante o seu processo de ratificação foi a omissão nela de uma declaração de direitos fundamentais. Essa lacuna foi sendo preenchida com a promulgação das chamadas Emendas (dez primeiros aditamentos), aprovados em 1789 e ratificados em 1791, formando o *Bill of Rights* norte-americano. Até 1992, foram ratificadas mais 17 (dezessete), sendo a Constituição americana atualmente formada por preâmbulo, 7 (sete) artigos e 27 (vinte e sete) emendas. Muitos momentos importantes da história do país coincidem com decisões proferidas pela Suprema Corte americana, que examinou e decidiu questões que dividiam a opinião pública nas respectivas épocas. (VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, especialmente, p. 282-286. v. I; FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011). A íntegra da Constituição americana pode ser encontrada, em português, no Apêndice I do citado livro de Toni Fine, bem como, em inglês, no *site* do Senado americano. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 11 maio 2018.

¹³⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 100.

única que, nos séculos XVIII e XIX, atingiu os Estados Unidos da América – na Flórida, os primeiros colonos eram, na sua maioria, originários da Espanha; na Louisiana, da França e, em Nova Iorque, da Holanda, tanto que Nova Iorque era chamada de “Nova Amsterdã”. A isso ainda se somou o fato de que, no primeiro meio século de sua existência e no século XX, o Direito americano sofreu um influxo do pensamento jurídico romanista, tanto que, em algumas partes daquele país, convivem as tradições de Common law com as de origem romano-germânicas, como é o caso especial da Louisiana, como se verá em item seguinte deste trabalho. Um segundo aspecto se relaciona com o fato de que várias instituições inglesas, de raiz medieval, não sobreviveram no novo país que se formou, como a monarquia e a distinção entre *barristers* e *solicitors*, próprias do Direito inglês. Por fim, o último ponto relativo a essa questão diz respeito ao fato de que o Direito norte-americano se revelou inovador em várias matérias, entre elas, a do direito da concorrência, sendo que muitos outros sistemas jurídicos, inclusive europeus, são hoje por ele influenciados, em maior ou menor escala.¹³¹

E é justamente a partir dessas semelhanças e diversidades que se pode chegar aos principais traços característicos do Direito americano (a partir de sua forma de Estado, de suas fontes, procedimentos e conceitos), que produzem efeitos diretos também em matéria de responsabilidade civil extracontratual, como se verá a seguir.¹³²

1.1.2.2.1 Os principais aspectos diferenciais em relação ao Direito inglês

O Direito americano, embora não seja uno, possui uma certa configuração unitária, buscando, principalmente, uma crescente aproximação e uniformização, no mesmo sentido dos PETLS de que falamos anteriormente (em matéria de responsabilidade civil, especificamente), o que é determinado por diversos fatores, entre eles, destacam-se a Constituição dos Estados Unidos e a jurisprudência da Suprema Corte americana; as leis uniformes; a frequente invocação, por um estado, da jurisprudência de outro (jurisprudência paralela) e em virtude dos *Restatements of law*,¹³³ todos os quais contribuem, nas palavras de

¹³¹ VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 280-281. v. I.

¹³² Para um exame mais detalhado sobre a história do Direito dos Estados Unidos da América, com as devidas repercussões em seu sistema jurídico e estrutura: DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 447-508; FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011; FARNSWORTH, E. Allan. 4. ed. *An introduction to the legal system of the United States*. New York: Oxford University Press, 2010.

¹³³ Os *Restatements of Law* são uma fonte secundária exclusiva do Direito americano. Baseiam-se na jurisprudência estadual (*case law*), mas são fontes de natureza doutrinária, apesar da sua aparência de Códigos. Possuem uma autoridade variável, ou um “prestígio” variável, determinado em função da sua

Carlos Ferreira de Almeida e Jorge Morais Carvalho, “para uma certa consideração unitária”.¹³⁴

Já a pluralidade está ligada à sua estrutura Judiciária e política, bem como ao sistema federativo de Estado.

Os Estados Unidos da América são um Estado Federal, formado pela União (Federação), na qual se sobrepõe a Constituição dos Estados Unidos, mais 50 (cinquenta) estados federados (que possuem as suas próprias Constituições), o Distrito Federal de Columbia e alguns territórios ultramarinos. Em termos de organização política, tem-se os Poderes Executivo (o Chefe de Estado é também o Chefe de governo, reunidos na figura do Presidente da República, em matéria federal e, nos Estados, representado pelos Governadores, sob as respectivas Constituições Estaduais); o Legislativo (na órbita federal, representado pelo Congresso americano, composto de duas Câmaras: Senado e Câmara dos Representantes e nos estados por duas Câmaras Legislativas, exceto no Estado de Nebraska, que possui apenas uma Câmara) e o Judiciário (Federal – representado pelos Tribunais Federais¹³⁵ e Estadual –

qualidade intrínseca, do prestígio dos autores e da sua atualização. Embora tenham por objetivo a exposição do Direito vigente, não representam mais do que tendências, pois não há um Direito comum a todos os Estados, sendo inegável, no entanto, que acabam por exercer certa influência no pensamento dos juizes americanos. Um dos exemplos que particularmente interessa ao presente trabalho é o caso dos *torts* (atos ilícitos), que foram reunidos em diversas compilações: *Torts 2d* (1965-1966); *Torts 3d, Products Liability* (1998), *Torts 3d, Apportionment of Liability* (2000) e *Torts 3d, Liability for Physical and Emotional Harm* (2010). Ainda, cumpre destacar que, a partir dos anos 30, o *American Law Institute* atribuiu a vários especialistas o encargo de pesquisar e publicar “o direito comum estadual”, sendo os resultados apresentados em obras separadas. Nessas obras, em cada parágrafo ou secção há uma regra ou conjunto de regras relacionadas, sendo o texto seguido por comentários e referências a outras fontes. ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 114-116; VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 326-327. v. I; FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 54-55.

¹³⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*, p. 100.

¹³⁵ De forma bastante sucinta, para que se possa ter apenas uma visão sobre o tema, os Tribunais Federais americanos se dividem em três níveis escalonados (“da base para o topo da pirâmide”, diga-se assim): a) o U. S. District Courts – que são Tribunais de primeira instância, distribuídos de forma que, no território de cada Estado haja, pelo menos, um: são 89 (oitenta e nove) nos cinquenta Estados Federados, mais cinco nos outros territórios (Distrito de Columbia, *Puerto Rico*, *United States Virgin Islands*, *Guam* e *Northern Mariana Islands*), num total de 94 (noventa e quatro) *District Courts*; b) *U. S. Courts of Appeals*, que são Tribunais de recursos, cuja jurisdição se designa como “circuitos”, que abrangem o território de vários Estados e c) a Suprema Corte Americana - *Supreme Court*, criada diretamente pela Constituição. Há, ainda, mais cinco Tribunais federais especializados, que, embora sejam de primeira instância, possuem jurisdição sobre todo o país: *US Tax Court*; *US Court of International Trade*, *US Court of Federal Claims*, *Courts of Military Review* e *US Courts of Veteran Appeals*. A competência dos Tribunais Federais é atribuída em função de dois critérios alternativos: em função da matéria (por exemplo, processos de insolvência, propriedade intelectual etc) ou em razão da pessoa (quando as partes forem cidadãos de diferentes estados da Federação americana ou uma das partes for cidadão estrangeiro, a menos que seja um divórcio ou causas com valor inferior a 75.000 dólares).

A Suprema Corte Americana julga os recursos provenientes das decisões da Court of Appeal e recursos dos Tribunais dos estados apenas quando estiver em causa interesse federal ou a compatibilidade de decisões com normas federais. ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017; FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*.

onde cada Estado define a sua própria organização judiciária, sendo que a estrutura mais comum compreende três graus de jurisdições: uma primeira instância, uma instância intermediária – de recursos – e um Supremo Tribunal estadual. Alguns estados possuem apenas duas instâncias).¹³⁶

Dessa forma, o Direito dos Estados Unidos da América constitui um sistema de estrutura complexa, que compreende 51 (cinquenta e uma) ordens jurídicas diversas: uma ordem jurídica federal (direito federal) e 50 (cinquenta) ordens jurídicas estaduais distintas (direitos estaduais).¹³⁷

Assim, fala-se em pluralidade do Direito americano porque a primeira questão a ser resolvida é a relativa a aplicação do direito federal ou do direito estadual ao caso e, se for aplicável o direito estadual, o desafio será determinar qual será o direito estadual aplicável na espécie. No entanto, seja qual for o resultado, as normas aplicáveis são procuradas na *holding* de casos anteriores análogos. O jurista americano só não se comportará dessa forma quando não houver um precedente que ele deva, em princípio, respeitar. A busca pelo precedente é insubstituível quando as normas sejam de pura criação jurisprudencial, mas também é utilizada para indagar o sentido que antes seja atribuído às normas de origem legal.¹³⁸

Ao abordarem este aspecto do sistema americano, esclarecem Carlos Ferreira de Almeida e Jorge Morais Carvalho, que: “Em qualquer das situações, porém, o jurista americano sentir-se-á mais livre do que o inglês: em geral, pela índole mais flexível do *stare decisis*; em especial quando a norma esteja integrada em Código (na acepção própria da palavra)”.¹³⁹

Feitas essas considerações gerais sobre o sistema americano, cabe agora desenvolver as suas principais peculiaridades no campo da responsabilidade civil.

Embora os Estados Unidos da América façam parte também, assim como o Direito inglês, da família de Common law, adotando o sistema dos *torts*, há quatro aspectos do

São Paulo: Martins Fontes, 2011; FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

¹³⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017; FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011; FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

¹³⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017; FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011; FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

¹³⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 116.

¹³⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*, p. 116.

Direito americano que o tornam peculiar em relação ao Direito inglês: o Federalismo; o julgamento dos atos ilícitos pelo Júri; as fontes do Direito e o *tort of negligence*.

No que tange ao Federalismo, consoante foi referido, há uma repartição de poder entre a Federação (que detém os poderes que lhe foram transferidos pela Constituição para os órgãos federais) e os Estados (titulares dos poderes que não foram atribuídos à Federação pela Constituição). No entanto, além da Constituição Federal, os Estados possuem suas próprias Constituições, há uma divisão entre o poder central e os poderes locais, constituindo o chamado Federalismo competitivo dual, marcado pelo liberalismo, pelo igualitarismo (no sentido da igualdade de oportunidades e respeito mútuo e não igualdade de resultado ou condição) e pela religiosidade (o Estado não oferece apoio a qualquer religião: cada uma delas têm seus próprios fundos, receitas e despesas), que, na verdade, são todos faces de um sentimento de liberdade.¹⁴⁰

No entanto, a interpretação da Suprema Corte americana sobre o Federalismo limita o Poder Judiciário Federal de influenciar a lei substantiva de responsabilidade civil por atos ilícitos. Por exemplo, no condado de Erie (situado no Estado da Pensilvânia), quando os Tribunais federais resolvem casos de responsabilidade civil envolvendo a prática de ato ilícito, por envolver algum Ato Federal ou diversidade de nacionalidade entre os envolvidos, eles aplicam a lei substantiva do Estado em que ocorreu a lesão. A Suprema Corte dos Estados Unidos não revisa casos envolvendo a aplicação de leis estaduais, a menos que uma questão federal seja o fundamento necessário para uma decisão. Essa limitação das Cortes federais nos casos envolvendo responsabilidade por atos ilícitos significa que o papel, em regra, é desempenhado por Cortes estaduais dos cinquenta Estados da Federação americana, o que resulta numa menor uniformidade na doutrina americana relativa à inter-relação entre leis e atos ilícitos.¹⁴¹

Em relação ao Júri, embora a figura seja originária do Direito inglês, naquele país foi praticamente abolida em relação às ações de indenização por atos ilícitos, verificando-se exatamente ao contrário no Direito americano, que acolheu a instituição não apenas em matéria criminal, mas também nas ações de indenização pela prática de atos ilícitos, desde

¹⁴⁰ Sobre a formação e desenvolvimento do Federalismo dual nos Estados Unidos, a existência da Confederação primitiva e o surgimento das ideias de Federação, com base na tripartição dos poderes de Montesquieu e nas ideias dos *Federalist Papers* – Hamilton, Madison e Jay (Federalismo moderno): REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O Federalismo numa visão tridimensional do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 81-100.

¹⁴¹ FORELL, Caroline. Comparing the United States to Australia, Canada and England. *Willamette Law Review*, v. 36, p. 865-898, 2000. Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/LuceneSearch?terms=Statutes+and+Torts&collection=all&searchtype=advanced&typea=text&tabfrom=&submit=Go&all=trueHeinOnline>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

que o valor da causa exceda 20 (vinte) dólares, através do art. III, seção 2, da Constituição americana, bem como das emendas VI (competência criminal) e VII (competência cível).¹⁴² Diz, expressamente, a sétima emenda da Constituição americana:

Nos processos de direito comum, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por Júri, cuja decisão não poderá ser revista por nenhum Tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito comum.¹⁴³

Nos Estados Unidos, portanto, cabe ao Júri decidir as questões de fato, incluindo o montante das indenizações eventualmente devidas às partes pela prática de atos ilícitos. As suas decisões, chamadas de *verdicts*, não precisam ser fundamentadas, mas devem ser tomadas por unanimidade, pois, caso contrário, haverá um novo julgamento, por um novo Júri. Ao juiz estatal, além da condução do julgamento, da supervisão do processo de escolha dos jurados, cabe o fornecimento de instruções para estes, além da decisão acerca das questões de direito.¹⁴⁴

Os Estados Unidos da América estão sozinhos nesta questão do julgamento do *quantum* das indenizações por atos ilícitos pelo Júri, pois, conforme aponta Caroline Forwell, também a Austrália e o Canadá, à semelhança da Inglaterra, seguem na mesma direção de eliminação do uso do Júri nas ações de responsabilidade pela prática de atos ilícitos.¹⁴⁵

O terceiro aspecto diferencial refere-se às fontes do Direito, principalmente em relação às fontes secundárias. Apenas os Estados Unidos da América possuem os chamados *Restatements of the law*, que possuem a aparência de Códigos, mas que se baseiam na jurisprudência estadual.¹⁴⁶ Por outro lado, a doutrina norte-americana é uma importante fonte secundária do Direito, que impressiona os povos das diferentes famílias jurídicas, conforme expressamente referem os comparatistas portugueses Carlos Ferreira de Almeida e Jorge Morais Carvalho, não apenas pela sua enorme quantidade, mas, principalmente, pela sua completude, diversidade de estilos e de modelos editoriais, despertando maior interesse e

¹⁴² VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, 566 p. v. I; FORELL, Caroline. Comparing the United States to Australia, Canada and England. *Willamette Law Review*, v. 36, p. 865-898, 2000. Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/LuceneSearch?terms=Statutes+and+Torts&collection=all&searchtype=advanced&typea=text&tabfrom=&submit=Go&all=trueHeinOnline>>. Acesso em: 05 fev. 2018; FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

¹⁴³ Texto da VII Emenda, *apud* FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*, p. 146.

¹⁴⁴ VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 296-297. v. I.

¹⁴⁵ FORELL, Caroline. Comparing the United States to Australia, Canada and England. *Willamette Law Review*, v. 36, p. 865-898, 2000. Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/LuceneSearch?terms=Statutes+and+Torts&collection=all&searchtype=advanced&typea=text&tabfrom=&submit=Go&all=trueHeinOnline>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

¹⁴⁶ A respeito dos *Restatements of the law*, v. nota de rodapé nº 133.

desfrutando de maior prestígio na comunidade jurídica do que a doutrina inglesa. Ainda, destacam os citados comparatistas, nas sentenças americanas a doutrina é mais utilizada, não havendo objeção, ao contrário do Direito inglês, da citação de obras de autores vivos. O costume não figura, ao contrário do Direito inglês, como fonte secundária do Direito nos Estados Unidos da América.¹⁴⁷

Por último, mas que envolve questão diferencial muito importante, talvez aquela que, juntamente com o julgamento pelo Júri, fazem do Direito americano um caso peculiar em matéria de responsabilidade civil por ato ilícito, está o *tort of negligence*.

O *tort of negligence* nos Estados Unidos da América se baseia na doutrina da negligência por si, que parte da chamada fórmula *Learned Hand* (*Learned Hand* foi o primeiro juiz a explicar no que consistiria a negligência num julgamento e, por isso, a fórmula leva o seu nome). Segundo George P. Fletcher e Steve Shepard, especialistas em *torts* da Universidade de Columbia, a fórmula pode ser assim resumida:

A conduta é razoável quando os seus benefícios ultrapassam os seus custos e irrazoável quando os seus custos prevalecem sobre os benefícios. Ambos, custos e benefícios, são calculados com base em dois fatores: (1) o resultado final, se bom (G) por um lado ou ruim (B) por outro, e (2) probabilidade, P(G) ou P(B), que este resultado ocorrerá. A comparação, portanto, é entre P(G) x G e P(B) x B.¹⁴⁸

Dessa forma, explicitando a ideia acima mencionada dos autores americanos, a comparação para a determinação se uma atitude foi negligente ou não é entre o resultado final e a probabilidade de sua ocorrência, considerando-se razoável a conduta se o benefício por ela trazido supera o seu custo e, ao contrário, não razoável e caracterizadora de negligência quando o custo supera o benefício.

Pela chamada fórmula *Learned Hand*, portanto, tem-se a seguinte equação matemática: $B < PL$, onde B significa *burden* (ônus), P *probability* (probabilidade) e L significa *lost* (perda), ou seja: haverá responsabilidade civil sempre que o custo do investimento necessário para evitar o dano for menor do que o valor dos danos multiplicados

¹⁴⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 112-114.

¹⁴⁸ FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global context*. The basics. New York: Oxford University Press, 2005, p. 441 (trad. nossa). No original: "Conduct is reasonable when its benefits outweigh its costs and unreasonable when its costs prevail over the benefits. Both costs and benefits are calculated on the basis of two factors: (I) the ultimate result, whether good (G) on one side or bad (B) on the other, and (II) the probability, P(G) or P(B), that this result will occur. The comparison, therefore, is between P(G) x G and P(B) x B".

pela probabilidade de que eles venham a ocorrer.¹⁴⁹

Essa situação fica clara através do exame de um caso trazido da jurisprudência americana e referido por George P. Fletcher e Steve Shepard – *Vincent v. Lake Erie Transportation Company*, decidido, em grau recursal, pela Suprema Corte de Minnesota, em 1910. Neste caso, um navio a vapor, chamado Reynolds, de propriedade da Transportadora (então ré da ação) tinha uma carga para entregar nas docas de Minnesota, que pertenciam, por sua vez, ao Sr. Vincent. No entanto, enquanto o navio era descarregado, uma forte tempestade se desenvolveu, até por volta das 22 horas, quando o descarregamento estava completo. Havia evidências de que apenas um ou dois barcos eram capazes de entrar no porto à noite, mas a navegação estava praticamente suspensa a partir das 22 horas até às 09 horas da manhã seguinte, sendo que, neste período, nenhum capitão estava autorizado a navegar com o seu barco se pudesse evitar de fazê-lo. Depois do descarregamento, o navio sinalizou por um reboque, mas não seria possível por absoluta falta de segurança mediante as condições severas de tempestade. O barco foi, então, colocado na parte externa das docas, seguro por cordas, sua proa à Oeste, mas o vento e as ondas tinham tanta força que estavam levantando e lançando o lado estibordo do navio contra as docas, que resultaram danificadas, tendo o seu proprietário proposto a ação de indenização.¹⁵⁰

O Júri decidiu o *quantum* do valor do dano, estimando-o em torno de \$ 500 (quinhentos) dólares. Três juízes participaram do julgamento no Tribunal de Minnesota, sendo um a favor da indenização (Juiz O'Brien) e dois contra o seu deferimento (Lewis e Jaggard). O juiz O'Brien entendia, com base na doutrina da negligência *per se*, que não era uma situação em que a lesão praticada estava além do controle do réu (no caso, a empresa de navegação), que, deliberadamente, avaliou por si mesmo a relação custo x benefício, optando por uma atitude que preservasse a propriedade do navio em detrimento da integridade das docas, então, o Sr. Vincent teria direito à indenização pela lesão que foi causada ao seu

¹⁴⁹ Em outras palavras: se a probabilidade do dano for alta, impondo a adoção de medidas por parte do agente e ele não adotar essas providências, será negligente. No Direito brasileiro, a questão foi debatida e explicitada em casos envolvendo a responsabilidade civil de fumicultores e as empresas de fumo, quando há falta de energia elétrica, atingindo as estufas e, portanto, prejudicando a secagem da folha do fumo e causando prejuízo aos produtores, analisando-se o custo econômico de um gerador (*no break*) e concluindo que é muito mais razoável investir em precaução do que esperar que o dano ocorra. Veja-se, a esse respeito, os seguintes acórdãos: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70070198742*. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre: 14 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 12 abr. 2019; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70080022213*. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre: 18 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

¹⁵⁰ FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global context. The basics*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 444-445.

bem.¹⁵¹

Ao contrário, os juízes Lewis e Jaggard discordavam da concessão de indenização. O juiz Lewis argumentou no sentido de que a Corte de origem tinha adotado a posição de que a responsabilidade dependia do fato de saber se o capitão da embarcação, no exercício de um dever de cuidado razoável, poderia ter procurado um lugar seguro, antes da tempestade, para abandonar o local das docas. A opinião da maioria (no julgamento em primeiro grau) foi no sentido de que a empresa atracou o seu navio nas docas de acordo com um contrato e que o navio estava legalmente na área ao tempo em que os cabos foram fixados nas docas, tendo o responsável feito uso da propriedade alheia para salvaguardar o bem de maior valor, devendo indenizar o proprietário do bem sacrificado, com base em uma negligência presumida. No entanto, o juiz Lewis, acompanhado pelo juiz Jaggard, entenderam que o barco estava legalmente nas docas, naquela posição, quando a tempestade eclodiu e o capitão não poderia, no exercício de um cuidado razoável, abandonar o local sem sujeitar o navio aos perigos da tempestade, sendo o prejuízo das docas resultado de um acidente inevitável, do qual não cabe indenização.¹⁵²

Afirmou Lewis o seguinte, concluindo pela impossibilidade de indenização em razão do risco assumido pelo proprietário das docas, com base em uma responsabilidade estrita:

Eu sou da opinião que quem constrói uma doca para linhas de navegação marítima e entra numa relação contratual com o proprietário do navio para ancorá-lo, assume o risco de dano da sua doca ocasionado por um barco apanhado por uma tempestade, se o evento não poderia ter sido evitado no exercício do devido cuidado e mais, o status das partes nesses casos não é modificado pela renovação dos cabos para manter o navio que estava sendo lançado à deriva pela tempestade.¹⁵³

Aqui, vemos como um mesmo caso envolvendo indenização por ato ilícito pode ser entendido de forma diversa dentro de um mesmo estado americano, com base em argumentos diferentes (negligência por si ou responsabilidade estrita), levando a resultados diversos. Conforme referem os citados professores da Universidade de Columbia, seja qual for o resultado, o argumento pode ser baseado numa justiça corretiva (que dá ênfase ao comportamento das partes) ou no princípio da eficiência (o foco central é a consequência do

¹⁵¹ FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global context. The basics*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 445-447.

¹⁵² FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global context*, p. 447.

¹⁵³ Vincent v. Lake Erie Transportation Company (109 Minn. 456; 124 N. W. 221, 1910), *apud* FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global context*, p. 448 (trad. nossa). No original: “I am of the opinion that one who constructs a dock to the navigable line of waters, and enters into to contractual relations with the owner of a vassel to moor the same, takes the risk of damage to his dock by a boat caught there by a storm, wich event could not have been avoided in the exercise of due care, and further, that the legal status of the parties in such a case is not changed by renewal of cables to keep the boat from being cast adrift at the mercy of the tempest”.

resultado para o bem-estar da sociedade), sendo a questão altamente controversa. Tudo isso revela um assunto que não será examinado aqui, porque foge do objeto do presente trabalho, mas apenas é feita menção à sua existência: um debate entre justiça corretiva e entre justiça distributiva, levando, inclusive, à questão da análise econômica do Direito (muito desenvolvida no Direito americano), tendo como um dos seus expoentes e precursores Ronald Coase, em artigo publicado com o título *The Problem of Social Cost* (3 *Journal of the Law and Economics*, 1960).^{154 155}

Com isso, verifica-se que o *tort of negligence*, nos Estados Unidos, é de aplicação bem mais casuística e incerta do que na Inglaterra, que possui requisitos bem definidos para o reconhecimento da ação por este tipo de dano.

1.1.2.2.2 A especial situação da Louisiana

Para encerrar a parte relativa ao panorama da responsabilidade civil no Direito comparado, em especial, no Direito americano, cumpre ressaltar a situação da Louisiana, conforme já se havia observado ao se examinar a circulação do modelo francês de responsabilidade civil.

O território onde hoje se localiza o estado da Louisiana (nome dado em homenagem ao rei francês Luís XIV) pertencia, desde o final do século XVII, à França. Naqueles tempos, a Louisiana se estendia do sul da América do Norte (pelo vale do Rio Mississippi) até as terras de domínio francês do Canadá. A colônia da Louisiana representaria, hoje, 23% (vinte e três por cento) dos Estados Unidos da América, conforme explica Eugênio Facchini Neto, abrangendo 15 (quinze) estados americanos: Arkansas, Missouri, Iowa, Oklahoma, Kansas, Nebraska, além de partes de Minnesota, North Dakota, South Dakota, Novo México, Texas, Montana, Wyoming, Colorado e Louisiana, além de parte de duas províncias do Canadá (Alberta e Saskatchewan). Em toda aquela região vigorava o Direito francês, em especial, as *Ordonnances* régias e o Costume de Paris.¹⁵⁶

Mas a Louisiana também sofreu a influência da tradição romano-germânica

¹⁵⁴ FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global context*. The basics. New York: Oxford University Press, 2005, p. 448-451.

¹⁵⁵ Para uma leitura, em português, sobre o assunto específico da análise econômica do direito em matéria de responsabilidade civil, com enfoque no seu desenvolvimento a partir do Direito americano: PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180-200.

¹⁵⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Circulação de modelos jurídicos: o caso do *Code Civil* francês. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito civil, internacional privado e comparado*. São Paulo: LEUD, 2014, p. 123-166, p. 158-159.

proveniente da Espanha, sendo cedida a este país em 1763. Cumpre destacar, contudo, que as leis francesas permaneceram em vigor até 1769, quando foram oficialmente substituídas por leis e instituições espanholas, incluindo a Nueva Recopilación de Castilla (1567) e a Recopilación de Leyes de los Reinos das Índias (um rearranjo dos principais textos jurídicos até 1680) e, na falta de uma regra específica, as Siete Partidas (uma compilação das leis, baseadas na compilação Justiniana e na doutrina dos glosadores, feita sob o reinado de Afonso X, em 1265 e formalmente promulgada no reinado de Afonso XI em 1348). Após o retorno do território para a França em 1800, a lei espanhola continuou em vigor, porque a França assumiu a soberania por apenas vinte dias em 1803, antes dos Estados Unidos tomarem posse da Louisiana em 20 de dezembro daquele mesmo ano.¹⁵⁷

Após a transferência para os EUA, a pressão veio dos americanos que estavam tentando impor o Common law na Louisiana, particularmente porque havia seis diferentes compilações de leis espanholas e não estava claro qual das mais de 20.000 leis individuais da Espanha se aplicavam no referido território americano. Graças, no entanto, à liderança de Edward Livingston, um advogado de Nova York que se tornou defensor da Civil law depois de se mudar para Nova Orleans, e após uma crise política em torno do assunto, um comitê de dois homens foi mandado para a Louisiana para preparar uma compilação de Civil law aplicável no local. O produto era um resumo, conhecido como o Código Civil de Louisiana de 1808, que foi aprovado até mesmo pelo governador Claiborne, que anteriormente havia sido um grande defensor do Common law.¹⁵⁸

Sob o domínio americano, portanto, a Louisiana teve três Códigos Civis, conforme explica William Tetley: o Código de 1808 (fortemente inspirado nas ideias revolucionárias da França, sendo 70% dos seus 2.156 artigos baseados no Código de Napoleão, mas mantendo leis e instituições da Espanha, as quais deveriam prevalecer se houvesse conflito com as leis francesas); o Código Civil de 1825 (que foi concebido para substituir todas as leis pré-existentes, em razão da confusão sobre quais leis específicas eram aplicadas na Louisiana, sendo que a maior parte dos seus 3.522 artigos possuíam um equivalente exato no Código francês de 1804) e o Código Civil de 1870 (enquanto os Códigos anteriores foram redigidos em francês e traduzidos para o inglês, sendo publicados em ambas as línguas, em versão

¹⁵⁷ TETLEY, William. Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified), *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 677, p. 677-738, 2000. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/Page?handle=hein.journals/louilr60&div=32&start_page=677&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 09 maio 2018.

¹⁵⁸ TETLEY, William. Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified), *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 677, p. 677-738, 2000. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/Page?handle=hein.journals/louilr60&div=32&start_page=677&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 09 maio 2018.

oficial, o Código Civil de 1870 foi publicado apenas em inglês, representando uma visão geral dos textos franceses dos artigos do Código de 1825, sem alterações determinantes). Uma edição compilada dos três códigos foi publicada em 1938.¹⁵⁹

No começo de 1976, o *Louisiana State Law Institute*,¹⁶⁰ agora responsável pelo Código, assegurou a adoção pelos legisladores da Louisiana de várias revisões parciais, sendo que a mais importante delas está no novo Livro IV, a respeito do Conflito das Leis, adotado em 1991.¹⁶¹

Por outro lado, cumpre destacar que a vigência do Direito romano-germânico, nos Estados Unidos, esteve presente em alguns outros Estados da Federação, como, por exemplo, na Califórnia e no Texas, mas apenas na Louisiana persistiu.¹⁶²

A Louisiana é um exemplo de jurisdição mista ainda remanescente dentro de um país majoritariamente de *Common law*.

Mas o que é uma jurisdição mista?

A definição clássica foi dada há muitos anos atrás, por Frederick Parker Walton, no sentido de que “jurisdições mistas são sistemas legais nos quais a tradição romano-germânica tornou-se, em certa medida, impregnada pela lei estadunidense”.¹⁶³

Essa definição, embora antiga (dada por volta de 1907), coaduna-se com a definição apresentada por William Tetley.¹⁶⁴

Jurisdições mistas são, realmente, unidades políticas (países ou suas subdivisões políticas) que misturaram sistemas legais. *Common law* e *Civil law* incluem jurisdições mistas: Louisiana, Quebec, Santa Lúcia, Porto Rico, África do Sul, Zimbábue (anteriormente Sul da Rodésia), Botsuana, Lesoto, Suazilândia, Namíbia, Filipinas, Sri Lanka (anteriormente Ceilão) e Escócia. Escusado será dizer que algumas jurisdições mistas são também derivadas, parcialmente, de tradições

¹⁵⁹ Disponível em: <<http://www.lsls.org>>. Acesso em: 12 maio 2018.

¹⁶⁰ *Louisiana State Law Institute* possui página na internet, na qual se obtém os links de acesso às decisões da Suprema Corte da Louisiana e ao site da *Tulane University Law School*. Disponível em: <<http://www.lsls.org>>. Acesso em: 12 maio 2018.

¹⁶¹ TETLEY, William. Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified), *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 677, p. 677-738, 2000. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/Page?handle=hein.journals/louilr60&div=32&start_page=677&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 09 maio 2018.

¹⁶² ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 100.

¹⁶³ WALTON, Frederick Parker *apud* TETLEY, William. Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified), *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 677, p. 677-738, 2000 (trad. nossa). Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/Page?handle=hein.journals/louilr60&div=32&start_page=677&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 09 maio 2018. No original: "Mixed jurisdictions are legal systems in which the Romano-Germanic tradition has become suffused to some degree by Anglo-American law."

¹⁶⁴ William Tetley é professor de Direito da McGill University - Canadá, bem como Professor de Direito Marítimo e Comercial da Tulane University - Nova Orleans/EUA.

jurídicas não ocidentais: o Norte dos países africanos, Irã, Egito, Síria, Iraque e Indonésia, por exemplo.¹⁶⁵

De uma forma bastante simples, pode-se sintetizar que as jurisdições mistas envolvem sistemas legais que misturam duas ou mais famílias jurídicas, por exemplo, Civil law e Common law. É o caso da Escócia – possui um sistema jurídico derivado, em parte, da Civil law e, em outra parte, de Common law. William Tetley chama a atenção para o fato de que essas jurisdições mistas e os chamados sistemas legais mistos (um sistema jurídico misto é aquele em que a norma vigente é derivada de mais de uma tradição legal – por exemplo, o sistema legal egípcio, no qual o Direito privado é derivado, em parte, de tradição de Civil law e, em parte, de tradição muçulmana ou de outras tradições legais baseadas na religião, sendo que a jurisdição mista se refere a um território no qual existe um sistema legal misto, em vez do sistema jurídico misto em si) têm despertado intenso debate na Europa, em razão da formação da União Europeia,¹⁶⁶ que para o citado professor, é um exemplo de jurisdição mista, por ter trazido diversos sistemas legais sob uma única legislatura. Ainda, chama a atenção para o fato de que em lugares fora da Europa, como Quebec, Louisiana e África do Sul, o assunto é tratado com certa indiferença. O fato é que a Louisiana recebeu a Civil law e a reteve por meio de Codificações internas, incorporando, nos seus Códigos, elementos de origem de Common law.¹⁶⁷

Em conclusão, após abordar esta questão das jurisdições mistas, inclusive tecendo importantes considerações sobre a prática, a legislação e o ensino jurídico¹⁶⁸ nelas existente,

¹⁶⁵ TETLEY, William. Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified), *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 677, p. 677-738, 2000 (trad. nossa). Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/Page?handle=hein.journals/louilr60&div=32&start_page=677&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 09 maio 2018. No original: Mixed jurisdictions are really political units (countries or their political subdivisions) which have mixed legal systems. Common law/Civil law mixed jurisdictions include Louisiana, Quebec, St. Lucia, Puerto Rico, South Africa, Zimbabwe (formerly Southern Rhodesia), Botswana, Lesotho, Swaziland, Namibia, the Philippines, Sri Lanka (formerly Ceylon), and Scotland. It goes without saying that some mixed jurisdictions are also derived partly from non-occidental legal traditions: the North African countries, Iran, Egypt, Syria, Iraq and Indonesia, for instance.

¹⁶⁶ Em 23 de junho de 2016, após um plebiscito, o Reino Unido (formado pela Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte) se retirou da União Europeia, invocando o art. 50 do Tratado de Lisboa. A retirada do Reino Unido da União Europeia ficou conhecida como BREXIT – Britain Exit – “Saída britânica”. Para uma visão completa do desenvolvimento da União Europeia, suas instituições, atribuições, legislação, incluindo diversas Diretivas, ainda contando com recursos *on line* sobre BREXIT: CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. *EU LAW*. Text, Cases and Materials. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2011.

¹⁶⁷ TETLEY, William. Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified), *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 677, p. 677-738, 2000. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/Page?handle=hein.journals/louilr60&div=32&start_page=677&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 09 maio 2018.

¹⁶⁸ A respeito do ensino do raciocínio de Common law para os estudantes de Civil law e sobre o futuro do método comparativo: WHALEN-BRIDGE, Helena. The Reluctant Comparativist: teaching Common law reasoning to Civil law students and the future of Comparative legal skills. *Journal of Legal Education*, v. 58, n. 3, p. 364-371, set. 2008. Disponível em:

William Tetley ressalta a dificuldade de permanência das jurisdições mistas, afirmando, especificamente, em relação à Louisiana que a dificuldade que a família de Civil law lá encontra não é de apenas sobreviver, mas se desenvolver, o que é proporcional ao constante declínio da língua francesa naquele Estado. Na atual Constituição da Louisiana (de 1974), não há previsão sobre a língua oficial, mas o inglês é a língua efetivamente utilizada, destacando que os operadores do Direito, de um modo geral (legisladores, juízes, professores e estudantes) não precisam possuir um conhecimento da leitura do francês para completarem sua formação jurídica ou para exercerem as suas profissões, pois as publicações legais no Estado são apenas em inglês. Além disso, a maior parte dos grandes tratados de Direito civil francês foram traduzidos para o inglês e os juristas consultam apenas as versões traduzidas, o que contribui para o enfraquecimento da tradição da Civil law na Louisiana.¹⁶⁹

1.2 OS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS

O objetivo do presente trabalho, conforme dito na introdução, é fazer uma análise da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais coletivos e demonstrar a possibilidade de aplicação dos indenização punitiva, no Brasil, a partir de uma visão de Direito comparado.

Dessa forma, alguns esclarecimentos se fazem necessários no que diz respeito à terminologia que será aqui utilizada, primeiramente, relativamente aos termos “dano extrapatrimonial” e “dano moral” e, posteriormente, sobre o significado que se quer atribuir aos chamados danos coletivos.

Embora haja muita discussão, também, a respeito do próprio conceito de danos, dos elementos que o integram, usa-se, aqui, a expressão como “lesão a um interesse juridicamente tutelado”, partindo da lição proposta pelo jurista belga Henri De Page.¹⁷⁰

Assim, integram o conceito de dano, numa “tendência dominante” entre os civilistas contemporâneos, não apenas o elemento de fato (o prejuízo), mas também o elemento de direito (lesão a um interesse protegido pelo Direito – não qualquer interesse, mas um interesse jurídico). Simples, mas esclarecedor é o exemplo trazido por Peirano Facio: no caso da morte

<https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/Page?handle=hein.journals/jled58&div=29&start_page=364&collection=journals&set_as_cursor=5&men_tab=srchresults>. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹⁶⁹ TETLEY, William. *Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)*, *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 677, p. 677-738, 2000. p. 67. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/Page?handle=hein.journals/louilr60&div=32&start_page=677&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 09 maio 2018.

¹⁷⁰ DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Principes, doctrine, jurisprudence. Bruxelles: Émile Bruylant, 1947-1953, n. 948, p. 890. t. 2.

de um benfeitor que dava esmolas voluntárias para um mendigo, embora haja um prejuízo, o interesse atingido é resultante da lesão a um interesse simples, interesse não amparado pelo Direito, pois não há “um direito a receber esmolas”.¹⁷¹

E tomando como base essa noção de dano, dentro das inúmeras classificações possíveis, quanto ao seu conteúdo, especificamente, há a divisão entre os danos patrimoniais e os danos extrapatrimoniais, sendo estes o que nos interessa. Assim, tomamos a expressão danos extrapatrimoniais no sentido de violação aos interesses existenciais, com base na doutrina de *Pietro Perlingieri*, muito difundida no Brasil e que se explicitará em item próprio, na segunda parte deste trabalho, relativo à responsabilidade civil no nosso país.

Seguindo essa linha de raciocínio (interesses existenciais e interesses patrimoniais), adotaremos a classificação proposta por Bruno Miragem, no sentido de chamarmos de dano extrapatrimonial ou dano moral em sentido lato a violação aos atributos da personalidade. Assim, os danos extrapatrimoniais são o gênero, do qual são espécies: a) os danos morais em sentido estrito (danos anímicos, relativos à estabilidade e à integridade física da pessoa); b) o dano corporal ou à saúde (onde há lesão à integridade física ou físico-psíquica da pessoa); c) o dano estético (lesão à integridade física, envolvendo, também, abalo moral) e d) o dano à imagem (uso indevido da reprodução gráfica da pessoa).¹⁷² Portanto, no presente estudo, os danos extrapatrimoniais são tomados no sentido de danos morais em sentido amplo ou simplesmente danos morais. Os danos morais em sentido estrito serão explicitamente assim nominados, quando for o caso.

Díez-Picazo, após falar sobre a conquista que representou, no mundo jurídico, o aparecimento e a admissão do dano extrapatrimonial ou moral, com dificuldades e perplexidades, afirmou o seguinte:

Nos tempos modernos, aceitou-se, de modo definitivo, o princípio da reparação por dano moral, ainda que os direitos da personalidade não se acomodem a uma estimação pecuniária, porque o dinheiro não pode aqui cumprir sua função de equivalência como em matéria de reparação do dano material, a vítima do prejuízo moral sofre dores, e a reparação serve para restabelecer o equilíbrio quebrado (*pretium doloris*), podendo, graças ao dinheiro, segundo seus gostos e temperamento, procurar sensações agradáveis, que venham a contrabalançar as dolorosas e desagradáveis, ou melhor revestindo a reparação acordada com o lesado, a forma de uma reparação satisfatória posta a cargo do responsável pelo prejuízo moral, em vez do equivalente ao sofrimento moral.¹⁷³

¹⁷¹ PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. 2. ed. Bogotá: Themis, 2004, p. 361-363.

¹⁷² MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 168.

¹⁷³ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas, 1999, p. 99 (grifo do autor) (trad. nossa). No original: “En los tiempos modernos se há aceptado, de modo definitivo, el principio de la reparación del perjuicio moral, pues aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, porque el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño

Muito se discutiu a respeito da aceitação ou rejeição da reparação para os chamados danos extrapatrimoniais ou danos morais em sentido amplo (ou impropriamente denominados de danos morais, como afirma Geneviève Viney)¹⁷⁴ no Direito comparado, mas o fato é que estas discussões, entre as Teorias Negativistas ou contrárias (dentro delas, os partidários das chamadas Teorias mistas ou ecléticas) e as Positivas tornaram-se superadas, pois hoje, em maior ou menor amplitude, os diversos sistemas jurídicos aceitam os danos extrapatrimoniais,¹⁷⁵ consoante se examinará nos itens a seguir.

De outra banda, em relação aos chamados danos coletivos, o termo será aqui utilizado não no sentido da responsabilidade que surge, necessariamente, a partir das ações de um grupo de pessoas ou nas quais haja incerteza na autoria do dano (que, no Brasil, é conhecida como responsabilidade civil de grupos),¹⁷⁶ que se referem mais ao nexos de causalidade propriamente dito (na Argentina, é conhecido como *responsabilidad colectiva*),¹⁷⁷ mas sim quanto à natureza do direito violado pelo fato danoso, atingindo vários membros de uma coletividade, que pode ser constituída por um grupo determinado ou indeterminado de pessoas.

Aqui, com base na doutrina de Daniel de Andrade Levy, cabe fazer uma pequena diferenciação entre o que este autor brasileiro chama de microlesões e danos coletivos (ponto que será mais detidamente examinado quando for abordada a responsabilidade civil no Brasil). Por ora, cabe referir que nas microlesões há uma série de condutas ilícitas individualmente brandas, em que é a soma das partes que justifica a punição do agente,

material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (*pretium doloris*), pudiendo, gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral”.

¹⁷⁴ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit civil*. Les conditions de la responsabilité. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 34.

¹⁷⁵ Para um exame a respeito das discussões travadas entre as Teorias Negativistas e as Positivas: REIS, Suely Pereira. *Dignidade humana e danos extrapatrimoniais*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 43-50. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12271/12271_1.PDF>. Acesso em: 02 jun. 2018.

¹⁷⁶ A respeito do assunto, no Brasil: DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

¹⁷⁷ Em trabalho elaborado pelo jurista argentino Mosset Iturraspe, o autor fala em *responsabilidad colectiva*, não se referindo, propriamente, aos efeitos danosos (o número de vítimas atingidas), mas sim ao dano coletivo como um dano anônimo, que é o dano produzido por várias pessoas, pertencentes a um grupo, podendo, qualquer delas, ser o seu autor. Além disso, ao falar sobre dano anônimo e dano coletivo, discute a causalidade conjunta, a causalidade alternativa ou suposta (lembrando a expressão utilizada pelo jurista gaúcho Clóvis do Couto e Silva), mas não é desse dano que trataremos aqui. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad colectiva*. In: MOSSET ITURRASPE, Jorge *et al.* *Dano y proteccion a la persona humana*. Buenos Aires: La Rocca, 1993. p. 101-141.

enquanto que nos danos coletivos não se identifica inúmeras lesões individuais, mas uma ofensa que atinge toda uma comunidade.¹⁷⁸

Na atual sociedade de massas, conforme chama a atenção Díez-Picazo, relevantes são a totalidade dos danos, os seus custos e a forma de satisfazê-los, sendo que, se por um lado, geram benefícios sociais (como é o caso das diversas atividades de produção e distribuição de bens e serviços), por outro lado, representam uma “culpa social” pelos danos que essas atividades possam produzir. Assim, a doutrina e a jurisprudência têm o papel de examinarem a responsabilidade civil por danos coletivos não apenas sobre os ângulos tradicionais (discutindo a responsabilidade das pessoas jurídicas ou os danos causados por membros indeterminados do grupo), mas também incluindo o que o autor espanhol chama de “efeitos danosos com multiplicidade de prejudicados”, dando como exemplos casos de fraude em alimentos e o funcionamento defeituoso de máquinas hospitalares em Zaragoza.¹⁷⁹

1.2.1. O conceito e a caracterização do dano extrapatrimonial nos sistemas de Civil law e do Common law

Os danos de ordem extrapatrimonial (tanto os individuais como os coletivos) são admitidos, em maior ou menor escala, nos diferentes ordenamentos jurídicos, que constituem os diversos sistemas jurídicos ora examinados, sendo que, por ocasião da análise da responsabilidade civil extrapatrimonial no Brasil, o enfoque será dado nos danos morais coletivos, na acepção acima esclarecida.¹⁸⁰

1.2.1.1 As realidades distintas em países de Civil law: França e Alemanha.

Na França, a questão mais importante dentro do assunto tem sido acerca da interpretação do termo *dommage*, que tem sido feita de forma ampla, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência francesas, tendo como norte a cláusula geral de responsabilidade civil, prevista no art. 1382 do antigo Código Civil francês (atual art. 1240).¹⁸¹

¹⁷⁸ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 116.

¹⁷⁹ DÍEZ-PICAZO. Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas, 1999, p. 159-170.

¹⁸⁰ Tendo danos extrapatrimoniais como sinônimo de danos morais em sentido lato.

¹⁸¹ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O Princípio da reparabilidade dos danos morais: análise de direito comparado em um corte horizontal e vertical no estudo dos ordenamentos jurídicos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, p. 189-200, jul./set. 2003.

A França possui o que se chama de um regime liberal no que se refere aos danos extrapatrimoniais, sendo, segundo Vernon Valentine Palmer, na Europa, “historicamente, o primeiro regime liberal” e, atualmente, “o mais liberal”, o que resultou de uma longa evolução histórica até o século XIX, onde houve uma ruptura entre a ação de responsabilidade civil por dano moral e o seu anterior fundamento penal.¹⁸² Duas decisões históricas devem ser aqui referidas: o caso dos farmacêuticos (1833) e o caso *Rachel* (1858).

No primeiro deles, a Corte de cassação, através das Câmaras Reunidas (*Chambres Réunies*), entendeu que os danos sofridos pelos farmacêuticos de Paris (que intervieram em processo penal – como assistentes – promovido contra pessoas que, sem licença, exerciam a profissão de farmacêuticos) era de natureza moral. Nesta decisão, o procurador-geral Dupin, em suas conclusões à Corte, usou a expressão “dano puramente moral” (*préjudice tout moral*), afirmando: “A ação dos farmacêuticos deve ter êxito, não por um interesse pecuniário, mas pela busca de reparação de um dano puramente moral, a conservação da honra e do exercício científico da profissão”. Os réus foram considerados como “comerciantes de fórmulas secretas não autorizadas”, que prejudicavam o interesse moral dos farmacêuticos, pondo em risco a própria honra (credibilidade) da profissão. Reconheceram que era muito difícil, talvez impossível, para os autores estabelecerem que o exercício ilegal da profissão lhes causara um dano patrimonial, mas tal circunstância não poderia ser um impeditivo para a ação ser reconhecida. A partir dessa decisão, então, o termo “dano” passou a cobrir dois tipos de prejuízo, com o sentido da moderna acepção que conhecemos hoje: dano patrimonial e dano moral (em sentido lato).¹⁸³

O outro caso se refere à proteção à vida privada e à imagem. Uma atriz de teatro, Elizabeth Rachel Félix, foi fotografada em seu leito de morte e esboços (croquis), com base nessas fotos, foram divulgados e comercializados. O Tribunal de *Seine* ordenou não apenas a busca e apreensão das fotos, com a sua destruição, mas também que o réu pagasse perdas e

¹⁸² PALMER, Vernon Valentine. O Despertar francês no século XIX. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, p. 225-241, out./dez. 2016. Neste artigo – na verdade, uma palestra dada pelo autor para a Assembleia-geral da Sociedade de Legislação Comparada em Paris, em 10 de julho de 2014, traduzida para o português por Otavio Luiz Rodrigues Júnior e Thalles Ricardo Alciati Vallim - é feita uma análise da evolução histórica no que tange à reparação dos danos extrapatrimoniais no Direito francês, desde as práticas dos Parlamentos no Antigo Regime até a situação em 1804, com o nascimento do Código Civil francês, que permaneceu silente quanto à possibilidade de reparação por dano extrapatrimonial, fornecendo mínimos indícios sobre qual o caminho o Direito francês deveria seguir na matéria. No entanto, conforme ressalta o autor, mesmo nos anos anteriores ao advento do *Code Civil*, os danos imateriais não foram excluídos da palavra “dano” (*dommage*), tendo a França “despertado” para o assunto no século XIX, tanto em matéria de responsabilidade delitual quanto no que diz respeito à responsabilidade contratual, chegando à conclusão de que, apesar de todo o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial dos dias atuais, a noção de dano extrapatrimonial é de difícil apreensão e definição.

¹⁸³ PALMER, Vernon Valentine. O Despertar francês no século XIX. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, p. 225-241, out./dez. 2016, p. 229.

danos à família da atriz em razão de lesão moral (o que nos leva a refletir, hoje, a respeito da invasão das novas tecnologias na vida privada e sua repercussão sobre a dignidade da pessoa humana, ponto a que aqui somente se faz referência, pois não é objeto específico do atual trabalho).¹⁸⁴

Na doutrina francesa, Henri e Léon Mazeud são partidários da indenização por dano moral, enquanto André Tunc coloca restrições à sua caracterização, fazendo os autores, em obra conjunta, uma abordagem sobre os sistemas mistos (que se mostram partidários à reparação, mas mediante certas condições) de reparação do dano moral.¹⁸⁵

No entanto, há juristas franceses, entre os clássicos, que não admitiam a reparação do dano extrapatrimonial, tais como: Baudry-Lacantinière (que rechaçavam o dano moral), Demogue e Savatier, que consideravam a indenização por dano extrapatrimonial uma indenização punitiva, sendo que todo o debate em torno do assunto gira em torno, desde sempre, da função da reparação do dano extrapatrimonial.¹⁸⁶

Mas o fato é que a indenização por danos extrapatrimoniais na França é aceita, hoje, tanto por textos legislativos (como o artigo 3º, alínea 2, do Código de Processo Penal francês, que fala, expressamente, que a ação civil é admissível para todos os tipos de danos, sejam materiais, corporais ou morais), quanto pela jurisprudência civil e administrativa, fazendo com que seja inútil, atualmente, retomar os argumentos da discussão entre os partidários e os opositores da reparação por dano extrapatrimonial, conforme já alertavam, mesmo antes da reforma do Código francês de 2016, Geneviève Viney e Patrice Jourdain, embora reconheçam que houve muitas tentativas, nas discussões do projeto de reforma do atual Código Civil francês, por parte da doutrina daquele país, no sentido de limitar as indenizações por danos extrapatrimoniais, lembrando as posições de Marie-Eve Roujou de Boubée e, até mesmo, de André Tunc, por ocasião do projeto de reforma que ele propôs em 1964. Mas o fato é que os Tribunais franceses sempre rejeitaram todas essas posições.¹⁸⁷

Dessa forma, após reconhecerem as dificuldades em saber quais os tipos de danos extrapatrimoniais são indenizáveis, em função da posição liberal adotada pela jurisprudência francesa, Geneviève Viney e Patrice Jourdain propõem uma classificação em quatro grupos: 1º) os danos diretos aos direitos morais da personalidade; 2º) as consequências não

¹⁸⁴ PALMER, Vernon Valentine. O Despertar francês no século XIX. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, p. 225-241, out./dez. 2016, p. 230.

¹⁸⁵ MAZEUD, Henri; MAZEUD, Léon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 435-436. v.1. t. 1.

¹⁸⁶ DE TRAZEGNIÉS, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. 5. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000, p. 65. t. 2.

¹⁸⁷ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 34-39.

econômicas dos danos à integridade corporal; 3º) os danos ao meio ambiente ou perturbações e 4º) outros danos morais (uma espécie de categoria residual).¹⁸⁸

Não se pretende, aqui, examinar todos esses danos extrapatrimoniais, até mesmo porque, apenas em relação ao primeiro grupo, seria impossível fazer uma lista exaustiva dos atributos da personalidade que podem ser objeto de uma ação de indenização por danos morais.

Então, a partir da doutrina e classificação proposta por Geneviève Viney e Patrice Jourdain, a autora do presente trabalho irá abordar apenas os danos extrapatrimoniais mais relevantes no sistema francês, a fim de que se possa estabelecer uma comparação entre este e os demais sistemas que nos propomos a abordar.

O primeiro deles é relativo ao segundo grupo: as consequências não econômicas decorrentes dos danos à integridade corporal, sendo, segundo Geneviève Viney e Patrice Jourdain, o Direito francês um dos mais generosos do mundo para a reparação desses danos. Citam como exemplo a Lei de 06 de dezembro de 1976, envolvendo prevenção e reparação de acidentes do trabalho, a qual ampliou o campo da indenização por danos morais decorrentes de danos corporais, dispondo que em caso de falta indesculpável do empregador (ou pessoa que o substitua na direção do negócio) pelos acidentes de trabalho ocorridos, as vítimas poderiam também exigir dele a reparação de danos pelos sofrimentos não apenas físicos e morais, mas também pelo dano estético e existencial e, ainda, que nos casos de acidentes seguidos de morte, os ascendentes e descendentes que não tivessem direito à uma pensão, poderiam requerer uma indenização por dano moral. Com isso, referem os autores franceses, os juízes tiveram que abandonar a antiga prática de avaliação geral das indenizações concedidas para as vítimas de acidentes corporais, com as causas de danos “misturadas”, surgindo uma autonomia das consequências não patrimoniais decorrentes da violação da integridade física.¹⁸⁹

O dano decorrente da diminuição da capacidade física sem impacto econômico é designado por várias expressões: “dano fisiológico ou funcional”, “dano biológico”, “déficit funcional”, sendo indenizado sem haver qualquer distinção entre o dano puramente físico (membros mutilados ou amputados, paralisia, perda do olfato, paladar etc.) e os distúrbios psíquicos. No que diz respeito aos danos morais sofridos pela pessoa ferida ou enferma (pela própria vítima), em quase todos os países que admitem os danos morais, não há maiores

¹⁸⁸ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*. Les conditions de la responsabilité. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 39.

¹⁸⁹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*, p. 46-47.

discussões quanto à possibilidade de indenização pelo desconforto, pela insônia, pelo sentimento de inferioridade e pela dor física (os franceses chamam de *pretium doloris*, tanto em manifestações passadas quanto futuras) que são suportados. Hoje, na França, além desses sofrimentos físicos, tem que ser acrescido o sofrimento moral suportado pela vítima da lesão corporal, conhecidos como distúrbios psíquicos que podem ser individuais ou coletivos, dando como exemplos as lesões resultantes de um acidente coletivo catastrófico (que nos fez lembrar o caso do acidente com mortes do voo Air France 447 – rota Rio de Janeiro/Paris, ocorrido em 2009) e, também, os danos decorrentes de atentados ou atos terroristas, que causam na (s) vítima (s) traumas psicológicos profundos.¹⁹⁰

O segundo dano está inserido dentro do quarto grupo (outros danos morais), sendo referente à figura do *préjudice d'agrément* (prejuízo ao lazer). Os franceses, anteriormente, só se manifestavam com relação a este “prejuízo ao lazer” de forma esporádica, o que foi também se modificando no decorrer dos séculos XIX e XX. A expressão se referia, inicialmente, a um dano moral decorrente da privação de atividades desportivas ou artísticas, onde o lesado tinha uma especial habilidade antes da ocorrência do fato danoso e tenha sido, subitamente, forçado a abandoná-la. A partir de 1970, a jurisprudência passou a ter uma visão muito mais ampla sobre o tema, abrangendo todos os prazeres que a pessoa lesada poderia esperar, normalmente, da vida, antes de um acidente, por exemplo, sendo que os tribunais franceses tenderam a admitir dentro dessa figura a perda da possibilidade de realizar atividades sem fins lucrativos que, antes, eram indenizadas pela própria incapacidade.¹⁹¹

Esse é um tipo de dano que pode parecer, para muitos, um verdadeiro capricho. No entanto, os franceses tiveram uma evolução peculiar nesse aspecto, por vezes exigindo para o reconhecimento desse dano que a pessoa atingida tivesse se destacado na atividade da qual fora privada e, em outros momentos, adotando a ideia de prazer ordinário, acessível a todos, sejam ricos ou remediados, inteligentes ou não, “normais” ou “excepcionais”. Seja qual for o momento da jurisprudência francesa, lembra Facchini Neto, é necessário provar o valor excepcional que um determinado prazer tinha na vida cotidiana, rotineira daquela pessoa (por exemplo, a prática de prazeres gastronômicos).¹⁹²

Dentro desse quarto grupo dos chamados “outros danos morais”, Geneviève Viney e Patrice Jourdain chamam a atenção para o chamado “dano específico de contaminação”

¹⁹⁰ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*. Les conditions de la responsabilité. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 49-51.

¹⁹¹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*. 1, p. 51-52.

¹⁹² FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012, p. 175-178.

(*préjudice spécifique de contamination*), cuja indenização foi admitida pela primeira vez pelos Tribunais e, posteriormente, confirmada pela lei em benefício das pessoas que, como resultado de transfusões de sangue, foram infectadas com o vírus da AIDS durante os anos de 1980 a 1985. Foi reconhecido que, além dos danos econômicos, as vítimas do HIV sofrem um dano pessoal, um prejuízo psicológico, que consiste num conjunto de perturbações da sua existência causadas pela soropositividade e pela ocorrência de manifestações da doença, tais como: a redução da expectativa de vida; a incerteza sobre o futuro; o medo de possíveis sofrimentos físicos e morais, o isolamento, distúrbios na vida familiar e social, dano sexual e, até mesmo, dano à procriação. Esse dano específico de contaminação foi evoluindo para a aplicação no caso de outras doenças, como, por exemplo, as pessoas infectadas pelo vírus da hepatite C após transfusões de sangue.¹⁹³

E, por fim, é de se mencionar às perturbações ao meio ambiente. Conforme examinado no início deste trabalho, ao abordarmos os diferentes sistemas de responsabilidade civil e a existência de uma cláusula geral na França, atualmente, após a reforma, há um capítulo inteiro, dentro da responsabilidade extracontratual, destinado pelo Código Civil francês à reparação do dano ecológico (arts. 1246-1252), embora não haja nenhuma menção expressa a respeito dos danos extrapatrimoniais que possam advir de um dano ambiental.

No entanto, a doutrina já vinha admitindo a indenização quando uma ou mais vítimas fossem afetadas pela agressão ao ambiente natural, entendendo que algumas dessas perturbações afetam, antes de qualquer coisa, o bem-estar das vítimas e, portanto, refletem sobre os interesses extrapatrimoniais, além dos puramente econômicos. Geneviève Viney e Patrice Jourdain referem que é o caso, por exemplo, da poluição do ar causada por fumaças, odores, poeiras, liberação de gases tóxicos; poluição de água quando causa uma decomposição que prejudica o uso de um lago, de um rio, por toda a vizinhança; da poluição do solo por depósitos de lixo, dos resíduos, dos ruídos, causados tanto pelas explorações industriais, quanto comerciais e, até mesmo, pelos meios de transporte, que provocam efeitos nocivos, não apenas físicos, mas psicológicos, na vizinhança; na degradação sofrida pelas vegetações, causando danos à tranquilidade e à segurança dos habitantes de fazendas no entorno do local etc.¹⁹⁴

Esses danos não representam, *a priori*, nenhuma particularidade, exceto quando resultam de uma poluição em larga escala, sendo vivenciados, sentidos pelos membros da

¹⁹³ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*. Les conditions de la responsabilité. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 55-56.

¹⁹⁴ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*, em especial, p. 66-73.

coletividade em maior ou menor escala. Assim, as ações individuais não se afiguram adequadas, tendo os Tribunais franceses, muitas vezes, admitido que as partes lesadas sejam representadas em juízo por associações, a fim de reclamarem os prejuízos extrapatrimoniais sofridos. Essa é a faceta processual peculiar dos chamados danos coletivos (tanto dos patrimoniais, quanto dos extrapatrimoniais) que, no entanto, não constitui objeto específico do nosso trabalho.¹⁹⁵

Independentemente dos danos à pessoas específicas, os danos ambientais afetam o meio ambiente natural em si, bens comuns, como a água, o ar, a flora e a vida selvagem, o que é conhecido pelos franceses como um dano ecológico puro, sendo a Corte de Cassação ainda relutante no que diz respeito à possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes dessas lesões, como, por exemplo, os danos à estética do local, que são admitidos no Direito americano, bem como por diversos textos internacionais que se propõem a regulamentar a responsabilidade por danos ao meio ambiente. Isso não apaga, conforme afirmam Geneviève Viney e Patrice Jourdain, a dificuldade de implementação dessa responsabilidade por danos ecológicos puros, embora a lesão ao meio ambiente represente uma transgressão a uma “herança comum da nação”.¹⁹⁶

Já o Direito alemão é bem mais restritivo do que outros da família romano-germânica (se comparado ao francês, por exemplo), no que tange à reparação por danos extrapatrimoniais. O povo alemão tem um senso de privacidade muito grande,¹⁹⁷ conforme reconhecem pessoas que viveram e convivem com os germânicos.

Na clássica doutrina alemã, Savigny e Windscheid eram contrários à reparação por dano moral.¹⁹⁸

Flávia de Almeida Viveiros de Castro ressalta que na Alemanha, a partir de 1.900, a reparação pelo “dano moral” passou a ser prevista no § 253 do BGB, o qual dispõe que “por um dano que não é patrimonial, a compensação em dinheiro não pode ser demandada fora dos casos fixados em lei”. Além disso, menciona a autora que, o § 847 do BGB diz que “no caso de golpe no corpo ou no espírito, assim como no caso de privação de liberdade, a parte lesada

¹⁹⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*. Les conditions de la responsabilité. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 66-73.

¹⁹⁶ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*, p. 69-70.

¹⁹⁷ A frase foi dita pelo Professor Fabiano Menke, durante a banca de defesa de dissertação de Mestrado deste trabalho, realizada em 12 de março de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

¹⁹⁸ PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004, p. 388.

pode igualmente exigir uma compensação equivalente em dinheiro, em virtude de dano não patrimonial”.¹⁹⁹

Havia, ainda, a possibilidade de reparação por danos morais à mulher que fosse “agravada em sua honra”, previsto no antigo § 1300 do BGB que, atualmente, encontra-se revogado.²⁰⁰

Contudo, se a legislação na Alemanha é restritiva no que tange à reparação por danos extrapatrimoniais, o mesmo não pode ser dito em relação aos tratadistas alemães que, na sua maioria, ao exemplo de Ihering, Fischer, Kohler, Enneccerus, Endemann, Buchka Stammler admitem a reparação por danos extrapatrimoniais.²⁰¹

Larenz é um dos autores clássicos alemães que admitem essa reparação, que chama de danos imateriais ou ideais, que define como sendo os danos diretos que alguém sofre em um bem da vida (como a saúde, o bem estar corporal, a liberdade e a honra) que não pode ser valorado em bens patrimoniais, mas não admite como indenizável o que chama de interesse de afeição, que teria um valor de recordação de caráter pessoal e não suscetível de valoração pecuniária.²⁰²

Ao contrário da França e, até mesmo, dos Estados Unidos da América, no Direito alemão, em regra, não há uma indenização pelo “luto”, por danos morais que tenham tido os dependentes de uma vítima falecida (por exemplo, os filhos e a viúva em relação à morte do pai e do marido, respectivamente), exceto se ficar comprovado que houve um “choque nervoso”.²⁰³

A jurisprudência alemã, embora de forma bem mais restritiva e esporádica do que a francesa, também admite a reparação por dano extrapatrimonial. Clóvis do Couto e Silva já destacava que o Tribunal Federal alemão (BGH), em muitas decisões, criticou disposições legais relativas à negação dos danos extrapatrimoniais, permitindo, pelo menos, a partir de uma decisão de 14 de fevereiro de 1968, a reparação desse tipo de dano, no chamado caso *Herrenreiter*, onde houve a utilização abusiva da fotografia de um desportista, em um anúncio

¹⁹⁹ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O Princípio da reparabilidade dos danos morais: análise de direito comparado em um corte horizontal e vertical no estudo dos ordenamentos jurídicos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, p. 189-200, jul./set. 2003, p. 194.

²⁰⁰ A informação a respeito da revogação foi obtida na versão inglesa do BGB, disponível no site da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

²⁰¹ REIS, Clayton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 50-51.

²⁰² LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, em especial, p. 194-195 e p. 231. t. 1.

²⁰³ MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts*. A comparative treatise. 4. ed. Oregon: Hart Publishing, 2002, p. 44-45 e p. 928.

de elixir revitalizante. E não foi apenas a jurisprudência que atuou nesse sentido, de ampliação das hipóteses legais de danos extrapatrimoniais, conforme refere o autor gaúcho, mas a própria doutrina alemã, através da “adoção de um conceito mais amplo de ilicitude”.²⁰⁴

No que tange à responsabilidade por danos ambientais, em geral, a Alemanha contém várias regras de responsabilidade estrita, cujo reconhecimento tem por base o § 823 II do BGB, sobre o qual se comentou em item específico deste trabalho. Há o chamado Estatuto de Responsabilidade Ambiental (para os alemães: *Umwelthaftungsgesetz*), que protege o meio ambiente contra alguns tipos de infração, como a poluição através de determinadas substâncias, vibrações, ruídos etc., mas têm como responsável pessoal o operador da atividade, com uma lista em anexo ao referido estatuto que varia, conforme explica Cees Van Dam, desde atividades relativas às fontes de energia, fornecimento de comida até o depósito de resíduos (lixo). Mas o comparatista holandês chama a atenção para a existência da responsabilidade estrita prevista no Estatuto de Recursos Hídricos (*Wasserhaushaltsgesetz*), aplicável à qualidade da água. Explica que o § 22 I do referido Estatuto prevê a responsabilidade objetiva para aquele que afeta a água, alterando, de alguma forma, sua natureza física, química ou biológica pela introdução de substâncias dentro dela (de lagos, rios, riachos ou de águas subterrâneas) causando danos para uma ou várias pessoas. Neste caso, entretanto, sob essa norma específica, apenas as perdas de natureza econômica são admitidas, nada se falando a respeito de danos extrapatrimoniais.²⁰⁵

Dessa forma, podemos concluir, com as palavras de Clayton Reis, que a doutrina alemã sempre destacou os danos extrapatrimoniais, mas nos moldes da sua cultura:

A preservação dos sentimentos íntimos das eventuais lesões que possam ser objeto de atos ilícitos é uma decorrência do natural sentimento de valorização dos predicados de virtude. Aliás, um sentimento impregnado no espírito do povo alemão, sempre preciso na interpretação e correta aplicação dos fundamentos do direito romano, que se encontra, atualmente, imbuído em sua legislação, fundada ainda no pressuposto da ampla valoração da dignidade da pessoa humana.²⁰⁶

1.2.1.2 A visão nos países do Common Law: Inglaterra e Estados Unidos

De início, cumpre fazer uma advertência de ordem terminológica. Os ingleses e americanos, de um modo geral, conhecem o que para nós, integrantes do sistema de Direito continental, é dano moral em sentido lato ou extrapatrimonial como *pain and suffering*,

²⁰⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 667, p. 7-16, Maio 1991, p. 14.

²⁰⁵ VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 442-443.

²⁰⁶ REIS, Clayton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 53.

personal injury, emotional distress ou *non pecuniary loss*, sendo que apenas na Louisiana os danos morais são conhecidos como *moral damages*, devido à clara influência francesa por eles sofrida.²⁰⁷

Nos sistemas de Common law, a indenização por danos extrapatrimoniais é admitida, mas com variações entre os países integrantes desse sistema, como é o caso da Inglaterra e dos Estados Unidos da América, sendo que ambos os países introduziram, cautelosamente, uma certa noção de dano moral.²⁰⁸

No entanto, isso nem sempre foi assim. Os sistemas de Common law se negaram, durante muito tempo, a conferir uma ação para reparar danos psicológicos, como o hoje conhecido *mental distress*, outorgando essa possibilidade de indenização por danos extrapatrimoniais apenas quando eram demandados conjuntamente danos físicos. E entre as razões que eram dadas para essa limitação estava o fato de que as Cortes poderiam sofrer uma verdadeira enxurrada de litígios. Posteriormente, passaram a reconhecer os danos psicológicos ainda que não houvesse danos materiais, admitindo a reparação por uma perturbação psíquica resultante de atos intencionais (*intentional wrongs*) e, finalmente, aquela decorrente de mera negligência (*negligent wrong*). Para reclamar o dano extrapatrimonial era necessário haver um contato físico, sendo admitido, mais tarde, a sua existência independente, como no caso de uma pessoa que estava quase sendo atropelada por um automóvel, mas que não chegou a sê-lo, embora tenha sofrido um grave trauma psíquico, tem direito a reclamar uma indenização por dano extrapatrimonial, ou, ainda, a mãe que, da porta de sua casa, vê um automóvel atropelar seu filho, que voltava do colégio.²⁰⁹

Conforme observa Flávia de Almeida Viveiros de Castro, no Common law, há um procedimento pragmático, sendo a reparabilidade dos danos morais admitida de forma irrestrita, pois os ingleses e os americanos não questionam a que título o dano deve ser reparado, mas apenas indagam a sua existência: existindo o dano, deve haver a reparação, seja ele material ou imaterial.²¹⁰

É justamente em razão desse pragmatismo, que não há, nem na Inglaterra e nem nos Estados Unidos, regras escritas e uniformes para todos os casos de reparação por danos

²⁰⁷ DE CASTRO, Marcílio Moreira. *Dicionário de Direito, Economia e Contabilidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 111.

²⁰⁸ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. 5. ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000, p. 63. t. 2.

²⁰⁹ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*, p. 63-64. t. 2.

²¹⁰ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O Princípio da reparabilidade dos danos morais: análise de direito comparado em um corte horizontal e vertical no estudo dos ordenamentos jurídicos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, p. 189-200, jul./set. 2003.

morais.²¹¹

Os britânicos falam em danos à expectativa de vida (*loss of expectation of life*), aos quais indenizam especificamente, havendo, entretanto, muita variação das leis britânicas sobre o assunto, conforme destaca McGregor.²¹²

Também o chamado “prejuízo de afeição” (*pretium affectionis*) – aceito sem restrições na Bélgica e na França – na Inglaterra, ou a indenização é reservada a alguns casos especiais ou é totalmente dispensada.²¹³ São situações que envolvem o peso da morte de um ente querido, como, por exemplo, o sofrimento ocasionado a um filho pela constatação da privação física da presença do seu pai.

Nos Estados Unidos da América, conforme referem George P. Fletcher e Steve Shepard, ao explicarem a submissão dos casos de responsabilidade extracontratual ao Tribunal do Júri, têm sido concedidas indenizações às partes lesadas, particularmente quando os requeridos são fabricantes de carros ou de outro negócio corporativo, incluindo não apenas as despesas com medicamentos e perdas de rendimentos, mas também com a dor e o sofrimento e, em muitos casos, são concedidas indenização punitiva,²¹⁴ que é o ponto seguinte do nosso estudo.

A respeito de danos extrapatrimoniais, cumpre referir uma decisão de 1947, proferida pela Suprema Corte de Apelação da Califórnia, que traduz bem o posicionamento americano em casos de acidentes com lesões às pessoas, que lhes causem sofrimentos não apenas físicos, mas também psíquicos. É o caso *Cooksey v. Atchison*, onde o requerente era empregado do requerido, trabalhando como condutor e, em 10 de março de 1945, caiu de um vagão de carga, no qual estava tentando acionar o freio, tendo o réu assumido a responsabilidade pelo fato e a única discussão judicial se referia à extensão dos danos. É preciso dizer que ao tempo do acidente, o requerente tinha 54 (cinquenta e quatro anos), gozava de boa saúde, era empregado do requerido há 35 (trinta e cinco) anos e recebia um salário de \$ 500 (quinhentos dólares) ao mês. Como resultado da queda, o homem teve uma fratura na terceira vértebra da coluna, lesões em toda a área circundante, bacia fraturada e uma série de outras lesões que o levaram a permanecer no hospital durante 59 (cinquenta e nove) dias e, por ocasião do julgamento, ainda não havia se recuperado. Houve, ainda, o testemunho do médico do ferido,

²¹¹ REIS, Clayton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 60.

²¹² MCGREGOR, Harvey. Personal injury and death. In: TUNC, André (Ed.). *International Encyclopedia of comparative law*. Torts. Tübingen J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1979, p. 62-64, v. XI, capítulo 9.

²¹³ MCGREGOR, Harvey. Personal injury and death. In: TUNC, André (Ed.). *International Encyclopedia of comparative law*. Torts. Tübingen J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1979, p. 18-19, v. XI, capítulo 9.

²¹⁴ FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *American law in a global context*. The basis. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 442.

dizendo que a sua condição era permanente e que o prognóstico da lesão não era favorável. O Júri condenou o empregador ao pagamento de uma quantia, do que ele apresentou recurso. Por ocasião do julgamento do recurso, a Suprema Corte da Califórnia, assim se manifestou:

Ao avaliar os danos em geral, o júri deve considerar todas as circunstâncias relevantes, incluindo a idade e o sexo da pessoa lesada, sua condição física antes e após a lesão, a extensão, a gravidade e a duração do sofrimento físico e mental causados pela lesão e qualquer prejuízo da capacidade de ganho resultante da lesão. Como não há correspondência exata entre dinheiro, ferimentos e sofrimentos físicos ou mentais, os vários fatores envolvidos não podem ser expressos em termos de dólares e centavos, e o único padrão é a quantia que uma pessoa razoável estimaria como uma compensação justa. Portanto, necessariamente, a determinação do montante dos danos é, em primeira instância, deixada ao critério do júri, e um veredicto não será modificado por um tribunal de apelação, a menos que seja tão grosseiramente desproporcional a qualquer limite razoável de compensação, como mostrado pela evidência de que ele se choca com o senso de justiça e levanta a presunção de que é baseado em paixão e preconceito, em vez de julgamento sóbrio.²¹⁵

E a Suprema Corte da Califórnia, no caso acima mencionado, confirmou o valor da indenização que havia sido estipulado pelo Júri.

Por outro lado, no Direito americano, em matéria de danos coletivos, há a consagração das chamadas *class actions*, onde, resumidamente, uma pessoa pode demandar não apenas em seu próprio nome, mas também no de um número expressivo de terceiros. Conforme afirmado, no âmbito do presente trabalho, o assunto será examinado apenas do ponto de vista material, ou seja, no que diz respeito aos danos que atingem um número considerável de pessoas em sua extensão e não sob o ponto de vista processual, que, por si só, comportaria uma dissertação a respeito do assunto.²¹⁶

As *class actions* americanas ganharam ampla projeção através das ações de reparação por danos ambientais, conforme explica Dario Moura Vicente, como, por exemplo, o caso *Anderson et al. v. Pacific Gas & Electric Company*, proposta pelos habitantes de Hinkley, Califórnia, contra uma empresa daquele estado, a qual foi imputada a contaminação com

²¹⁵ COOKSEY v. ATCHISON, T. & S. F. RY. CO. (trad. nossa). Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1794726.html>>. Acesso em: 20 jun. 2018. No original: “In assessing general damages, the jury should consider all relevant circumstances, including the age and sex of the injured person, his physical condition before and after the injury, the extent, severity and duration of bodily and mental suffering caused by the injury, and any impairment of earning capacity resulting therefrom. Since there is no exact correspondence between money and physical or mental injury and suffering, the various factors involved are not capable of exact proof in terms of dollars and cents, and the only standard is such an amount as a reasonable person would estimate as fair compensation. Hence, necessarily, the determination of the amount of damages is, in the first instance, left to the exercise of a sound discretion by the jury, and a verdict will not be disturbed by an appellate court unless it is so grossly disproportionate to any reasonable limit of compensation as shown by the evidence that it shocks one's sense of justice and raises a presumption that it is based on passion and prejudice rather than sober judgment”.

²¹⁶ Para um estudo aprofundado das *class actions* em matéria de arbitragem coletiva: NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Cromo de lençóis de água existentes no subsolo daquela localidade e que culminou, no pagamento pela ré, na época, em 333 milhões de dólares, sendo o caso mundialmente conhecido através de um filme americano (*Erin Brockovich*).²¹⁷ Essas pessoas, evidentemente, além dos inúmeros danos patrimoniais, sofreram danos pessoais, não apenas em matéria de direito à saúde, mas também no que diz respeito a todo o stress físico e mental ocasionado pela contaminação da água, tendo a comunidade vivido, durante muito tempo, sob o impacto da intranquilidade, da insegurança, do medo, da angústia, por não saber o que estava ocasionando os inúmeros problemas vivenciados no local, o que provocou um indiscutível trauma psicológico em inúmeras pessoas. No Brasil, teve-se situação similar em proporções com o caso do acidente do Césio 137 em Goiânia.

Um outro ponto que, nos Estados Unidos da América têm merecido destaque é o relativo à crise dos valores éticos da sociedade em benefício do bem-estar material, principalmente no âmbito negocial. Já em 1927, a revista da Suprema Corte Americana dava notícias de casos que, embora não se referissem, expressamente, aos danos morais, mencionavam casos fraudulentos, falando em *cancellation of lease for fraud* (cancelamento de arrendamento por fraude) e em *effect of failure to produce evidence* (efeito do fracasso na produção de evidências).²¹⁸

Mais recentemente, os escândalos sucessivos envolvendo o meio empresarial americano, a exemplo dos casos Enron (Texas - 2001), Adelphia (2002), WorldCom (Virgínia, também em 2002) e Madoff (2008) chamaram a atenção para as fraudes no meio empresarial, impulsionando o campo da responsabilidade civil em setores que estavam predominantemente sobre o crivo de atividades reguladoras.²¹⁹

Cumprе ressaltar que em estudo realizado por autor americano – John N. Haut – e referido por Daniel de Andrade Levy, foi constatado que, entre janeiro de 2001 e janeiro de 2003, mais de 700 (setecentas) ações coletivas foram propostas nos Estados Unidos da América, abrangendo transações com valores mobiliários, trazendo para discussão à luz da responsabilidade civil temas como integridade ética da gerência empresarial e a efetividade da auditoria externa.²²⁰ Pode-se verificar, portanto, que ao contrário do que muitos pensam, o declínio da ética no meio empresarial não é uma exclusividade brasileira.

²¹⁷ VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 298. vol. I.

²¹⁸ REIS, Clayton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 60-61.

²¹⁹ Para um resumo dos chamados “9 maiores escândalos contábeis do mundo”, em português, veja-se o site: <<http://fenacon.org.br/noticias/os-9-maiores-escandalos-contabeis-do-mundo-2609>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

²²⁰ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15-16.

Com isso, passa-se ao exame dos indenização punitiva, para que se possa melhor compreender sua conexão com os danos morais, bem como as suas origens e desenvolvimento.

1.2.2 A Indenização punitiva nos diferentes sistemas jurídicos

Díez-Picazo alerta para o fato de que os danos coletivos, tomados na acepção acima mencionada, possuem estreita relação com as *class actions*, as quais evitam que haja decisões contraditórias para pessoas que se encontram em uma mesma situação, produzindo a denominada coisa julgada ultra partes e, ainda assim, destaca a importância do papel da indenização punitiva no próprio controle das somas pecuniárias obtidas a título de indenização, devendo haver um limite desses valores.²²¹ Aqui, já se pode identificar que a aceitação (ou não) da indenização punitiva, a partir de ensinamento difundido no Brasil por Daniel de Andrade Levy, constitui uma questão cultural.

Mas antes de se examinar este aspecto cultural, cabe aqui trazer a ideia de que a questão da indenização punitiva está intimamente relacionada, também, com as funções da responsabilidade civil na pós-modernidade, que são, basicamente: reparatória (danos materiais: função clássica) ou compensatória (danos extrapatrimoniais), punitiva, dissuasória ou preventiva.²²²

No entendimento da autora da presente dissertação, a indenização punitiva não representa apenas um instrumento punitivo e nem está “fusionada” com o dano moral, constituindo um instrumento necessário e eficiente não apenas para a reparação/compensação do dano, mas para a sua própria prevenção, como uma atitude pedagógica no desestímulo à prática dos atos lesivos. E a principal razão para a sua aceitação ou não aceitação nos diferentes sistemas jurídicos está no aspecto cultural peculiar de cada um dos povos que o adotam. Por isso, na primeira parte deste estudo, fez-se questão de abordar aspectos históricos e políticos dos diversos países que integram os diferentes sistemas jurídicos (sem se ter a pretensão de ser exaustiva sobre o assunto que, por si só, comportaria um trabalho próprio), principalmente da Inglaterra e dos Estados Unidos da América, berços da indenização

²²¹ DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas, 1999, em especial, p. 169 e 239-240.

²²² Especificamente, a respeito das funções da responsabilidade civil, na bibliografia nacional, inclusive com estudos no Direito comparado, há diversas obras que abordam, com profundidade, o tema, entre elas: FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171-218; ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

punitiva, para que se possa realmente estudar e refletir sobre a questão e desconstituir certos mitos (da pena ligada à ideia de dano moral e de vingança, por exemplo).

Assim, com base na doutrina desenvolvida no Brasil por Daniel de Andrade Levy,²²³ é possível se afirmar que a questão da indenização punitiva vai muito além da questão cultural, fundando-se na edificação social e política dos países, destacando o autor elementos não jurídicos que envolvem o assunto, tais como: a formação religiosa de cada país, a ideia de enriquecimento sem causa, a formação política, o papel do Júri nas decisões judiciais envolvendo a indenização e os pressupostos metodológicos diversos adotados por cada um.²²⁴

No que tange à formação religiosa de cada país, tanto os Estados Unidos da América quanto a Inglaterra têm origem no Protestantismo. Aliás, os Estados Unidos da América se formaram, como anteriormente examinado, a partir de famílias de colonos ingleses, poloneses, irlandeses e holandeses (estes principalmente na região de Manhattan, na hoje cidade de Nova Iorque), influenciadas, fortemente, pelos princípios morais do Calvinismo que, pressionados pela Igreja Católica, embarcaram em direção à América, em 1620, no navio *Mayflower*. Trouxeram, para aquele país, a ideia de que, “somente o próprio indivíduo, do alto da sua solidão”, poderá superar os males do cotidiano. Portanto, nada mais natural do que o reconhecimento da indenização punitiva para aquele que se esforçou para trazer ao Poder Judiciário o conhecimento do dano, de uma situação de desequilíbrio social, tendo direito ao que, atualmente, a jurisprudência americana chama de *bounty* (uma recompensa para o autor da demanda).²²⁵

Ao contrário, em países que adotam o sistema romano-germânico, entre eles a França, a Alemanha, a Itália e o nosso Brasil, a influência da Igreja Católica foi sempre muito grande, associando a ideia de ilícito, pena e vingança: o indivíduo se salva ou se condena porque agiu de uma certa forma, livremente, sendo que as condutas que envolvem dinheiro são as mais propensas à imoralidade. O dinheiro é associado ao pecado: a indenização é um remédio contra o pecado, é um instrumento para a vingança e, por isso, há dificuldade de aceitação da indenização punitiva nos países de sistema romano-germânico. E aqui se encontra, também, a ideia da indenização punitiva como sendo um enriquecimento ilícito (segundo aspecto). A principal objeção católica diz respeito ao enriquecimento gerado pela indenização punitiva, por ser um instrumento de atribuição à vítima do dano de algo que não lhe pertence,

²²³ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 45, p. 165-216, jan./mar. 2011.

²²⁴ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91-103.

²²⁵ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*, p. 93-94.

principalmente quando a indenização é superior ao prejuízo sofrido pela vítima, servindo como o principal fundamento para o destino puramente público de verbas punitivas. Nos sistemas de Common law, essa ideia de enriquecimento sem causa não é, sequer, levantada.²²⁶

Já no que diz respeito ao terceiro aspecto – da formação política, nos Estados Unidos da América, os colonos de várias nacionalidades vinham para a nova terra com a intenção clara de refundarem uma sociedade que deveria se contrapor às perseguições ocorridas na Europa, com forte espírito de autodeterminação, com a ideia de reconstrução dessa sociedade com base no esforço e no trabalho. Nas palavras de Daniel de Andrade Levy, “punir, na recém-formada sociedade americana era uma condição essencial à manutenção do equilíbrio econômico, cuja necessidade de exclusão dos *bad players* (jogadores ruins) permanece, até hoje, como fundamento dos *punitive damages* nos EUA e, mais amplamente, da autorregulação”.²²⁷ Na Federação americana, o Estado organiza uma sociedade que possui sua força nas relações econômicas individuais, cujo desequilíbrio, seja por obra do cidadão, seja por parte do Estado, será coibido. Já em relação aos colonizadores franceses e portugueses, integrantes do sistema romano-germânico, viam nas suas colônias, principalmente, uma fonte imediata e descartável de riquezas, tendo “pouca preocupação em edificar algo de permanente” nessas colônias.²²⁸

Relativamente ao papel do Júri nas decisões envolvendo indenização por responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, nos Estados Unidos da América, sem se fazer uma avaliação a respeito da positividade ou não do procedimento formal adotado para a fixação da indenização punitiva naquele país, o fato é que o Júri demonstra a força da sociedade em contraposição ao Estado nas relações privadas, afirmando Daniel de Andrade Levy que o Júri e a indenização punitiva são instituições complementares, visando, ambos, a “fortalecer os laços sociais fora da esfera política de intervenção estatal”.²²⁹

Por fim, o último aspecto que é determinante para a aceitação ou não da indenização punitiva, diz respeito aos pressupostos metodológicos diversos adotados nos países de Civil law e de Common law. Nos ordenamentos romano-germânicos, a sistematização através da Codificação traz uma certa dificuldade para o delineamento e aceitação da indenização punitiva (como ocorre, veremos a seguir, na França, mesmo após a reforma do *Code civil*), provocando o engessamento de institutos (entre eles, a indenização punitiva). Os civilistas de

²²⁶ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, em especial, p. 95 e 97-98.

²²⁷ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil*, p. 99.

²²⁸ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil*, p. 98.

²²⁹ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil*, p. 100.

influência romano-germânica, de uma maneira geral, privilegiam o raciocínio formal em detrimento de um pensamento mais pragmático, de resolução a partir do caso concreto, próprio dos ingleses e americanos.²³⁰

E, após tecer considerações a respeito da insuficiência das sanções penais para coibir vários ilícitos na dinâmica comercial, não só no Brasil, mas no mundo, Daniel de Andrade Levy conclui, em lição a seguir reproduzida:

[...] a confusão entre pena e indenização é tão antiga quanto o próprio ser humano. O movimento pendular consistiu apenas em reforçar um em detrimento do outro, mas nunca foi possível isolar hermeticamente qualquer uma dessas funções corretivas do Direito. A dificuldade ética em aceitar uma compensação da violação moral encontrou na pena o seu principal aliado, que passou a justificar essa indenização. Enquanto os ordenamentos anglo-saxões superaram essa ideia, dissociando a pena do dano moral, as culturas romano-germânicas continuaram constrangidas até hoje a punir por meio da compensação moral. Atualmente, acreditamos que, em certas hipóteses, a indenização punitiva poderá preencher espaços em que o ilícito não é alcançado eficientemente, seja pelo Direito Privado, seja pelo Direito Público.²³¹

E, a partir dessas ideias da função punitiva, parte-se para o exame da aceitação (ou não) e das dificuldades que enfrentam a indenização punitiva nos países de diferentes sistemas jurídicos, como a França, a Alemanha, a Inglaterra e os Estados Unidos da América.

1.2.2.1 A sua difícil aceitação nos sistemas romano-germânicos: as reflexões na França e na Alemanha acerca da aplicação do instituto

Em países de sistema romano-germânico, como a França e a Alemanha, a aceitação da indenização punitiva tem tido um caminho difícil: tanto o *Code civil* (mesmo após a reforma, onde havia previsão expressa no projeto) quanto o BGB não têm previsão expressa a respeito da indenização punitiva.

Na França, conforme já ressaltava Georges Ripert, o indivíduo do pós-guerra se encontrava preso a duas tendências opostas: “as grandes coragens” e o “temor da responsabilidade”.²³²

A França é um dos países que mais nitidamente refletem a controvérsia sobre a aceitação ou não da indenização punitiva nos sistemas romano-germânicos, sendo que desde os últimos anos do século XX, muito os franceses têm discutido a respeito do tema, podendo-

²³⁰ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 103.

²³¹ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil*, p. 122-123 (grifo nosso).

²³² RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: L.G.D.J., 1949, p. 216.

se citar a figura de doutrinadores como Hugueneu, Boris Starck e, mais recentemente, Suzanne Carval.²³³ No entanto, a jurisprudência francesa ainda se mostra esparsa e relutante, permanecendo a indenização punitiva extremamente ligada aos danos extrapatrimoniais e ao poder dos magistrados franceses em estabelecerem a reparação integral sem motivarem a sua decisão. Isso ocorre porque, no Direito francês, os juízes competentes para examinarem o “fundo da matéria” são dispensados de motivarem as suas decisões que estabelecem as indenizações, sob pena de nulidade pela Corte de Cassação francesa, caso entenda que o fundamento desrespeitou o Princípio da Reparação integral. Assim, é bastante comum que o caráter punitivo da indenização seja “embutido” na verba compensatória do dano moral, sem outras explicações, o que dificulta, de certa forma, a pesquisa na jurisprudência francesa.²³⁴

A doutrina francesa considera como forma de aplicação da indenização punitiva as chamadas cláusulas penais, as *astreintes* e a multa civil, sendo o caráter compensatório da responsabilidade civil ainda a regra no Direito francês.²³⁵

Cedric Vanleenhove aponta para o caso *Schlenzka & Langhorne v. Fontaine Pajot*,²³⁶ que teve o seu julgamento feito nos Estados Unidos da América (Califórnia) e a sua execução proposta na França e que bem demonstra a difícil aceitação da indenização punitiva na França. Em 1999, um casal – *Peter Schlenzka e Julie Langhorne* compraram um barco de um revendedor autorizado do fabricante francês *Fontaine Pajot S.A.* O preço ajustado foi em torno de US\$ 826.009. Foi acordado entre as partes que o barco, antes de ser entregue aos compradores, seria objeto de uma exposição, em Miami e depois entregue aos proprietários em condições de novo. No entanto, em dezembro de 1999, poucos meses antes da exposição, o barco sofreu vários danos, em virtude de uma forte tempestade, enquanto estava ancorado no porto francês de *La Rochelle*, onde estava sendo fabricado. Contudo, o fabricante francês *Fontaine Pajot* não divulgou essa informação para os compradores e omitiu o fato de que os trabalhos de reparo da embarcação estavam em execução, sendo que foram feitos apenas consertos superficiais. Na entrega, o casal acreditava que estava adquirindo um bem novo, entretanto, logo tiveram diversos problemas com a estrutura do barco, sendo os réus

²³³ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79-80.

²³⁴ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil*, p. 80.

²³⁵ Sobre a distinção, na doutrina francesa, a respeito das cláusulas penais, *astreintes* e multa civil, com especial enfoque envolvendo os danos punitivos: BORGHETTI, Jean-Sébastien. Punitive Damages in French. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 55-73. No Brasil: CAMARGO, Paulo Sérgio Uchôa Fagundes Ferraz de. *Dano moral coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 93-96.

²³⁶ *California Superior Court*, 26 de fevereiro de 2003, *Schlenzka v. Pajot*, case n. 837722-1.

condenados nos Estados Unidos da América a uma indenização total de US\$ 3.253.734,45, incluindo indenização punitiva.²³⁷

O que nos interessa, no caso acima, embora seja tratado como um caso de responsabilidade contratual, é a discussão que houve na França, por ocasião da execução do julgado americano, a respeito da indenização punitiva, por revelar o pensamento francês tradicional da jurisprudência a respeito do assunto.

A Corte francesa,²³⁸ em 2009, identificou, no julgado, vários argumentos no sentido da indenização punitiva ser contrária ao sistema francês, argumentando no sentido de que eles constituíam um ganho inesperado para os demandantes, um verdadeiro enriquecimento ilícito e que o valor estipulado a título de indenização punitiva (US\$ 1.460.000) era manifestamente desproporcional e excedia, em muito, ao preço de compra (US\$ 826.009) e os próprios danos compensatórios (US\$ 1.391.650,12). Ainda, a *Cour d'Appeal Poitiers* sustentou que a desproporção da indenização punitiva violava o art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, com isso, recusou a execução do julgado, não apenas em relação aos *punitive damages*, mas no que tange ao valor inteiro da indenização.²³⁹

Como expressão doutrinária dessa preocupação em torno da função punitiva da responsabilidade civil, o art. 1371 do Anteprojeto de Reforma das Obrigações, conhecido, na França, como *Avant-Projet Catala*, em homenagem ao seu Diretor, Pierre Catala, previa, expressamente, a figura da indenização punitiva, em situações de culpa deliberada (culpa grave ou dolo) ou de ilícito lucrativo, referindo, *verbis*:

Art. 1371. O autor de uma conduta culposa manifestamente deliberada, e notadamente de um ilícito lucrativo, pode ser condenado, além de danos compensatórios, também nos danos punitivos, tendo o juiz a faculdade de destinar uma parte ao Erário. A decisão do juiz de outorgar tais danos deve ser especialmente motivada e o seu montante distinto dos outros danos reconhecidos ou atribuídos à vítima. Os danos punitivos não são passíveis de seguro.²⁴⁰

No entanto, este artigo acabou não sendo incorporado ao *Code Civil* francês após a reforma, apesar de todo o esforço da doutrina francesa. A esse respeito, cabe reproduzir o entendimento de Suzanne Carval:

²³⁷ VANLEENHOVE, Cedric. *Punitive damages in Private International Law: lessons for the European Union*. Bélgica: Intersentia Publishing, 2016, p. 124-125.

²³⁸ *Cour d'Appeal Poitiers*, 26 de fevereiro de 2009, *Schlenzka v. S. A. Fontaine Pajot*, n. 07/02404, 137 JDI 2010, 1230.

²³⁹ VANLEENHOVE, Cedric. *Punitive damages in Private International Law*, p. 127-128.

²⁴⁰ Texto do projeto de reforma francês, obtido, em português, na obra de LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82, nota de rodapé n. 185.

Em seu capítulo sobre os efeitos da responsabilidade (ato ilícito ou contrato), o anteprojeto de reforma legal das obrigações coloca em primeiro lugar a reparação do dano, mas também abre espaço para a punição de certas faltas, consagrando, na seção 1371, danos punitivos. Esta é uma proposta importante que, se adotada um dia pelo legislador, seria uma ruptura com a regra segundo a qual o juiz deve reparar todos os danos, mas nada além do dano, e que introduziria em nossa lei uma sanção bem enraizada nos países de common law, mas também na lei de Quebec (onde danos punitivos são providos por várias leis importantes).²⁴¹

Portanto, na França, o Código Civil francês e a jurisprudência do país não separaram a indenização punitiva dos danos morais, permanecendo muitos resquícios da associação entre indenização e punição.

De outra banda, a Alemanha, em decorrência da sua própria atitude restritiva em relação ao dano moral (admite os danos extrapatrimoniais apenas nos casos previstos em lei), adota também em relação à indenização punitiva uma visão estrita. O país não prioriza a compensação, como ocorre na França, mas a própria reparação *in natura*, colocando a vítima na mesma posição que teria caso não tivesse havido a lesão, conforme o preceituado pelo § 249 (1) do BGB. É de se ressaltar que, embora tenha sido nas sociedades bárbaras do território germânico o berço da função punitiva da responsabilidade civil, essa função “não ressuscitou” naquele país.²⁴²

A compensação pelo “dano moral” tangenciou a punição na Alemanha no âmbito dos direitos da personalidade, o que levou o Tribunal Federal alemão (BGH), em 1955, a afirmar que a compensação por esse tipo de dano, além de reparar, deveria levar em consideração a situação do agente causador do dano em função da satisfação que deveria ser canalizada para a vítima.²⁴³

A indenização punitiva teve destaque numa decisão do Tribunal Federal alemão em 1992, conhecido como o caso *John Doe v. Eckhard Schmitz*, num pedido de *exequatur* de uma sentença proferida nos Estados Unidos da América contra um cidadão com dupla

²⁴¹ CARVAL, Suzanne. Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs. *Revue des contrats*, n. 3, p. 822-825, 01 juil. 2006, p. 822 (trad. nossa). No original: “Dans son chapitre consacré aux effets de la responsabilité (délictuelle ou contractuelle), l'avant-projet de réforme du droit des obligations met au premier rang la réparation du dommage mais il fait aussi une place à la punition de certaines fautes, en consacrant, en son article 1371, les dommages-intérêts punitifs. Il s'agit là d'une proposition importante qui, si elle était retenue un jour par le législateur, consacrerait une rupture avec la règle selon laquelle le juge doit réparer tout le dommage mais rien que le dommage, et qui introduirait dans notre droit une sanction bien enracinée dans les pays de Common Law mais aussi en droit québécois (où les dommages-intérêts punitifs sont prévus par plusieurs lois majeures, [...]).”

²⁴² LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84-85.

²⁴³ BGH, 06.06.1955. A decisão é citada por JANSEN, Nils; RADEMACHER, Lukas. Punitive Damages in Germany. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 75-86, p. 79.

nacionalidade (americana e alemã) que, após ter cometido abuso sexual contra um menor fugiu para a Alemanha, sendo condenado a pagar, pela justiça americana, o valor correspondente a US\$ 400 mil a título de *punitive damages*. O BGH, após manifestação do Tribunal de 1ª instância de Düsseldorf, que declarou a decisão exequível, não homologou o *exequatur*, com base no entendimento de que a indenização punitiva violava a ordem pública daquele país, no que diz respeito aos efeitos do delito, que não poderiam jamais causar o enriquecimento indevido da vítima, mas tão somente a punição do ofensor. Mas é de se ressaltar que o BGH se manifestou no sentido de que, em nenhuma hipótese, a indenização punitiva poderia ser equiparada aos danos morais, pois estes são satisfatórios, enquanto aquela é sancionadora.²⁴⁴

Todavia, em 1995, o Tribunal Federal alemão parece ter flexibilizado o seu posicionamento diante de duas situações envolvendo ilícitos lucrativos (que são condutas lesivas “que valem a pena”, nas palavras de Daniel Andrade Levy, ou seja, nas quais o lucro auferido pelo autor do dano é maior do que os eventuais prejuízos a serem ressarcidos à vítima²⁴⁵), ambos envolvendo a divulgação não autorizada da imagem de duas figuras públicas: a princesa Caroline de Mônaco e o seu filho mais velho. Ao falar, especificamente, sobre esses fatos, refere Paula Meira Lourenço:

Com efeito, nestes dois casos, o BGH salientou a necessidade de reforçar as compensações atribuídas por danos não patrimoniais, revelando, assim, as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil.

No primeiro caso, um jornal publicou a seguinte notícia, na 1ª página: ‘Carolina – ela luta, corajosamente, contra o cancro [câncer] no seio’, com a evidente intenção de ser interpretada como se fosse a própria Princesa a padecer de cancro [câncer] e, desse modo, aumentar as vendas do jornal. No interior do mesmo jornal, a notícia revelava que a Princesa estava tão somente a apoiar um associação de combate ao cancro [câncer]. No segundo caso, um jornal publicou fotografias do filho mais velho da Princesa, sem qualquer autorização, não obstante ter sido anteriormente obtida uma injunção judicial proibindo a publicação de fotografias das [então] crianças.²⁴⁶

Então, o BGH, no primeiro caso, reconheceu a falta de escrúpulos do jornal, tendo a vítima recebido inúmeras ligações, perturbando o seu sossego, para saber a respeito da sua real condição de saúde, fixando uma indenização e reconhecendo a função preventiva ou

²⁴⁴ Para detalhes a respeito desta decisão, em todas as instâncias alemãs: VANLEENHOVE, Cedric. *Punitive damages in Private International Law: lessons for the European Union*. Bélgica: Intersentia Publishing, 2016, p. 99-105.

²⁴⁵ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 108-115.

²⁴⁶ LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 123-124.

dissuasória da responsabilidade civil. No segundo caso (fotos do filho da Princesa), também o BGH condenou o jornal ao pagamento de uma indenização, explicando que “de outro modo o procedimento ficaria sem sanção”.²⁴⁷

Essas situações, no entanto, são isoladas, prevalecendo o entendimento de que a aplicação da indenização punitiva ofende a princípios constitucionais, em especial, o Princípio da Proporcionalidade. Há exceções em situações, como por exemplo, que a pessoa não foi selecionada para um emprego em razão de discriminação por raça, cor, religião, opção sexual etc., servindo a indenização punitiva como uma sanção para o empregador em razão do seu comportamento, no mínimo, antissocial.²⁴⁸

Portanto, hoje, também na Alemanha, embora em menor escala, a situação da indenização punitiva tem sido discutida.

1.2.2.2 Os sistemas do Common law

A função punitiva da responsabilidade civil é vista de forma muito natural nos países de Common law, principalmente na Inglaterra (local onde o instituto surgiu) e nos Estados Unidos da América, que tiveram um excepcional desenvolvimento nesse assunto, mostrando, mais uma vez, que dentro de um mesmo sistema jurídico há colorações diferentes dadas aos mesmos institutos, no caso, a indenização punitiva que, principalmente na Inglaterra, possui uma interpretação e aplicação mais restritiva, sendo os Estados Unidos da América mais abrangente e flexível em ambos os aspectos citados.

É impossível, no âmbito deste trabalho, fazer uma abordagem exaustiva dos *punitive damages*, principalmente no que se refere aos Estados Unidos da América, o qual adota (ou não) o instituto de forma diferenciada nos cinquenta estados da sua Federação. No entanto, é preciso ter uma compreensão da matéria a partir das suas origens inglesas e do seu desenvolvimento na América do Norte.²⁴⁹ É o que se pretende a seguir.

²⁴⁷ LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 124.

²⁴⁸ JANSEN, Nils; RADEMACHER, Lukas. Punitive Damages in Germany. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 75-86, p. 84-85.

²⁴⁹ Para um estudo completo dos *punitive damages* nos cinquenta Estados da Federação americana, com os seus julgados e entendimentos, divididos em dois volumes, com um total de 24 (vinte e quatro) capítulos: KIRCHER, Jonh J.; WISEMAN, Christine M. *Punitive damages: law and practice*. Estados Unidos da América: Thomson Reuters, 2017. 2 vols.

1.2.2.2.1 As origens no Direito inglês: pressupostos e aplicação

No século XII, no chamado *Statute of Councester* já havia previsão de indenizações múltiplas, mas ainda permanecia uma certa confusão entre pena e ressarcimento decorrentes de dano extrapatrimonial. No entanto, no século XVIII, é que os chamados *exemplary damages* passaram a ser mencionados de forma autônoma, a fim de justificar indenizações elevadas em prejuízos intangíveis, conhecidos pelos ingleses como *mental suffering*, *wounded dignity* e *injured feelings*. Na Inglaterra, os *punitive damages* foram reconhecidos (a expressão foi utilizada pela primeira vez), em 1763, no caso *Huckle v. Money*, onde uma pessoa foi presa indevidamente e mantida em cárcere durante 6 (seis) horas, sendo concedida uma indenização correspondente a 300 (trezentas) libras, excedentes ao dano sofrido.²⁵⁰

O outro caso que ocorreu na Inglaterra, no mesmo ano, foi o chamado *Wilkes v. Wood*, no qual funcionários do rei Jorge III arrombaram a residência do tipógrafo, sem mandado judicial, porque ele tornava pública as suas opiniões contra o monarca. A indenização foi uma forma de punir os funcionários reais e de impedir que eles viessem, novamente, a violar direitos dos cidadãos.²⁵¹

Mas foi no decorrer do século XIX que os *exemplary damages* foram se separando dos danos extrapatrimoniais, passando os prejuízos morais a integrarem a categoria da indenização real (compensatória) e, separadamente, a existir a indenização punitiva, como maneira de punir a conduta intencionalmente desrespeitosa, constituindo o cerne filosófico da discussão o desrespeito aos direitos de outrem.²⁵²

Contudo, a grande independência da indenização punitiva na Inglaterra foi obtida apenas em 1964, no caso *Rookes v. Barnard*, quando *Lord Devlin*, integrante da então Câmara dos Lordes, traçou os limites e as funções do instituto, implementando os *categories test* e limitando a concessão da indenização punitiva a três hipóteses: a) a existência de condutas

²⁵⁰ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil*. Da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 43-44; LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49 e ss; WILCOX, Vanessa. Punitive Damages in England. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 7-53, p. 9.

²⁵¹ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil*, p. 43-44; WILCOX, Vanessa. Punitive Damages in England. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 7-53, p. 9-10.

²⁵² A respeito de toda a discussão filosófica em torno da indenização punitiva, destacando os pontos comuns entre os primeiros casos ingleses (quais sejam: conduta lesiva ou intencional do agente + forma insultante, humilhante pela qual o dano foi causado), bem como questionando o que chama de “dois mitos” (A indenização punitiva está “fora de controle”? Ela produz uma dissuasão eficiente?), veja-se interessante estudo do jurista americano: SEBOK, Anthony. Punitive Damages: from myth to theory. *Iowa Law Review*, n. 92, p. 958-1036, mar. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894380>. Acesso em: 27 jun. 2018.

opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais por parte de funcionários do governo; b) a existência de uma conduta premeditada do ofensor para ter lucro em desfavor da vítima (são o embrião do que hoje conhecemos como ilícitos lucrativos), de forma que o lucro obtido seja superior à indenização compensatória e c) expressa previsão legal.²⁵³ A essas hipóteses devem ser acrescidos um pedido específico de indenização punitiva e, ainda, que haja uma ação prevista como possível de aplicá-los.²⁵⁴

Os ilícitos lucrativos representam, hoje, a maioria dos casos envolvendo indenização punitiva na Inglaterra. Daniel Andrade Levy traz um exemplo da Inglaterra de 1997, quando um tabloide inglês publicou uma reportagem dizendo que o cantor Elton Jonh havia sido flagrado em uma festa, “regurgitando” alimentos que havia consumido, insinuando a existência de uma bulimia. A *Court of Appeal* inglesa entendeu que diante do lucro potencial que a publicação da matéria sensacionalista causaria e tendo o jornal completamente ignorado a falsidade da história, inicialmente, foi condenado a uma indenização no valor de 275 mil libras a título de danos exemplares (hoje, em 2018, equivalendo a aproximadamente um milhão e quatrocentos mil reais), que foi reduzido pela Corte de apelação para 50 mil libras (o equivalente, hoje, a R\$ 255.000,00).²⁵⁵

Em relação à expressa previsão legal, a indenização punitiva, na Inglaterra, é muito aplicada em casos de propriedade industrial e de concorrência desleal, para citar dois exemplos.²⁵⁶

Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler sintetizam a questão da evolução dos *exemplary damages* ingleses para a indenização punitiva da seguinte forma:

[...] no decorrer do século XIX, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, o conceito de *actual damages* (categoria que representa os danos efetivos, na qual se incluem os danos compensatórios) foi ampliado, de forma a abarcar o prejuízo intangível. Como consequência, a função originalmente compensatória dos *exemplary damages* foi transferida aos *actual damages*, e as Cortes foram levadas a falar dos *exemplary damages* em termos de *punishment* e *deterrence*.²⁵⁷

Em 2002, todavia, houve uma reviravolta que provocou uma certa abertura do Direito inglês em matéria de indenização punitiva, destacando-se o caso *Kuddus v. Chief of*

²⁵³ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50; CAMARGO, Paulo Sérgio Uchôa Fagundes Ferraz de. *Dano moral coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 100-102.

²⁵⁴ CAMARGO, Paulo Sérgio Uchôa Fagundes Ferraz de. *Dano moral coletivo*, p. 100-102.

²⁵⁵ John v. MGN Ltd. (1997) QB 586, p. 622, *apud* LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

²⁵⁶ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil*, p. 50.

²⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. *Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005 (grifos do autor).

Leicestershire Constabulary, onde foi admitido que a indenização punitiva fosse aplicável a novos tipos de danos.²⁵⁸

Portanto, no Direito inglês, ao contrário do americano, como se verá no item seguinte, os *punitive damages* são aplicados de forma muito específica, em certas hipóteses, não sendo a utilização do instituto tão difundida quanto nos Estados Unidos da América e nem contemplando valores altos de indenizações, comprovando que o sistema judicial inglês é conservador.²⁵⁹

Por outro lado, com a saída recente do Reino Unido da União Europeia, conhecida como BREXIT, conforme mencionou-se neste trabalho (v. nota de rodapé nº 166), há muitas dúvidas e incertezas no que tange à forma como este evento refletirá em matéria de responsabilidade civil e, portanto, também dentro da sua função punitiva, com especial destaque para a questão ambiental (em termos de avaliação ambiental e respectiva legislação). Demonstrando a importância e atualidade do tema, embora não se refira, especificamente, aos danos extrapatrimoniais, em 14 de junho de 2017, foi realizado um *workshop*, na Universidade de Liverpool, organizado pelo Centro de Avaliação e Gestão ambiental, a fim de discutir as implicações (a médio e longo prazos) desta saída do Reino Unido em matéria ambiental, terminando por concluírem que o BREXIT tem o potencial de permitir que a legislação ambiental, principalmente em termos de avaliação ambiental, seja revista e atualizada,²⁶⁰ o que demonstra, no entendimento da autora do presente trabalho, que a Inglaterra (principal figura do Reino Unido), embora permaneça conservadora, não desconhece a necessidade de revisão dos seus institutos jurídicos em virtude das modificações próprias da chamada pós-modernidade.

1.2.2.2.2 O seu desenvolvimento no Direito norte-americano: a sua aceitação diferenciada nos Estados da Federação e os pressupostos de acordo com o entendimento da Suprema Corte

Se a Inglaterra representa a origem do instituto da indenização punitiva, como de fato

²⁵⁸ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2002] 2 AC 122, apud WILCOX, Vanessa. Punitive Damages in England. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 7-53, p. 19-20.

²⁵⁹ CAMARGO, Paulo Sérgio Uchôa Fagundes Ferraz de. *Dano moral coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 100-102.

²⁶⁰ FISCHER, Thomas B. *et al.* Implications of BREXIT for environmental assessment in the United Kingdom – results from a 1-day workshop at the University of Liverpool. *Impact Assessment & Project Appraisal*, vol. 36, capítulo 4, p. 371-377, Jul. 2018.

é, os Estados Unidos da América foram e são o campo fértil para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do tema. No entanto, no país da América do Norte, ao contrário da Inglaterra, a situação é bem mais complexa e demanda um estudo maior a seu respeito, não só porque cada Estado da Federação americana possui uma legislação própria a respeito, como também porque há maior flexibilidade nos requisitos para a caracterização dos *punitive damages*.

Não é viável, no âmbito deste trabalho (até porque o nosso objetivo, por ora, é mostrar como funciona o instituto no *Common law*), fazer uma abordagem exaustiva do assunto, para o que se sugere, desde já, a leitura da obra “Punitive Damages: law and practice”, dos professores americanos John J. Kircher e Christine M. Wiseman que, em dois volumes, com mais de 2.300 (duas mil e trezentas páginas), sem contar os anexos com os estatutos dos *torts* e os *cases* mais importantes da jurisprudência americana, separados estado por estado, examinam, detalhadamente, o assunto, que constitui, pode-se dizer sem qualquer exagero, um dos principais pontos de discussão da *tort law* naquele país.²⁶¹

Há estados da Federação americana que não aceitam os *punitive damages*: Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire e Washington.²⁶² Vários outros estados impõem limitações de valor, como, por exemplo, o Alabama (250 mil dólares) e Idaho (250 mil dólares ou três vezes o valor dos danos materiais, o que for maior).²⁶³

Ainda, em outros estados da Federação americana é adotado o caráter fluído da reparação (que os americanos chamam de *fluid recovery* – indenização fluída), pois uma parte do valor indenizatório é recolhido a fundos estaduais, sendo, no entendimento da autora do presente trabalho, um dos grandes pontos positivos da indenização punitiva em matéria de interesses coletivos. São oito Estados²⁶⁴ que adotam essa sistemática: Georgia, Indiana, Iowa, Alaska, Missouri, Utah, Oregon e Illinois.

Os primeiros casos a respeito da indenização punitiva nos Estados Unidos da América envolvem insultos e humilhações sofridos pelas vítimas, como o caso *Genay v. Norris*, quando, em 1784, o demandado colocou na taça de vinho do demandante uma droga sedativa, causando, em público, o desmaio da vítima, no meio de um duelo que seria travado entre eles.

²⁶¹ KIRCHER, Jonh J.; WISEMAN, Christine M. *Punitive damages: law and practice*. Estados Unidos da América: Thomson Reuters, 2017. 2 vols.

²⁶² KIRCHER, Jonh J.; WISEMAN, Christine M. *Punitive damages: law and practice*, p. 153-231. v. I

²⁶³ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54; SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 155-196.

²⁶⁴ CAMARGO, Paulo Sérgio Uchôa Fagundes Ferraz de. *Dano moral coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 107.

Portanto, nos primeiros casos americanos, a indenização punitiva também nasceu atrelada aos danos morais, o que foi se modificando apenas a partir do século XIX, com a Revolução Industrial e o surgimento de uma nova sociedade, marcada por novos valores, novos conflitos e novas formas de danos.²⁶⁵

A questão relativa aos requisitos (assim como à quantificação – esta questão específica não será objeto do nosso trabalho) para a concessão da indenização punitiva também assume diferentes matizes nos estados da Federação americana. No entanto, é preciso deixar bastante claro que não é qualquer conduta que é capaz de ensejar a aplicação dos *punitive damages*, mas apenas as condutas altamente reprováveis, havendo requisitos objetivos e subjetivos comuns aos diferentes Estados daquela Federação, conforme se passará a examinar a seguir.

Os chamados requisitos objetivos são aqueles que independem da vontade do demandado. Constituem os requisitos necessários para a configuração da própria responsabilidade civil extracontratual (nos Estados Unidos da América, ainda se discute se a indenização punitiva é ou não aplicável aos contratos – *a breach of contract*): a prática de um ato ilícito; o nexos causal entre a conduta e o dano e o próprio dano. No entanto, além dos requisitos objetivos, há requisitos subjetivos (referentes à conduta do agente causador do dano), que são comuns aos diferentes estados americanos e que não são cumulativos, sendo encontrados no próprio rol de perguntas que são formuladas aos jurados,²⁶⁶ “a título de guia para o julgamento”, nos casos de responsabilidade extracontratual. São eles: a malícia (*malicious*), a imprudência (*recklessness*) ou a negligência grosseira (*gross negligence*).²⁶⁷

Essas condutas devem ser realmente graves, desmedidas, representando muito mais do que um simples descuido.

A definição de dolo em todos os Estados e na jurisdição federal segue o conceito previsto na Seção 8A do *Second Restatement of Torts* (1965), assim sintetizada por Anthony Sebok: “Um ato é intencional tanto se for realizado com o propósito de alcançar o resultado

²⁶⁵ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55.

²⁶⁶ No livro já mencionado - KIRCHER, Jonh J.; WISEMAN, Christine M. *Punitive damages: law and practice*. Estados Unidos da América: Thomson Reuters, 2017. 2 vols, especialmente no capítulo 11, p. 1159-1366, v. II, há um guia prático, estado por estado, com as perguntas que devem ser formuladas ao jurados para orientá-los nos casos de responsabilidade extracontratual, sendo denominado de instruções para o júri (*Jury instructions*).

²⁶⁷ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil*. Da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, especialmente, p. 51-60; SEBOK, Anthony J. Punitive damages: from myth to theory. *Iowa Law Review*, v. 92, p. 958-1036, 2007; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no Direito brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil- Constitucional. IV Congresso do IBDCIVIL. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 617-632.

quanto se o autor estiver substancialmente certo de que a sua ação atingiria aquele resultado”.²⁶⁸

Já em relação à imprudência (*recklessness*), é aquela que não configura um mero descuido, sendo qualificada pela indiferença, como nos casos de indenização devida em acidentes de trabalho, de que fala a professora do Oregon, já citada neste trabalho, Caroline Forrell.²⁶⁹

Alexander Volok oferece um conceito preciso do que significam a negligência grosseira e a imprudência, autorizadas da aplicação do instituto em análise, dizendo que “a imprudência é o conhecimento e a desconsideração consciente de um risco de prejuízo substancial e injustificável; a negligência é quando o requerido deveria ter sabido, mas não soube, que um risco de dano substancial e injustificável poderia ocorrer”.²⁷⁰

Assim, a chamada negligência grave não é qualquer negligência, mas sim aquela conduta inaceitável, em que o agente não pautou o seu ato por questões das quais deveria ter conhecimento. Aqui, são abarcadas aquelas situações nas quais embora não haja uma clara noção de risco, há um descaso em relação a esse risco ou a total indiferença do autor em virtude dos lucros superiores que a sua conduta pode gerar. É o caso dos ilícitos lucrativos.²⁷¹

No que tange à figura da negligência grave na responsabilidade extracontratual, principalmente em matéria dos ilícitos lucrativos, há grandes discussões na doutrina americana, sobre as quais cabe aqui fazer apenas uma referência, no que tange ao fato de a responsabilidade demandar prova da culpa ou se essa seria uma situação de responsabilidade estrita (*strict liability*), objetiva, sendo prescindível a prova de culpa grave ou dolo, não havendo um consenso, ainda, a respeito do assunto.²⁷²

²⁶⁸ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 155-196, p. 181 (trad. nossa). No original: “An act is intentional if it was done with either the purpose of bringing about the result or if the actor was substantially certain that his or her action would bring about the result”.

²⁶⁹ FORELL, Caroline. Comparing the United States to Australia, Canada and England. *Willamette Law Review*, v. 36, p. 865-898, 2000. Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/LuceneSearch?terms=Statutes+and+Torts&collection=all&searchtype=advanced&typea=text&tabfrom=&submit=Go&all=trueHeinOnline>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

²⁷⁰ VOLOK, Alexander. Punitive Damages and environmental law: rethinking the issues. *Policy Studies*, n. 213, p. 3, 1996 (trad. nossa). No original: “Recklessness is the knowledge and conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk of harm. Negligence is when the defendant should have known, but didn't, of a substantial and unjustifiable risk that the damage would occur”. Disponível em: <<https://reason.org/wp-content/uploads/files/76a01f43ff7eec045e97b61c0f23caf5.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

²⁷¹ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 155-196; LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 58.

²⁷² Sobre o assunto: VOLOK, Alexander. Punitive Damages and environmental law: rethinking the issues. *Policy Studies*, n. 213, p. 1-91, 1996; FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global*

A despeito dos mencionados requisitos objetivos e subjetivos e diante do cenário de grande diversidade nos estados, a Suprema Corte americana desempenha um papel imprescindível no que se refere ao instituto da indenização punitiva, não só no que diz respeito à sua quantificação (como se verá, em geral, as Cortes estaduais fixam as indenizações punitivas em valores bastante elevados, que levam a uma das principais críticas dirigidas ao instituto, dentro e fora do país, havendo uma tendência da Suprema Corte a reduzir esses valores), como também no que tange à definição dos requisitos necessários para a sua aplicação.²⁷³ Esse importante papel pode ser comprovado através dos julgados sobre o tema, que são levados ao seu conhecimento em sede recursal, sendo utilizados três argumentos constitucionais por parte dos que tentam se furtar ao pagamento da indenização punitiva, que dizem respeito a V (quinta) e a XIV (décima quarta) emendas (relativas à cláusula do Devido Processo – similar, mas não igual – ao nosso conceito de Devido Processo Legal – *Due Process Clause* para eles), bem como a VIII (oitava) emenda (que proíbe as condenações em penas excessivas).²⁷⁴

context: the basics. Oxford: Oxford University Press, 2005, capítulo 22, Foundations of tort law, p. 440-451. A autora do presente estudo comunga do entendimento dos que defendem, nos casos de negligência grave, pela aplicação da responsabilidade civil objetiva e também da indenização punitiva, de forma que não haja necessidade de prova da culpa grave ou dolo eventual do causador do dano, principalmente em casos de danos coletivos, como os danos ambientais e nos chamados ilícitos lucrativos.

²⁷³ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 155-196; CAMARGO, Paulo Sérgio Uchôa Fagundes Ferraz de. *Dano moral coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 103-107.

²⁷⁴ V Emenda: Ninguém será detido para responder por crime capital ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um grande Júri, exceto nos casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser ameaçado duas vezes pelo mesmo crime em sua vida ou saúde, nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem ser privado da vida, da liberdade ou dos bens sem processo legal, nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização. VIII Emenda: Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns. XIV Emenda: Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãs do país e do estado onde tiverem residência. Nenhum estado poderá fazer ou executar leis que restrinjam os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis (trad. nossa). No original: “Amendment V (1791). No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. Amendment VIII (1791) Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted. Amendment XIV (1868). Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 05 jul. 2018.

Dentro desse cenário, em relação aos requisitos exigidos, a Suprema Corte americana tem o papel de estabelecer os parâmetros para a investigação do grau de censurabilidade da conduta do réu, delineando requisitos para a caracterização da indenização punitiva a partir do exame de diversos *cases*, dentre os quais destacam-se: *Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. v. Kelco Disposal Inc.* (1989: situação de violação à legislação antitruste, onde a indenização punitiva foi fixada em 6 milhões de dólares pelo Júri, tendo a Corte de Apelação confirmado esse valor, por considerá-lo adequado, não sendo constitucionalmente excessivo); *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Cleopatra Haslip* (1991: fraudes em seguro saúde, onde a indenização punitiva era quatro vezes maior do que os danos alegados pela Haslip, sendo o valor confirmado pela Suprema Corte do Alabama); *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corporations* (1993: discussão a respeito dos *royalties* de petróleo e gás, tendo havido acordo a respeito entre a demandante e a demandada, agindo a empresa TXO de má-fé, o que resultou na sua condenação em 10 milhões de dólares a título de *punitive damages*); *BMW of North America Inc. v. Gore Jr.* (1996: caso que será, devido a sua importância no que tange aos requisitos para a configuração da indenização punitiva, abaixo examinado) e o mundialmente conhecido caso *Philip Morris USA v. Mayola Williams* (2007: morte de uma pessoa em razão dos danos ocasionados pelo tabaco, tendo a empresa agido de forma a criar na pessoa uma ideia de que fumar era seguro, sofrendo uma condenação no valor de 79,5 milhões de dólares a título de indenização punitiva).²⁷⁵

A partir dos casos supramencionados, a Suprema Corte dos Estados Unidos vem acrescentando critérios e estabelecendo limites à fixação dos *punitive damages*, pertinentes ao grau de reprovabilidade da conduta do ofensor; à proporção entre o valor da indenização punitiva e os danos sofridos pela vítima e, ainda, relativamente à existência de sanções previstas em lei ou em regulamentos por condutas semelhantes.

O caso *BMW of North America Inc. v. Gore Jr.* (1996) foi decisivo para a configuração dos requisitos de caracterização da indenização punitiva. Após adquirir um automóvel novo no valor de US\$ 40.751,88, o seu proprietário, Ira Gore Jr., percebeu que a lataria do carro havia sido repintada, provocando uma queda no valor de aquisição na ordem de 10% (o equivalente a US\$ 4.000,00). Com isso, ingressou com uma ação indenizatória, na qual, além dos danos materiais, requereu *punitive damages* no valor de US\$ 4 milhões, que representaria o prejuízo sofrido por compradores de cerca de 1.000 (mil) automóveis repintados, nas mesmas condições do que o seu e que haviam sido vendidos como novos nos

²⁷⁵ Todos os casos citados estão disponíveis, na íntegra, em site especializado dos Estados Unidos da América. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com>> Acesso em: 01 jul. 2018.

Estados Unidos da América. O Júri aceitou o valor da indenização pedida (claramente excessivo), por entender que a prática de não divulgação dos vícios que pudesse gerar uma depreciação no valor do carro constituía uma omissão fraudulenta. Em sede de apelação, a Suprema Corte do Alabama determinou a diminuição dos *punitive damages* para dois milhões de dólares e, em 1995, a *BMW* entrou com recurso perante a Suprema Corte dos Estados Unidos.²⁷⁶

Neste caso, a Suprema Corte afirmou, categoricamente, que havia uma desproporção entre o valor da indenização punitiva e o prejuízo efetivo sofrido pela vítima, entendendo que a *Due Process Clause* deveria respeitar certos parâmetros (alguns já delineados no caso *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Cleopatra Haslip*), quais sejam: o grau de reprovabilidade da conduta; a relação entre os danos compensatórios e a indenização punitiva e a diferença entre o valor da indenização punitiva e as penalidades civis ou criminais autorizadas e/ou impostas em casos similares. Assim, a Suprema Corte apontou que a indenização punitiva era 500 (quinhentas) vezes maior do que os danos materiais concedidos a Gore Jr., sendo, ainda, superiores a qualquer penalidade pecuniária prevista no Estado do Alabama, determinando que o caso fosse novamente apreciado pela Suprema Corte do mencionado estado. A Suprema Corte do Alabama, então, com base nos critérios e considerações feitos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, reduziu o valor da indenização punitiva para US\$ 50 mil dólares.²⁷⁷

George P. Fletcher e Steve Sheppard, ao analisarem os contornos controversos dos *punitive damages* na atualidade, lembram um aspecto muito importante do assunto: a natureza do interesse atingido pela lesão. Lembram que no caso da *BMW v. Ira Gore Jr.* a lesão infligida ao proprietário do carro era puramente econômica e que a venda antecipada do bem, pelo simples fato de ser retocada a pintura, não possuía qualquer efeito sobre a sua *performance* ou elementos de segurança, nem sobre sua aparência (pelo menos naqueles nove meses posteriores à aquisição).²⁷⁸ E, ainda, completam os professores americanos:

Por certo, a prática de lesões a interesses econômicos, especialmente quando feitos intencionalmente através de ações de improbidade (de má conduta) ou quando o alvo seja financeiramente vulnerável, pode garantir uma penalidade substancial. Mas essa observação não converte todos os atos que causam lesão econômica em ato ilícito que seja suficientemente repreensível para justificar uma sanção significativa

²⁷⁶ Disponível, na íntegra, em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/517/559.html>. Acesso em: 02 jul. 2018.

²⁷⁷ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito de condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

²⁷⁸ FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global context: the basics*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 493.

em adição à indenização compensatória.²⁷⁹

Outra situação mais recente, ocorrida em 2003, e que também foi decisiva no que tange aos critérios para a aplicação da indenização punitiva nos Estados Unidos da América e na qual foi feita uma revisão do decidido em *BMW v. Gore Jr.*, foi o caso *State Farm v. Campbell*, que envolveu a morte e a lesão permanente de duas pessoas em virtude de um acidente de carro dirigido por Curtis Campbell. Ambas as vítimas mostraram interesse em acordar com um valor, a título de indenização, mas a seguradora *State Farm* não aceitou a oferta, enquanto dizia a Campbell que representaria seus interesses em juízo, que não havia necessidade de ele contratar um advogado próprio e, ainda, que manteria o seu patrimônio intacto. No entanto, um júri de Utah inicialmente concedeu uma indenização de mais de US\$ 185 (cento e oitenta e cinco) milhões de dólares para as vítimas e a seguradora decidiu cobrir apenas US\$ 50 (cinquenta) milhões de dólares (valor originariamente proposto pelos lesados), afirmando que Campbell teria que vender a sua casa para adimplir o restante do valor. Com isso, Campbell contratou um advogado e processou a *State Farm* por má fé, fraude e imposição de stress emocional. No final, um júri concedeu a Campbell em torno de US\$ 2,4 milhões de dólares a título de indenização compensatória e US\$ 145 milhões de dólares como indenização punitiva, o que foi modificado para um milhão de dólares como indenização compensatória e US\$ 25 (vinte e cinco) milhões de dólares como *punitive damages*. Em apelação, a Suprema Corte de Utah manteve o valor da indenização compensatória (um milhão de dólares), mas restabeleceu o valor da indenização punitiva em US\$ 145 (cento e quarenta e cinco) milhões de dólares. Isso foi feito, em parte, baseado em provas surgidas no decorrer do julgamento de que a *State Farm* tinha se engajado em um movimento nacional para reduzir, minimizar práticas desleais, abusivas, pedidos feitos de má fé. No entanto, ao final, a Suprema Corte americana determinou que o valor da indenização punitiva fosse reduzido, considerando os US\$ 145 (cento e quarenta e cinco) milhões de dólares excessivos, violando a 14ª emenda da Constituição americana.²⁸⁰

Conforme esclarecem George P. Fletcher e Steve Sheppard este caso também é

²⁷⁹ FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global context: the basics*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 493 (trad. nossa). No original: “To be sure, infliction of economic injury, especially when done intentionally through affirmative acts of misconduct (...), or when the target is financially vulnerable, can warrant a substantial penalty. But this observation does not convert all acts that cause economic harm into torts that are sufficiently reprehensible to justify a significant sanction in addition to compensatory damages”.

²⁸⁰ RAPOPORT, David E.; RICHTER, Paul D. *Punitive Damages after State Farm v. Campbell: the first year*. Disponível em: <<https://www.rapoportlaw.com/Helpful-Information/Publications/PDF-PunitiveDamageAfterStateFarm.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2018.

paradigmático na jurisprudência americana, porque provocou uma revisão, pela Suprema Corte daquele país, dos requisitos para a aplicação da indenização punitiva, revisando o estabelecido no caso *BMW v. Ira Gore Jr.*, deixando claro que: a) um Estado não possui interesse legítimo em regular atos ilícitos que ocorreram fora da sua jurisdição (ou seja, a Suprema Corte quis dizer que a conduta da seguradora nos outros Estados da Federação americana não poderia ser considerada na avaliação da conduta repreensível apta a gerar a indenização punitiva, devendo ser levada em conta apenas a conduta da seguradora naquele caso concreto) e b) os prêmios (indenizações) maiores do que um dígito único, numa relação de proporção entre a indenização punitiva e a indenização compensatória, seriam quase sempre excessivos, violando o Devido Processo.²⁸¹ Ou seja, foram estabelecidos novos critérios para a fixação da indenização punitiva, na tentativa de combater uma das principais críticas feitas ao instituto.

A partir dessa decisão e seguindo os parâmetros já fixados no mencionado caso *BMW*, conforme destacado por Andrew C. Jayne, a Suprema Corte Americana definiu que o grau de censurabilidade da conduta do réu deve ser avaliado com base no seguinte: a) existência de um dano físico ou econômico; b) o ato ilícito praticado deve evidenciar uma indiferença exagerada, com desrespeito à saúde e segurança; c) vulnerabilidade²⁸² da vítima (não apenas financeira, mas também técnica e jurídica); d) a existência de uma conduta reiterada ou isolada e e) se o dano foi resultado de uma conduta intencional, negligente ou imprudente.²⁸³ Assim, a Suprema Corte Americana deixou claro que apenas um desses fatores não é suficiente para caracterizar uma conduta repreensível, passível de indenização punitiva, mas que a inexistência de todos eles praticamente torna impossível a concessão desta.

Após a análise desses casos supramencionados, a Suprema Corte americana deixou bem claro três critérios fundamentais a serem levados em consideração para a aplicação da indenização punitiva, quais sejam: grau de repreensibilidade da conduta do ofensor; a existência de uma proporcionalidade entre a indenização punitiva e os danos inflingidos à

²⁸¹ FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global context: the basics*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 500-501.

²⁸² O conceito de vulnerabilidade, no Brasil, com base nos estudos europeus realizados sobre o assunto, é dado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem: “[...], vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 120.

²⁸³ JAYNE, Andrew C. The impact of recent U. S. Supreme Court punitive damages jurisprudence on Oklahoma’s punitive damages statute and jury instructions. *Oklahoma Law Review*, v. 57, p. 885, 2001/2002. Disponível em: <<http://adams.law.ou.edu/olr/articles/vol57/vol574/jayne574.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

vítima, constituindo o que a doutrina americana chama de “dígito único” e a existência de sanções previstas em lei ou em regulamentos para a prática de condutas semelhantes.

George P. Fletcher e Steve Shepard, ao abordarem a questão da indenização punitiva, ressaltam que talvez o seu mais importante indício de razoabilidade seja dado pelo grau de repreensibilidade da conduta do ofensor,²⁸⁴ com que a autora do presente estudo concorda integralmente, destacando-se, ainda, a importância da natureza do interesse lesado para a caracterização da indenização punitiva e não apenas para a sua quantificação: um interesse patrimonial não pode ter a mesma retribuição do que um interesse existencial, quando são ofendidos bens como saúde, segurança, integridade física e psíquica das pessoas, assim como um dano ocasionado a um interesse coletivo não pode ter a mesma resposta do que um dano ocasionado a um interesse puramente individual, conforme se examinará na segunda parte deste trabalho, em termos de Brasil.

Cumprido destacar que as principais críticas dirigidas aos *punitive damages*, dentro e fora dos Estados Unidos da América, são no sentido de que os valores são concedidos com muita frequência e flexibilidade e, ainda, em altas quantias. No entanto, essas são afirmações que podem ser feitas por incautos ou leigos no assunto, mas que não subsistem a um estudo mais aprofundado do tema. Anthony J. Sebok procura demonstrar que essas críticas não correspondem à realidade, sendo que em apenas de 1% a 5% dos casos em que a indenização punitiva é pleiteada, ela será efetivamente concedida e que a grande maioria dessas indenizações não são milionárias, havendo uma tendência à limitação legislativa em vários estados da Federação americana.²⁸⁵

Esses estudos e dados foram confirmados em recente palestra proferida pelo Professor Andrew R. Klein, Decano da Indiana University Robert H. McKinney School of Law, que confirmou que, cada vez mais, nos Estados Unidos, a Suprema Corte tem limitado não apenas a concessão, mas também os valores das indenizações punitivas, admitindo-as apenas em casos de condutas realmente graves e que não representem um mero descuido, em quantias que não ultrapassem um dígito simples, sendo que, no seu estado – Indiana – os valores da indenização punitiva são recolhidos, em 75% (setenta e cinco por cento) para um fundo, o que representa, segundo ele e em posição com a qual se concorda, uma das grandes vantagens

²⁸⁴ FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global context: the basics*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 493.

²⁸⁵ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 155-196, p. 157; SEBOK, Anthony. Punitive Damages: from myth to theory. *Iowa Law Review*, n. 92, p. 958-1.036, mar. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894380>. Acesso em: 27 jun. 2018.

dessa indenização em termos de reparação, material e moral, dos prejuízos ocasionados, com a utilização da quantia para recompor, na medida do possível, o interesse lesado.²⁸⁶

Por outro lado, cumpre aqui apenas fazer referência ao fato de que o número de demandas envolvendo, especificamente, os chamados ilícitos lucrativos, principalmente na esfera privada norte-americana, ao contrário das indenizações punitivas em geral, têm crescido nos últimos anos, não sendo uma exclusividade brasileira, mas um fenômeno mundial, conforme demonstram Erik K. Moller, Nicholas M. Pace e Stephen J. Carrol, em importante estudo realizado envolvendo escândalos financeiros naquele país e que representaram um aumento dos pedidos de indenização punitiva, cerca de 85% (oitenta e cinco por cento) dos casos que envolvem *punitive damages*²⁸⁷, o que, certamente, tem provocado a adoção dos critérios mais restritivos para a sua concessão pela Suprema Corte americana e a existência de novos questionamentos.

Casos ocorridos ao longo dos últimos anos demonstram que nem sempre as indenizações punitivas são de valor excessivo se comparadas aos danos ocasionados às pessoas, que são, muitas vezes, irrecuperáveis ou de difícil reparação. É o que ocorre no caso Exxon Valdez (envolvendo danos ambientais), citado e lembrado por Florencia Nallar,²⁸⁸ no qual, após um desastre de navio da empresa petrolífera (uma das maiores do mundo) foram derramadas 42.000 toneladas de petróleo na costa do Alasca, em virtude de uma negligência grosseira do capitão do navio, que provocou que o barco encalhasse em um banco de recifes, cuja existência era apontada em cartas de navegação (mapas). Houve danos materiais e morais ocasionados a toda uma comunidade, decorrentes não apenas do dano ambiental em si, principalmente com efeitos sobre a fauna da região (e que são sentidos até hoje),²⁸⁹ mas também as perdas econômicas que tiveram que suportar os caçadores e pescadores do local e seus arredores, todo o comércio da indústria pesqueira da região, a diminuição de valor das propriedades, bem como (e é isso que as pessoas, de uma forma geral, parecem “esquecer”) o potencial e a capacidade econômica da empresa geradora dos danos no mercado mundial de petróleo, sem falar nos danos psíquicos (impactos psicológicos) ocasionados à população

²⁸⁶ KLEIN, Andrew R. *Damages in U.S. Tort Law*. 2018. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 06 de novembro de 2018.

²⁸⁷ MOLLER, Erik K.; PACE, Nicholas M; CARROL, Stephen J. Punitive Damages in financial injury verdicts. *Journal of Legal Studies*, n. 28, p. 283-339, 1999. Disponível para compra em: <<http://www.journals.uchicago.edu>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

²⁸⁸ NALLAR, Florencia. *Daños Punitivos*. Facetas preventiva y sancionatória de la responsabilidade civil. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2016, p. 126-127.

²⁸⁹ Especificamente, sobre os danos causados na fauna e no ecossistema da região no caso Exxon Valdez, por ocasião dos 25 (vinte e cinco) anos do acidente e ainda persistentes: Desastre do Exxon Valdez: uma contínua história de mentiras. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/desastre-do-exxon-valdez-uma/>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

local e aos litigantes, devido ao alto grau de stress a que foram submetidos.²⁹⁰

Toda a tragédia do Exxon-Valdez, de certa forma, foi revivida por ocasião da explosão da plataforma de petróleo *Deepwater Horizon*, no Golfo do México, nos Estados Unidos da América, em 2010, onde a mancha de óleo se espalhou e chegou até a Louisiana e outros estados da Federação americana, com pessoas mortas e feridas. Casos como esses, conforme adverte Nimish R. Desai, levaram a um questionamento sobre a aplicação da indenização punitiva nas ações individuais, com danos pontuais e nas ações coletivas, ou ações de massas, com danos dispersos, atingindo um grande número de vítimas, de forma que a Suprema Corte tem tentado repassar as outras Cortes uma necessidade de diferenciação entre esses danos e como isso influencia no prêmio das indenizações punitivas. Ainda, Nimish Desai chama a atenção para o argumento expendido pelo Juiz Holland no caso Exxon-Valdez, que serviu como uma lição para o litígio BP (do Golfo do México), afirmando:

Onde a ação coletiva é delimitada por fronteiras geográficas e temporais, as cortes são mais propensas a aceitarem que as ações coletivas podem ser propriamente definidas e que a dimensão inteira do dano atual e potencial pode ser aferida com exatidão, permitindo uma aplicação fundamentada e constitucional da indenização punitiva.²⁹¹

Assim, atualmente, tem se discutido muito, nos Estados Unidos da América, a respeito dos efeitos das decisões mais recentes da sua Suprema Corte envolvendo indenizações punitivas e as chamadas *class actions*, em virtude de um aspecto relativo ao *due process*: esses pedidos de indenização punitiva requerem uma análise individualizada quando os danos alegados pelos membros de uma categoria, classe, são distintos. Se as lesões são variadas entre os membros de uma mesma classe, a indenização punitiva não poderia ser determinada em uma ação coletiva.²⁹² Mas isso não significa, ao contrário do que defendem alguns advogados americanos, o fim das indenizações punitivas via ações coletivas ou das *class actions*, mas apenas uma preocupação quanto à avaliação dos danos quando eles se revestem de um caráter geral, por atingir um número expressivo de pessoas, ainda que de forma

²⁹⁰ A respeito do caso Exxon Valdez e dos impactos psicológicos sofridos pelas vítimas do derramamento de óleo, demonstrando que os acordos diminuem os danos emocionais também causados por um longo tempo de litígio: SHREVE, Lewis Robert. Lessons from Exxon-Valdez: employing market forces to minimize the psychological impact on oil spill plaintiffs. *Law & Psychology Review*; v. 35, p. 239-255, 2011.

²⁹¹ DESAI, Nimish R. BP, Exxon Valdez, and Class-wide punitive damages. *CADS Report*. vol. 21, n. 1, p. 1, 18-19, 2010 (trad. nossa). No original: “Where a mass tort is delimited by geographic and temporal bounds, courts are more likely to accept that a class can be properly deined and that the entire scope of actual and potential harm can be accurately gauged, thereby permitting a reasoned and constitutionally sound decision on a proportional punitive award”.

²⁹² SCHEUERMAN, Sheila B. Two worlds collide: how the Supreme Court’s recent punitive damages decisions affect class actions. *Baylor Law Review*, v. 60, capítulo 3, p. 880-940, 2008.

diferenciada.²⁹³

Por ora, interessa deixar claro que todos esses exemplos demonstram que uma resposta puramente compensatória em matéria de responsabilidade civil torna mais fácil o cometimento de certos danos, impondo-se a adoção da indenização punitiva (com requisitos e cientificidade) de modo insuperável, tanto nos Estados Unidos da América quanto no Brasil (o que será especificamente examinado na segunda parte deste trabalho) e que não há um critério matemático sobre o assunto, mas sim uma zona *gris* que precisa ser aferida, caso a caso, de acordo com critérios gerais, no caso dos Estados Unidos da América, definidos pela sua Suprema Corte e em constante discussão.

²⁹³ Interessante estudo foi realizado, em obra recente, no Reino Unido e nos Estados Unidos a respeito de como alguns fatores, entre eles a cultura, influenciam a litigância coletiva: STIER, Byron; TZANKOVA, Ianika. The culture of collective litigation: a comparative analysis. In: HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika. *Class actions in context: how culture, economics and politics shape collective litigation*. Reino Unido/Estados Unidos: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 23-50.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL, DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS E INDENIZAÇÃO PUNITIVA: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Na primeira parte deste trabalho, desenhou-se um panorama dos diferentes sistemas de responsabilidade civil em diversos ordenamentos jurídicos, integrantes de sistemas jurídicos também distintos, justamente para que se pudesse fazer uma comparação com o sistema de responsabilidade civil adotado no Brasil, que é um sistema de cláusulas gerais (inspirado no modelo francês) e também abertas (com base no modelo alemão), passando-se a analisar, a partir de agora, os chamados pressupostos da responsabilidade civil brasileira, destacando-se a figura do dano, especificamente de um tipo de dano: os danos extrapatrimoniais e coletivos, tão polêmicos no nosso ordenamento jurídico, ainda mais quanto ao aspecto da sua compatibilidade (ou não) com a indenização punitiva.

2.1 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL E A ACEITAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Ao se estudar o sistema de responsabilidade civil brasileiro, a maioria dos autores apontam a existência de três pressupostos ou elementos na sua formação: a conduta do agente, o nexo causal e o dano (este objeto específico do nosso estudo).

Em matéria de pressupostos e estrutura, é de se ressaltar, com base nos estudos de Direito comparado até aqui realizados, a grande influência francesa e alemã no Direito Civil brasileiro, materializada, respectivamente, no Código Civil de 1916 (hoje revogado) e no Código Civil de 2002 (em vigor), com especial destaque no que tange à existência de cláusula geral da reponsabilidade extracontratual (arts. 186 e 187 do atual CCB) e também de cláusulas abertas, as quais nos referimos neste trabalho, lembrando-se a boa-fé objetiva em uma de suas funções: como limite ao exercício de direitos subjetivos.²⁹⁴

Há, ainda, autores²⁹⁵ que apontam um quarto elemento para a configuração da

²⁹⁴ A respeito da boa-fé no Direito Civil brasileiro e português, há várias obras de referência, destacando-se, entre elas, pela sua importância e atualidade: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1953; MIRAGEM, Bruno. *Direito das obrigações*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 128-138. Ainda, especificamente sobre a boa-fé no Direito do consumidor, envolvendo situações de publicidade abusiva: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 904-917.

²⁹⁵ NORONHA, Fernando. Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993; MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255-284.

responsabilidade civil, que é o chamado nexos de imputação, o qual será abordado juntamente com o nexos causal, para que se possa estabelecer a diferenciação entre esses conceitos.

2.1.1 Os pressupostos da responsabilidade civil no país: as figuras da conduta e do nexos causal

Tanto no que tange à conduta quanto ao nexos casual é necessário apontar as origens, as teorias e as principais discussões no Brasil sobre o assunto.

Aqui, no entanto, embora oriunda do Direito francês, devido a sua grande influência no Direito brasileiro, cabe lembrar a lição da professora francesa Catherine Thibierge, que aborda os diferentes momentos históricos da responsabilidade civil quanto aos seus pressupostos (ênfatizando o seu movimento pendular), referindo que o instituto constitui, hoje, um campo de batalhas de teorias sociais. Refere a existência de uma responsabilidade sanção, baseada na culpa e centrada na figura do autor e no seu comportamento (vigente no século XIX); de uma responsabilidade-indenização (século XX), onde se sai da preocupação exclusiva com o autor do dano e o foco das atenções passam a ser a vítima e o próprio dano e uma responsabilidade por antecipação (século XXI), na qual a ideia central é a prevenção de riscos maiores, centrada nas gerações atuais e futuras, no ser humano.²⁹⁶

Por ora, temas como as formas de culpa (negligência, imprudência e imperícia) e seus graus (culpa grave, leve e levíssima) ou de dolo, assim como importantes discussões a respeito do nexos causal (para citar apenas uma, a relativa à pluralidade de causas) não serão aqui abordadas, principalmente por não constituírem o objeto específico deste trabalho, que é o dano extrapatrimonial coletivo e as indenizações punitivas, fazendo-se um exame dos pressupostos da responsabilidade civil a fim de que se possa ter um entendimento sistêmico e funcional da matéria no nosso país.

2.1.1.1 A conduta e os seus fundamentos: da culpa ao risco

A importância da conduta do agente se faz presente nos sistemas de responsabilidade civil romano- germânicos, como o brasileiro, desde há muito tempo, variando quanto aos seus fundamentos (culpa e risco, basicamente).

Ressalta Schreiber que o sistema de responsabilidade delitual [que se prefere chamar

²⁹⁶ THIBIERGE, Catherine. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir. *Recueil Dalloz*, Paris, n. 9, p. 577-582, mars. 2004.

de responsabilidade extracontratual, pelas razões expendidas na introdução deste trabalho] “se mostrava excessivamente preso à delimitação típica de delitos e de penas”, chamando a atenção para a existência de penas de natureza corporal.²⁹⁷

Essa ideia remonta à classificação romana dos delitos e quase delitos como origem da responsabilidade civil extracontratual nos países de sistema romano-germânico, o que demonstra o quanto a responsabilidade civil nasceu atrelada à responsabilidade penal, cabendo aqui algumas considerações a respeito das suas origens no Direito romano.²⁹⁸

Nos primórdios romanos, a noção básica de delito está associada à ideia de vingança privada. Remontando à Lei das XII Tábuas, ensina Caio Mário da Silva Pereira, há vestígios da vingança privada, marcada, entretanto, pela intervenção do Poder Público para discipliná-la, não se podendo, naquele tempo, sequer cogitar a respeito da ideia de culpa, pois o destaque era dado para a ideia de vingança, não havendo qualquer diferenciação entre responsabilidade civil e penal.²⁹⁹

Segundo autores nacionais e estrangeiros,³⁰⁰ os jurisconsultos romanos classificavam o que hoje conhecemos por atos ilícitos em duas grandes categorias: os delitos públicos e os delitos privados. Os delitos públicos representavam a violação de uma norma jurídica que o Estado considerava de relevante importância social, tais como a *perduellio* (atentado contra a segurança do Estado) e o *parricidium* (assassinato de um homem livre). O Estado punia os autores do ilícito com uma pena pública, imposta por um processo público, consistindo a sanção na morte, na imposição de castigos corporais ou em multa que revertia em benefício do Estado.

Já os chamados delitos privados constituíam uma ofensa à pessoa (lesão corporal) ou a seus bens (propriedade). O Estado não tomava a iniciativa de punir o ofensor, mas assegurava à vítima o direito de intentar contra o causador do dano uma *actio*, para obter a sua condenação ao pagamento de uma quantia (pena). No Direito romano clássico, essa pena privada tinha o mesmo caráter punitivo da pena pública. Ainda, conforme explica Umberto Vincenti,³⁰¹ o limite entre os *crimina* (delitos públicos) e os *delicta* (delitos privados) não

²⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12-13.

²⁹⁸ Para um exame aprofundado dos traços característicos do Direito romano na Antiguidade, bem como sobre sua história: ZIMMERMANN, Reinhardt. Direito romano e cultura europeia. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, n. 7, p. 243-278, abr./jun. 2016; ADRAGÃO, Paulo Polido. *Lições de história do Direito romano, peninsular e português*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 29-32.

²⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 4.

³⁰⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016; VINCENTI, Umberto. *Categorie del diritto romano*. 3. ed. Napoli: Jovene Editore, 2014.

³⁰¹ VINCENTI, Umberto. *Categorie del diritto romano*, p. 223.

poderia ser marcado de forma peremptória, tratando-se de uma avaliação estritamente ligada à sensibilidade social.

A noção de delito começou a ser tratada por Gaio, em suas *Institutas*, tendo ele elencado, conforme lembra Umberto Vincenti,³⁰² as figuras de delito conhecidas pelo *ius civile*, quais sejam, furto, roubo, dano e injúria, que constituíam um único gênero de obrigação, a obrigação por delito, diferenciando-as das obrigações por contrato, que davam origem, cada uma, a um gênero, de acordo com as características do contrato celebrado.

Mas a grande revolução em conceitos jus-romanísticos, em matéria de responsabilidade civil, deu-se com a chamada *Lex Aquilia*, no século III a.C., tanto que até os dias atuais, em especial nos sistemas de raízes romano-germânica, denomina-se aquiliana a responsabilidade extracontratual, em oposição à responsabilidade contratual.

A *Lex Aquilia* nasceu de um plebiscito proposto por Aquilio Gallo, no século I a. C., segundo Umberto Vincenti.³⁰³ O capítulo de maior significado foi o terceiro, que versava sobre o chamado *damnum iniuria datum*, conceito genérico ampliado pela jurisprudência romana, para atingir não só o dano a uma coisa corpórea (*damnum corpore datum*), mas também às incorpóreas (*damnum non corpore datum*).³⁰⁴

E a “última espécie de fonte obrigatória de acordo com a divisão iniciada nas *Institutas* de Justiniano”, foi a figura dos quase delitos, que não constituam ilícitos completamente novos, mas sim fatos ou atos que o pretor havia considerado como antijurídicos e, por isso, eram sancionados através da cominação de penas pecuniárias.³⁰⁵

Nas suas *Institutas*, Justiniano menciona algumas situações, caracterizando-as como quase delito: o lançamento ou queda de objetos do alto da casa ou de simples exposição no telhado, na sacada, havendo dano ou perigo de dano para o transeunte, os quais são imputados ao proprietário ou locatário, bem como nas situações de furto sofridos por clientes de navio, hotel, por meio do pessoal que presta serviços, sendo a responsabilidade imputada ao armador e ao hoteleiro.³⁰⁶

³⁰² VINCENTI, Umberto. *Categorie del diritto romano*, 3. ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 222-223.

³⁰³ VINCENTI, Umberto. *Categorie del diritto romano*, p. 221.

³⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016., p. 6.

³⁰⁵ VINCENTI, Umberto. *Categorie del diritto romano*, p. 232.

³⁰⁶ JUSTINIANO, I, Imperador Bizantino. *Institutas*, 4.5.2 e 4.5.3. Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Dessa forma, os quase delitos introduziram a ideia de responsabilidade sem culpa no Direito romano: exigia-se o nexa causal entre o fato/ato e o dano, “prescindindo de dolo ou de culpa do proprietário chamado a pagar”.³⁰⁷

Os inúmeros casos particulares levaram a admitir, consoante Mazeaud e Mazeaud, no chamado “último estágio do Direito romano”, a evolução da responsabilidade civil, que não só abrangia os prejuízos materiais, mas também os casos envolvendo prejuízos morais.³⁰⁸ Os mesmo autores franceses referem que o aspecto mais relevante foi a introdução no conceito de responsabilidade de um novo elemento, a culpa.

A noção de um princípio geral de responsabilidade por danos, separando as noções de pena e de reparação, entretanto, é obra do Direito moderno, mas quem propôs essa ideia, originariamente, foram os jusracionalistas, destacando-se, especialmente, a figura de Hugo Grotius, que construiu a noção de dano reparável na sua obra *De iure belli ac pacis*, ao tratar no Livro II, Capítulo XVII, do chamado *dano causado injustamente e da obrigação que dele resulta*, propondo que o dano causado de modo culposo traz como consequência a obrigação de reparar o dano.³⁰⁹

A ideia de culpa, germinada no Direito romano, veio a ser inserida no conceito de responsabilidade civil no Direito moderno (durante o século XIX) através de dois grandes civilistas franceses, Jean Domat e Pothier, sendo que o Código de Napoleão de 1804 desenvolveu a teoria da responsabilidade civil baseada na culpa (*faute*), conforme referido na primeira parte deste estudo.

Cumprindo ainda destacar que Jean Domat teve uma contribuição de grande importância, ao prever um princípio geral de reparação sem crime ou delito, ou seja, com base nos quase-delitos romanos.³¹⁰

É de se ressaltar, também, a ampla influência para o Direito ocidental da doutrina de Ihering, baseada na célebre frase “nenhuma responsabilidade sem culpa”, desempenhando o elemento culpa o papel principal em matéria de responsabilidade civil.³¹¹

³⁰⁷ VINCENTI, Umberto. *Categorie del diritto romano*, 3. ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 233.

³⁰⁸ MAZEUD, Henri; MAZEUD, Léon; TUNC, André. *Tratado teórico e práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 41-44. v. 1, t. 1.

³⁰⁹ GROTIUS, Hugo. *Le droit de la guerre e de la paix*. Tradução de P. Pradier-Fodère. Paris: PUF, 2005, p. 415-416.

³¹⁰ SOMMER DOS SANTOS, Marco Fridolin. Breves anotações sobre a interpretação da cláusula geral de responsabilidade civil. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). *O movimento do saber: uma homenagem para Claudia Lima Marques*. Porto Alegre, Editora RJR, 2017, p. 249.

³¹¹ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993, em especial, p. 12 e 14-18. Neste artigo, o professor Fernando Noronha traz uma análise pormenorizada da responsabilidade civil, partindo do seu conceito, fazendo uma

Assim, nos sistemas mais tradicionais de responsabilidade civil ocidental, inclusive no Brasil, a vítima precisava demonstrar, principalmente, a culpa do agente causador do dano. A ideologia liberal (individualista) demandava a construção de um sistema de responsabilidade civil que fosse baseado “no mau uso da liberdade individual”, como uma justificativa do amplo espaço dado à atuação dos particulares.³¹² Além da dificuldade da prova da culpa, o conceito possuía uma forte conotação moral, carregada pela ideia de “pecado”, conforme lembra Aguiar Dias: “Numa noção prática, já o dissemos, a culpa representa, em relação ao domínio em que é considerada, situação contrária ao estado de graça, que, na linguagem teológica, se atribui à alma isenta de pecado”.³¹³

A noção de culpa aparece atrelada a um caráter moral, encontrando grande expressão na obra de Georges Ripert, que se manifestou sobre o tema, dizendo que “existe, de fato, um poder próprio da vontade humana” e que esse constitui “o poder de exigir o cumprimento do dever moral de reparação”.³¹⁴

Essa concepção de responsabilidade baseada na culpa, também conduziu ao estudo com foco na conduta do autor do dano, com preponderância às causas do ato ilícito, sendo, nesse aspecto, muito grande a influência da doutrina francesa no Direito civil brasileiro,³¹⁵ principalmente no revogado Código Civil de 1916, com especial destaque para a figura do abuso de direito (sobre o qual falaremos a seguir, ainda que brevemente) como fonte da responsabilidade extracontratual.

No entanto, essa rigorosa prova da culpa por parte da vítima (Schreiber chama de prova diabólica)³¹⁶, bem como o conceito psicológico de culpa, vinculado à moral, fez com que o mundo ocidental e também o Brasil despertassem para uma necessidade de modificação

classificação da responsabilidade civil em sentido estrito (seria a responsabilidade extracontratual ou aquiliana) e de responsabilidade negocial (corresponderia à responsabilidade contratual), examinando cada um dos elementos constitutivos da responsabilidade civil, sem descuidar da parte histórica. Noronha ressalta, em vários pontos, algumas impropriedades terminológicas, afirmando, em relação à responsabilidade extracontratual, comumente conhecida por aquiliana ou decorrente de atos ilícitos, “eram designações que pareciam adequadas ao tempo em que se acreditava ser requisito essencial da obrigação de indenizar a existência de uma atuação culposa, fosse na forma de culpa em sentido estrito, fosse na forma de dolo”. Ainda, complementa o professor Noronha: “Hoje, porém, a responsabilidade civil (em sentido estrito) não coincide mais com a responsabilidade aquiliana, ou por atos ilícitos, dos clássicos, sobretudo como desenvolvida pela ciência jurídica do século XX. Hoje, ela ampliou-se, alcançando diversos casos em que uma pessoa tem de reparar danos de outrem, mesmo sem ter qualquer culpa: são os casos de responsabilidade objetiva ou pelo risco, (...)”.

³¹² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12.

³¹³ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134.

³¹⁴ RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1937, p. 239.

³¹⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, p. 16.

³¹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, p. 17-19.

dos seus sistemas de responsabilidade civil, que se prefere chamar de uma ressignificação da responsabilidade civil.

Com todos esses fenômenos históricos, culturais e sociológicos, gradativamente, no mundo ocidental e também no Brasil, vai se passando da admissão pura e simples da culpa para as teorias do abuso de direito³¹⁷ e da culpa “in vigilando” e “in eligendo”, havendo uma inversão do ônus da prova em favor da vítima. Começa-se trabalhando com as chamadas presunções relativas, passando-se para as presunções absolutas. Também aqui vai se observando um distanciamento da culpa puramente psicológica, para uma culpa normativa, não mais existindo aquele juízo em abstrato de uma determinada conduta (nos sistemas romano-germânicos, como o nosso, baseados no conceito de *bonus pater familias*, conhecido, no *Common law*, como *reasonable man*), mas sim num juízo concreto, num “juízo normativo entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento”. Não há mais lugar para um padrão único de diligência, que é incompatível com a realidade complexa e plural da sociedade mais contemporânea.³¹⁸

No Brasil, a obra de Saleilles – *Les accidents de travail et la responsabilité civile* – teve uma influência decisiva na atenuação da culpa, assim como também a de Louis Josserand, com reflexos no entendimento brasileiro sobre o tema, sendo que ambos os autores franceses propunham uma análise do nexo de causalidade, sem qualquer avaliação da conduta do agente causador do dano.³¹⁹

³¹⁷ Até mesmo no que tange aos limites do exercício dos direitos subjetivos, verificou-se, no Código Civil brasileiro de 1916 para o Código Civil brasileiro de 2002, uma importante evolução: do subjetivismo presente no antigo art. 160, passou-se para uma ilicitude objetiva, com limites expressamente delineados no art. 187 do atual CC de 2002. O tema nos é caro e é de importante análise e discussão, que não cabe ser feita no presente trabalho. Para o conceito de ato ilícito, a diferenciação entre antijuridicidade formal e material e quanto aos limites do exercício dos direitos subjetivos, contemplando seu desenvolvimento e as diversas teorias importantes que surgiram na França e que foram desenvolvidas no Brasil: MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para interpretação do art. 187 do novo código civil. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 99-134. 2004; LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959; MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997; ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral de projeto de código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; MOSSET ITURRASPE, Jorge. La antijuridicidad. In: _____ (Org.). *Responsabilidade civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997; NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A supressio (verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016; PERES, Tatiana Bonatti. *Solidariedade e abuso do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; MIRAGEM, Bruno; BADIA, Ana Lúcia Seifriz. *Repensando o abuso de direito: limites e interpretação*. In: Simpósio Internacional de Direito – CONSINTER, V, 18 out. 2018, Universidade Complutense de Madrid.

³¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32, 35 e 41.

³¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, p. 19.

Com a Revolução Industrial, houve “uma proliferação dos acidentes ligados às novas tecnologias”,³²⁰ principalmente dos acidentes de trabalho, exigindo um novo sistema de responsabilidade civil, não voltado apenas para a culpa, mas principalmente para uma nova causa: o risco, desenvolvendo-se, assim, a chamada responsabilidade objetiva.

Observa Fernando Noronha ao definir a responsabilidade objetiva:

[...] a obrigação de reparar determinados danos acontecidos durante atividades realizadas no interesse ou sob o controle de alguém, que por isso será responsável, independentemente de ter agido ou não com culpa. Aqui, a imputação do ato ou fato lesivo ao responsável tem por base não a culpa, mas o risco que ele próprio criou, ou que, pelos menos, acontece dentro da sua esfera de ação.³²¹

Dessa forma, foram desenvolvidas teorias sobre o risco, com diversas variantes, destacando-se, entre elas, a Teoria do risco-proveito, a Teoria do risco criado e a Teoria do risco profissional.³²²

Sinteticamente, a Teoria dos risco-proveito impõe que aquele que extrai proveito de uma certa atividade, assume, também, os riscos que ela traz. Explica Bruno Miragem que a atividade do empresário, atualmente prevista no art. 931 do CCB de 2002,³²³ funda-se no risco-proveito, pois “se imputa àqueles que tem a vantagem econômica do desenvolvimento de uma determinada atividade a responsabilidade pelos danos que estas venham causar”.³²⁴

A Teoria do risco criado não se utiliza de qualquer noção de proveito, considerando como fundamento da responsabilidade a simples prática da atividade criadora do risco. E conforme ressalta Bruno Miragem, “a possibilidade de riscos é inerente a qualquer atividade”. Aqui, está se falando de um risco que é próprio, imanente de uma determinada atividade, “que integra sua natureza ao denotar certa potencialidade de causar danos”, complementando o citado professor gaúcho que esta foi a Teoria adotada no art. 927, parágrafo único, do CC 2002, atualmente em vigor.³²⁵

³²⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

³²¹ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 64, p. 12-47, abril-junho/1993, p. 15-16 (grifo nosso).

³²² Fernando Noronha, por exemplo, adota a seguinte classificação: risco da empresa, risco administrativo e risco perigo, dizendo que embora o risco perigo tenha se desenvolvido precedentemente aos outros dois, “desenvolveu papel meramente complementar” daqueles. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 509.

³²³ Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

³²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 308.

³²⁵ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*, p. 280.

Ainda, cabe mencionar a Teoria do risco profissional, que se traduz “pelo desempenho de certa atividade profissional e dá causa *per se* à potencialidade de dano à vítima”,³²⁶ com a sua evolução associada à disciplina da responsabilidade por acidentes de trabalho,³²⁷ superando a exigência de culpa do empregador para a sua caracterização.³²⁸

O CCB de 1916 já admitia, ao menos, uma situação de responsabilidade objetiva, no seu art. 1.529, que previa a responsabilidade pela queda de objetos, mostrando que o risco não é o único fundamento da responsabilidade civil, mas também a própria lei, “nos casos de [sua] difícil ou artificial identificação”, assim sintetizando Anderson Schreiber sobre o papel do risco na sociedade atual, principalmente quanto à responsabilidade objetiva:

Em síntese: a criação ou majoração de um risco, como noção jurídica empregada por cláusulas gerais de responsabilização continua sendo importante fator na aplicação da responsabilidade objetiva, mas perde seu papel de fundamento exclusivo do instituto na medida em que se vislumbram hipóteses de incidência desta espécie de responsabilidade em que não se pode, ou em que se pode apenas artificialmente invocar o risco como fator de vinculação entre o dever de indenizar e o agente. Em tais situações, a responsabilidade objetiva parece revelar a sua verdadeira essência na contemporaneidade: não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima – [...].³²⁹

No atual CCB de 2002, os regimes de responsabilidade subjetiva (arts. 186, c/c 927, *caput*)³³⁰ e objetiva (arts. 187 c/c 927, parágrafo único, bem como os arts. 931, 932 e 933, apenas para citar alguns exemplos)³³¹ extracontratual subsistem, corroborando a transposição da culpa para o risco.

³²⁶ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 280.

³²⁷ Para um estudo específico sobre os acidentes de trabalho, destacando a importância da obra de Evaristo de Moraes na incorporação da concepção de risco no sistema de seguridade social brasileiro, com toda uma evolução da legislação sobre acidentes de trabalho no Brasil, ressaltando a importância dos livros “Apontamentos de Direito operário” (1905) e “Os Accidentes no trabalho e a sua reparação” (1919): SOMMER DOS SANTOS, Marco Fridolin. Os acidentes no trabalho e a sua reparação: a contribuição de Evaristo de Moraes. *Revista AMATRA XV*, Campinas - São Paulo, v.2, p. 285-297, 2009.

³²⁸ Sobre o conceito de risco e sua aplicação no âmbito do contrato de seguro: PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Editora Roncarati, 2018, p. 71-118.

³²⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

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

³³¹ 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. 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. Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em

Cabe aqui, ainda, destacar que foi a Constituição brasileira de 1988 que abriu os caminhos para uma nova responsabilidade civil, através de uma renovação de valores, baseados especialmente na dignidade da pessoa humana, trazendo previsões específicas acerca de situações de responsabilidade objetiva, tais como os arts. 7º, XXVIII (seguro contra acidentes de trabalho) e 37, § 6º (responsabilidade civil da Administração Pública).³³²

Portanto, em uma gradativa evolução, no Brasil, houve uma diminuição do valor da culpa e, por conseguinte, da responsabilidade subjetiva, em oposição ao crescimento das figuras do risco e da responsabilidade objetiva, passando-se, inicialmente, pela proliferação das presunções de culpa, pela objetivação da própria noção do seu conceito até a consagração de outros critérios para a configuração de uma responsabilidade objetiva, constituindo o que Anderson Schreiber chama de “erosão dos filtros da culpa”.³³³

Todos esses aspectos envolvem uma reflexão acerca das diferentes funções da responsabilidade civil dentro de um determinado ordenamento jurídico, o que será abordado em item seguinte, ao se falar sobre o Princípio da Reparação Integral e os interesses existenciais e patrimoniais.

Por ora, cabe referir que toda discussão acerca da culpa representa, no entendimento da autora do presente trabalho, a grande preocupação dos diferentes sistemas de responsabilidade civil em oferecer a mais completa possível reparação/compensação (ainda que não seja a ideal), para a vítima do dano, levando-se, também, em consideração, a conduta do agente (que constitui o principal critério para a caracterização da indenização punitiva, como referem a doutrina americana e a jurisprudência da Suprema Corte daquele país), mostrando que a pluralidade de critérios científicos a serem analisados em concreto é um dos possíveis caminhos na luta por uma responsabilidade civil suficiente e eficiente.

Com isso, passa-se ao exame do segundo pressuposto da responsabilidade civil, qual

circulação. Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos (grifos nossos). Note-se que as situações previstas no atual art. 932 do CCB correspondiam, sob a égide do CC de 1916, à culpa presumida (art. 1521 do anterior CCB) e não eram vistas, portanto, como responsabilidade objetiva.

³³² A Constituição brasileira é que fornece, segundo Facchini Neto, “os critérios e princípios necessários para a composição de um sistema coerente”, oferecendo um panorama sobre a responsabilidade civil (subjetiva e objetiva) no Código Civil brasileiro de 2002. FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 194.

³³³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

seja, o nexo causal e da sua diferenciação em relação ao quarto elemento (o nexo de imputação).

2.1.1.2 O nexo causal e as Teorias para a sua aplicação

A definição de nexo causal, em sua natureza simples, não expressa a grande complexidade que envolve o tema, barreiras essas de natureza não apenas prática, mas também quanto ao conceito jurídico (e não meramente natural ou lógico) deste pressuposto da responsabilidade civil, sendo, conforme Caio Mário da Silva Pereira, o elemento “mais difícil de ser determinado”.³³⁴

O nexo causal ou relação de causalidade, de forma simples, pode ser definido como “vínculo que se estabelece entre dois eventos [conduta e dano], de modo que um represente consequência do outro”.³³⁵

No entanto, nem tudo no mundo dos fatos ou da racionalidade que for considerado causa de um evento pode ser definido como causa jurídica desse mesmo evento e aí reside uma das grandes dificuldades dessa figura da responsabilidade civil.

Lembra Schreiber que no contexto legislativo do Código Civil de 1916, no qual predominava a ideia de culpa em matéria de responsabilidade civil extracontratual, essa culpa representava como que um “contrapeso” nas demandas indenizatórias, por ser de difícil comprovação, representando a prova do nexo causal uma “mera etapa formal, não raro solucionada de forma empírica no interior da própria discussão sobre culpa”.³³⁶

O fato é que com o surgimento da responsabilidade objetiva, houve uma imprescindível mudança em relação ao elemento nexo causal: as Cortes brasileiras passaram a dar uma maior atenção ao tema, em virtude de ele ser um dos poucos caminhos dados ao autor do dano para um possível afastamento do seu dever de indenizar. Com isso, é retomada a longa discussão acadêmica sobre o que é, o que representa a causalidade jurídica, surgindo as teorias sobre a causalidade, dentre as quais se destacam quatro: a Teoria da equivalência das condições; a Teoria da causalidade adequada; a Teoria da causalidade eficiente e a Teoria da

³³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 105.

³³⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55.

³³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, p. 55-56. No entendimento da autora do presente trabalho, falar em “mera etapa formal” constitui um certo exagero quanto à importância da delimitação do nexo causal, preferindo-se falar que, por ocasião das discussões centradas na culpa, a figura do nexo de causalidade tinha um papel coadjuvante na determinação da responsabilidade civil.

causa direta e imediata.³³⁷ Observa Paulo de Tarso Sanseverino que há Teorias generalizadoras (que equiparam causa e condição) e Teorias individualizadoras (diferenciam causa e condição).³³⁸

Assim, far-se-á um exame sucinto dessas Teorias, para que se possa ter uma visão geral sobre o nexos causal como elemento configurador da responsabilidade civil no Brasil.

A primeira e mais antiga das teorias foi a da equivalência das condições,³³⁹ desenvolvida por Von Buri, na Alemanha, em 1860.³⁴⁰ Segundo ela, qualquer evento que seja apto a contribuir para a produção do dano deve ser considerado causa desse prejuízo: o dano não teria sido produzido sem que cada uma das condições (e todas elas) tivessem se realizado.³⁴¹

Na definição de Agostinho Alvim, a Teoria da equivalência das condições “aceita qualquer das causas como eficiente. A sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verifica”.³⁴² Por isso, a Teoria também é conhecida como Teoria da *conditio sine qua non*, pois suprimindo quaisquer das causas, não há dano.³⁴³

O principal problema dessa Teoria, na seara civil, foi no sentido de ter ampliado demais a obrigação de indenizar, levando a um nexos causal infinito, a ponto dos penalistas, como Nelson Hungria, apontarem que o fabricante de uma arma poderia ser considerado responsável pela morte ou lesão de uma vítima, isso que, na esfera penal, conforme dito, o Princípio da Tipicidade oferecia uma grande delimitação à responsabilidade,³⁴⁴ tanto que o Código Penal brasileiro acabou adotando essa Teoria, no seu art. 13. Mas no ramo do Direito Civil, a Teoria não se mostrou satisfatória para a reparação do dano.

Com essas inegáveis deficiências, surgiu a chamada Teoria da causalidade adequada. Segundo o magistério de Fernando Noronha, essa Teoria foi traçada, no final do século XIX, pelo filósofo alemão Von Kries, mas teria se desenvolvido a partir dos trabalhos de Rumelin e

³³⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 56.

³³⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

³³⁹ A Teoria da equivalência das condições foi muito mais estudada pelos penalistas do que pelos civilistas, de um modo geral, talvez por uma razão apontada por Schreiber: os efeitos demasiadamente extensivos dessa Teoria não se verificaram em relação ao Direito Penal em virtude da delimitação dada pelo Princípio da Tipicidade, imprescindível na órbita criminal. Para um estudo profundo sobre as Teorias do nexos casual na seara penal (que ajuda aos estudiosos do assunto a compreenderem a responsabilidade civil): COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 76-88. v. I.

³⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, p. 155.

³⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, p. 57.

³⁴² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 345.

³⁴³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, p. 57.

³⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, p. 57.

Träger.³⁴⁵

Nos termos dessa Teoria, “a causa de um evento seria aquela mais apta, em abstrato, à produção do resultado”. Portanto, a pergunta que deveria ser respondida para a caracterização do nexos causal é: qual das causas, independentemente das outras, é apta a gerar os efeitos danosos?³⁴⁶ Identificada, esta será a causa do dano, a causa adequada, sendo as outras meramente “circunstâncias não causais”, utilizando-se a expressão de Fernando Noronha.³⁴⁷

O principal problema dessa Teoria é que ela parte de premissas em abstrato, do mundo dos fatos e não de premissas em concreto. Para essa Teoria, para se saber se uma causa é ou não adequada para aquele dano, “deve-se perguntar se tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos daquela espécie, ou se existiu naquele caso, por força de circunstâncias específicas”. Apenas na primeira situação, a causa é considerada como produtora do resultado. O principal problema foi ter associado a noção de causa adequada aos conceitos de previsibilidade e evitabilidade.³⁴⁸

Caio Mário da Silva Pereira bem sintetiza os problemas dessa Teoria:

É certo que, depois de ter surgido, bafejada por uma aura de prestígio, a doutrina da ‘causalidade adequada’ sofreu vigorosa crítica (Herbraud, Esmein, Houin), entrando em desprestígio. Argumenta-se que o caráter ‘adequado’ da causalidade depende do grau de probabilidade do dano. Mas a probabilidade não é certeza.³⁴⁹

A terceira teoria é a da causalidade eficiente. Conforme essa Teoria, as condições que concorrem para um determinado resultado têm um poder diferenciado, não são todas elas equivalentes, havendo sempre uma que acaba por produzir o evento danoso (Schreiber chama de “poder intrínseco” da causa, referindo que ele pode ser qualitativo ou quantitativo).³⁵⁰

O principal problema em relação a essa Teoria envolveu a falta de acordo entre a doutrina e jurisprudência sobre um critério ou critérios para se determinar qual foi a causa eficiente para a produção do resultado, caindo em desuso.³⁵¹

Por fim, surge a chamada Teoria da causalidade direta ou imediata, também conhecida como Teoria da interrupção do nexos causal. Na sua versão original, era considerada causa jurídica de um dano apenas aquele evento que a ele se vinculava diretamente, “sem a

³⁴⁵ NORONHA, Fernando. 4. ed. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 627.

³⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58-59.

³⁴⁷ NORONHA, Fernando. 4. ed. *Direito das obrigações*, p. 627.

³⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*., p. 58-59.

³⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 109.

³⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*., p. 59.

³⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, p. 60.

interferência de outra condição sucessiva”³⁵², ou seja, é causa apenas aquela que possui maior proximidade com o prejuízo. Esclarece Gisela Sampaio da Cruz que "não se trata de uma distância temporal, mas lógica".³⁵³

Essa foi a Teoria adotada pelo nosso CCB de 2002 (art. 403)³⁵⁴ e já o era pelo revogado CCB de 1916 (art. 1060) e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante se pode verificar no voto do Relator Ministro Moreira Alves, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 130.764-1-PR.³⁵⁵

No entanto, aos poucos, foi se verificando um sério problema nessa Teoria: muitas vezes se produzem danos indiretos a partir de causas também indiretas. Então, quando surgiria a obrigação de indenizar? Quando o dano for o efeito necessário de uma determinada causa, em formulação defendida por De Page, conforme ressalta Caio Mário da Silva Pereira, afirmando o civilista brasileiro que “não se pode, com efeito, apontar arbitrariamente, na cadeia dos fatos, um como gerador da responsabilidade. Não cabe, evidentemente, optar por um qualquer e dizer que este absorve todos os outros”.³⁵⁶

No entanto, no Brasil, há autores que defendem essa Teoria com base na necessidade da conduta causadora do dano, não excluindo o ressarcimento dos danos indiretos, desde que derivados, necessariamente, daquela causa. É o caso de Gustavo Tepedino e de Gisela Sampaio da Cruz.³⁵⁷

Paulo de Tarso Sanseverino entende que a Teoria que melhor explica o nexo causal é a da causalidade adequada, afirmando que "a utilização eventual de uma ou outra teoria, ou, até mesmo, a conjugação de mais de uma delas, pode-se mostrar útil ou, até mesmo, necessária para resolver determinado caso concreto". Segundo ele, haveria "estágios" para a fixação do nexo causal, como se fossem planos para a conjugação das Teorias: em um primeiro momento, seria aplicável a Teoria da equivalência das condições; num segundo momento, a Teoria da causalidade adequada, sendo que o ônus da prova caberia ao autor do dano (provar alguma causa excludente do nexo causal) e, num terceiro estágio, seria aplicada a Teoria da

³⁵² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 60.

³⁵³ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 161.

³⁵⁴ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual (grifo nosso).

³⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica*, n. 296, p. 7-18, jun. 2002, p. 8.

³⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 110-111.

³⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica*, n. 296, p. 7-18, jun. 2002; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 111.

causalidade direta, constituindo o elemento determinante do nexo causal a necessidade, com a colaboração do que chama de "racionalidade à luz da razoabilidade".³⁵⁸

Já Anderson Schreiber aponta que não há uma Teoria determinante sobre o nexo causal e que essa crise se manifesta também na jurisprudência, afirmando que "não há um padrão no julgamento a partir dos diversos precedentes emitidos em um determinado ordenamento".³⁵⁹

Bruno Miragem fala em "crise do nexo causal",³⁶⁰ mencionando que "não havendo consenso quanto ao critério ou teoria prevalente na relação de causalidade", isso corrobora a necessidade de uma moderna compreensão da responsabilidade civil também em relação ao nexo causal. Afirma que:

Entretanto, a moderna compreensão da responsabilidade civil parte da consideração de que nem sempre é possível fazer prova da relação entre determinado comportamento e um dano. E, da mesma forma, nem sempre é possível identificar com precisão qual a causa do dano, dentre diversas possibilidades que podem ser consideradas como tal. Daí a busca de soluções pragmáticas, especialmente por parte da jurisprudência, visando indicar em certas situações tanto a presunção de nexo causal quanto limitando o uso das excludentes de causalidade, [...].³⁶¹

Diante de todo esse exame doutrinário e das referências à jurisprudência, entende-se que não há uma teoria perfeita, havendo, realmente, uma crise em relação ao nexo de causalidade dentro do sistema de responsabilidade civil, que possui um movimento pendular, não apenas no Brasil, como em outros sistemas de Direito continental (a França, por exemplo),³⁶² ora se preocupando com a conduta do agente, ora indo em direção ao dano causado à vítima, não sendo a questão da causalidade devidamente explorada.

Em uma primeira reflexão sobre a solução para o problema, ainda que externa ao Direito material, parece que a situação da distribuição do ônus da prova para o autor do dano pode ser um caminho, ainda mais no Brasil, com a recente vigência de um novo Código de Processo Civil.³⁶³

Por fim, cabem aqui algumas considerações sobre aquele que é o quarto elemento

³⁵⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163.

³⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 63.

³⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32.

³⁶¹ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*, p. 33.

³⁶² CARVAL, Suzanne. Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs. *Revue des contrats*, n. 3, p. 822-825, 01 juil. 2006.

³⁶³ CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

configurador da responsabilidade civil: o nexo de imputação. No entanto, cabe ressaltar o que se disse no início deste tópico, ao discorrer a respeito dos pressupostos da responsabilidade civil no Brasil: nem todos os autores brasileiros fazem a diferenciação entre o nexo de causalidade e o nexo de imputação, mas sempre houve quem defendesse a distinção entre esses pressupostos, apontando as características de cada um.

Miguel Maria de Serpa Lopes já apresentava uma definição precisa acerca desse elemento, diferenciando-o do nexo de causalidade, nos seguintes termos:

São dois pontos que não se confundem. – a relação causal e a imputabilidade. A primeira, como já se disse, se relaciona com os elementos objetivos, externos, consistentes na atividade ou inatividade do sujeito, atentatório do direito alheio, ao qual vulnera produzindo um dano material ou moral, enquanto a segunda – a imputabilidade – diz respeito pura e simplesmente a um elemento subjetivo, interno, relativo tão-só ao sujeito.³⁶⁴

Ainda, Fernando Noronha define o nexo de imputação como "a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra". E continua esclarecendo que o fundamento desta imputação pode ser tanto o dolo/culpa (na responsabilidade subjetiva) quanto o risco, nos casos de responsabilidade objetiva.³⁶⁵

A imputação é a atribuição do fato a um sujeito: representa a titularização da responsabilidade, para se simplificar o conceito dado pela doutrina.

E, até mesmo, embora não fale expressamente num quarto elemento, Schreiber reconhece a existência do nexo de imputação, ao abordar a causalidade alternativa, dizendo que há uma impropriedade neste termo, pois "é a imputação que é alternativa; a causalidade é única".^{366 367}

Com essas sucintas, mas importantes reflexões sobre o nexo causal e o nexo de imputação, passa-se ao exame daquele que constitui um dos objetos específicos do nosso estudo: os danos extrapatrimoniais (ou morais em sentido lato) e também coletivos.

³⁶⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957-62, p. 252. v. V.

³⁶⁵ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993, p. 19.

³⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 75.

³⁶⁷ Essa questão da "causalidade alternativa" é muito destacada, nos Estados Unidos da América, através dos chamados *toxic torts*, nos casos envolvendo danos causados pelo uso de amianto, de asbesto. A esse respeito: CASMERE, Edward *et al.* Recent developments in toxic torts and environmental law. *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, vol. 49, capítulo 1, p. 453-473, Outono 2013, p. 459-464.

2.1.2 Dos danos extrapatrimoniais individuais aos danos extrapatrimoniais coletivos

Assim como a responsabilidade civil nasceu atrelada à noção de culpa, os danos morais nasceram “conectados” aos danos patrimoniais, num início, podendo-se dizer, fusionados com estes para, após uma gradativa evolução, adquirirem independência, o que foi materializado em novas dimensões com a recepção, pela atual Constituição Federal, do Princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, com a mudança de foco dos interesses patrimoniais para os existenciais, com reflexos não apenas no atual CCB brasileiro, mas também no que tange ao entendimento das chamadas funções da responsabilidade civil e na tutela coletiva dos direitos (desenvolvimento e aplicação dos chamados direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos)

2.1.2.1 A evolução da figura do dano extrapatrimonial no país (antes e pós Constituição Federal de 1988)

No Brasil, ao falar-se na evolução do conceito de dano extrapatrimonial, é imprescindível fazer a divisão em dois momentos: um anterior à Constituição Federal de 1988 e outro posterior a ela, sob os quais vigoraram duas Codificações civis distintas: o hoje revogado CC de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) e o atual CC de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

No primeiro momento, é de se destacar a discussão do tema nos projetos de CC existentes no país, sendo que a jurisprudência, conforme ressalta Sérgio Severo, “somente admitia a sua previsão de forma excepcional, mormente em leis esparsas”.³⁶⁸

Já no Código Criminal de 1830, havia um embrião da indenização em relação aos danos extrapatrimoniais, defendendo a indenização da forma mais completa possível, sem fazer distinção quanto ao tipo de dano.³⁶⁹

Dentro dos projetos de CC então existentes, cumpre referir o art. 800 da Consolidação das Leis Civis de Augusto Teixeira de Freitas, que expressamente determinava:

Art. 800. A indemnização será sempre a mais completa, que fôr possível; em caso de dúvida, será a favor do ofendido.

Art. 801. Para este fim o mal, que resultar à pessoa, aos bens, do offendido, será

³⁶⁸ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 74.

³⁶⁹ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, p. 75.

avaliado por árbitros, em todas as suas partes, e consequências.³⁷⁰

Assim, conforme observa Carlos Alberto Bittar, a regra da admissão dos danos extrapatrimoniais, no Brasil, estava amparada na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas (em especial, nos arts. 798 a 801).³⁷¹

A Nova Consolidação das Leis Civis, proposta por Carlos de Carvalho, em 1899, não modificou o tratamento dado ao tema da reparação por dano moral.³⁷²

Os debates se intensificaram, nesta época, com figuras de destaque na sociedade brasileira de então, apresentando posições diferenciadas, podendo-se citar sendo contra a reparação por danos extrapatrimoniais o Comendador Lafayette e Lacerda de Almeida e, a favor, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça e Eduardo Espínola. Ainda, foram elaborados projetos por Felício dos Santos e Coelho Rodrigues,³⁷³ nos quais nada teria sido mencionado a respeito da reparação por danos extrapatrimoniais.³⁷⁴

Posteriormente, o projeto de Clóvis Beviláqua (que foi aprovado, constituindo a base do CC de 1916) fomentou mais discussões quanto ao enquadramento do tema, sendo, ainda, bastante questionada, naquela época, a posição favorável aos danos extrapatrimoniais. O próprio Clóvis Beviláqua teve posições conflitantes: num primeiro momento, entendia que os danos extrapatrimoniais, apesar de serem aceitos pelo Direito brasileiro, não comportavam grande amplitude e, posteriormente, manifestou-se no sentido da aceitação da posição ampliativa do ressarcimento do dano extrapatrimonial, entendendo que o CC de 1916 falava em indenização do dano, fosse ele patrimonial ou não.³⁷⁵

Mesmo entre os autores que aceitavam a reparação por dano moral, já na vigência do CC de 1916, os fundamentos para a sua aceitação também eram divergentes: enquanto Clóvis Beviláqua³⁷⁶ via no art. 76 e seu parágrafo único³⁷⁷ o fundamento legal para a reparação

³⁷⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis, v. I. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br.bdsf/item/id/496206>>. Acesso em: 28 out. 2018.

³⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 103.

³⁷² SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 75.

³⁷³ Interessante artigo sobre as figuras e posições dos juristas brasileiros, diante da utilização que fizeram frente a conceitos doutrinários estrangeiros, classificando-os como “conservadores, progressistas ou adaptáveis”, sendo que o Conselheiro Lafayette - Lafayette Rodrigues Pereira – é visto como um jurista progressista em relação à utilização da doutrina estrangeira e Coelho Rodrigues como um jurista conservador: SEELAENDER, Airtton Cerqueira-Leite. A doutrina estrangeira e o jurista brasileiro: usos, estratégias e recriações. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTENA, Carolina Alves (Coords.). *Direito e experiências jurídicas*. Temas da história do direito. vol. 3. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 1-17.

³⁷⁴ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, p. 76.

³⁷⁵ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*., p. 77.

³⁷⁶ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, p. 78.

³⁷⁷ Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou a sua família.

(então existente nas disposições preliminares do livro III, parte geral, que tratava dos fatos jurídicos), apoiado por figuras como Pontes de Miranda;³⁷⁸ outros juristas viam no art. 159 do CC³⁷⁹ (também inserido no livro III, mas no título II, referente aos atos ilícitos) a fonte para a aceitação da reparação por danos extrapatrimoniais, entre eles, Clóvis do Couto e Silva,³⁸⁰ sendo que a consequência da prática do ato ilícito (ou melhor: uma de suas consequências), constituída pela obrigação de indenizar, encontrava-se no título VII do CC de 1916 (livro das obrigações), que correspondia aos arts. 1518 ao 1532.

Ainda, conforme explica Sérgio Severo, no campo das restrições à indenização, outros autores enxergavam também limitações à admissão dos danos extrapatrimoniais, em especial, nos arts. 1.537 a 1.553 do CC de 1916, que tratavam da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos.³⁸¹ E o mencionado autor sintetiza as três posições, referindo:

Em face do referido capítulo (arts. 1537 a 1.553), três posições podem ser adotadas: a) a de que os danos extrapatrimoniais não estão contemplados pelo Código Civil; b) a de que os danos extrapatrimoniais só são aceitos em situações excepcionais, mediante dispositivo expresso do Estatuto Civil ou de lei especial, [...]; e c) a de que os danos extrapatrimoniais estão contemplados pelo Código Civil. [...]. A posição da satisfação dos danos extrapatrimoniais em casos excepcionais, desde que expressos nos arts. 1.537 a 1.553 do Código Civil ou em leis especiais, triunfou na jurisprudência até recentemente. Porém, como se poderá observar, não reflete a realidade legislativa. A terceira posição, no sentido da aceitabilidade da satisfação dos danos extrapatrimoniais em face do diploma civil é a mais adequada.³⁸²

Por outro lado, mesmo antes do CC de 1916, já havia previsão da aceitação dos danos extrapatrimoniais em legislação esparsa, como o Decreto nº 2.681, de 07 de dezembro de 1912 (arts. 21 e 22), que tratava da responsabilidade civil das estradas de ferro.³⁸³

E essas legislações especiais, que previam a indenização dos danos extrapatrimoniais, foram aumentando com o passar dos tempos, na tentativa de superar a restrição existente e em virtude da “timidez” do CC de 1916 ao tratar do assunto. Pode-se citar: o Código Brasileiro

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071impressao.htm>. Acesso em: 28 out. 2018. Este artigo do CC de 1916 não possui correspondência no CC de 2002.

³⁷⁸ Pontes de Miranda, ao falar dos atos ilícitos, refere que os atos ilícitos admitem o pedido de indenização, “quer se trate de interesse material, quer de interesse moral” e, continua ele, referindo-se aos interesses morais: “neste caso terá que ser computado em dinheiro o dano a direitos não patrimoniais (cp. Art. 76 e parágrafo único)”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 163.

³⁷⁹ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071impressao.htm> Acesso em: 28 out. 2018.

³⁸⁰ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 667, p. 7-16, maio 1991, p. 8-9.

³⁸¹ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 79 e 80-83.

³⁸² SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, p. 79-80.

³⁸³ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, p. 83-84.

de Aeronáutica – Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962 (arts. 81 a 88, sendo que o art. 84 fala, especificamente, em indenização por dano moral); o Código Eleitoral – Lei 4.737, de 15 de julho de 1965 (art. 244, que menciona a reparação por dano moral em caso de calúnia ou difamação contra membro ou partido político); a revogada Lei de Imprensa - Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967 (art. 49, inciso I)³⁸⁴; a Lei dos direitos autorais – Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 (arts. 25 e seguintes)³⁸⁵ e a Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977,³⁸⁶ que fala sobre a responsabilidade civil, em matéria pessoal e patrimonial, decorrente da prática de atividades nucleares.³⁸⁷

Até mesmo no período posterior ao CC de 1916 e antes da edição da Constituição Federal de 1988, havia vários projetos pela admissibilidade do dano extrapatrimonial, como o anteprojeto do Código Civil elaborado por Orlando Gomes (artigos 28 e seguintes), o Anteprojeto do Código das Obrigações de 1963, elaborado por Caio Mário da Silva Pereira, em especial, o seu art. 916 (que previa a satisfação dos “danos morais”) e, ainda, o Projeto do Código das Obrigações de 1965 (art. 856), que tinha como Relator Caio Mário da Silva Pereira e do qual participaram outros juristas de destaque no Brasil, entre eles, Orlando Gomes e o Min. Orozimbo Nonato.^{388 389}

Em 1965, durante a III Conferência Nacional de Desembargadores do Brasil, no antigo estado da Guanabara, a questão do dano extrapatrimonial era debatida, tendo sido apresentado, como resultado do entendimento da maioria, que o “dano moral fosse ressarcível”, sendo traçadas diretrizes para a sua quantificação.³⁹⁰

No próprio âmbito do Supremo Tribunal Federal, após uma resistência inicial ao assunto, formou-se um entendimento favorável à indenização do dano extrapatrimonial, tendo o então Min. Aliomar Baleeiro se posicionado favoravelmente ao “ressarcimento do dano moral”, afirmando, expressamente, que “a corrente que lhe restringe a ressarcibilidade é

³⁸⁴ Esta Lei foi revogada, em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 130, disponível, na íntegra, no site da Suprema Corte: <www.stf.jus.br.>.

³⁸⁵ Hoje, praticamente revogada, exceto no que se refere ao art. 17, § 1º e 2º, pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que alterou, atualizou e consolidou os direitos autorais no país. Disponível, na íntegra, em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

³⁸⁶ Disponível, na íntegra, em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6453.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

³⁸⁷ SEVERO, Sérgio. *Danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 83-85; MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2012, p. 113.

³⁸⁸ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, p. 85.

³⁸⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7-8.

³⁹⁰ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*, p. 112.

contrária à lei e à lógica jurídica”.³⁹¹

Todo esse panorama se alterou com a promulgação da nova Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, com a admissão da figura dos danos extrapatrimoniais no seu art. 5º, V e X,³⁹² ficando, no primeiro inciso, mais vinculada à noção de liberdade de expressão e, na segunda situação, a indenização por danos extrapatrimoniais foi vista de forma mais ampla, como decorrente não apenas de violação da liberdade de expressão, mas como uma violação aos direitos da personalidade³⁹³ ou, ainda, à própria dignidade da pessoa humana, por força da Constituição.

Cumprir referir que com o advento da Carta Política atual houve uma verdadeira “revolução” na aceitação dos danos extrapatrimoniais, surgindo o movimento conhecido como a “a constitucionalização do Direito civil”, que implica uma verdadeira reformulação de valores e de interpretação, trazendo a pessoa humana (e não mais o sujeito de direitos) para o centro do ordenamento jurídico e tendo a dignidade como valor fundamental a ser perseguido, consoante se examinará, devido a sua importância, em item a seguir deste estudo.

O advento da Carta Magna de 1988 também trouxe uma “efetiva recepção e alargamento” da proteção aos interesses coletivos e difusos, sendo editadas várias leis especiais, verdadeiros microssistemas, nos quais foi reconhecida a reparação pelo dano extrapatrimonial.³⁹⁴ Entre essa legislação especializada, cumpre referir: o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90), em especial, o art. 6º, VI;³⁹⁵ o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, em especial, os artigos 15 e 17;³⁹⁶ a nova lei dos direitos autorais – Lei nº 9.610/1998, que reconhece o que chama de “direitos morais do autor”,

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 59.940. Relator: Min. Aliomar Baleeiro, 26 abr. 1966. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-71, jan./mar. 1967.

³⁹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...); X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

³⁹³ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 89.

³⁹⁴ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2012, p. 116-117.

³⁹⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

³⁹⁶ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

elencando-os no art. 24, I a VII³⁹⁷ e, ainda, o chamado Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003, em especial, os artigos 2º e 4º,³⁹⁸ que protegem o idoso contra toda e qualquer forma de lesão.³⁹⁹

Diante de todo esse novo panorama, o CC de 2002, em seus artigos 186 e 927, *caput*,⁴⁰⁰ basicamente, reconheceu expressamente a obrigação de indenizar, na responsabilidade extracontratual, por dano extrapatrimonial.

O CC de 2002 foi idealizado dentro de uma nova perspectiva, conforme explica Miguel Reale, baseado em três princípios fundamentais, que explicam a evolução de um Código Civil individualista (CC de 1916) para um Código Civil voltado para o social e para o coletivo (CC de 2002): os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade.⁴⁰¹

A eticidade, explica Miguel Reale, é traduzida em um desapego ao formalismo, impondo a participação de valores éticos no ordenamento jurídico, compatibilizados com a técnica jurídica, sendo o seu exemplo mais expressivo as chamadas cláusulas gerais, abertas, que como se viu na primeira parte deste trabalho, constituem poderoso instrumento para reconstrução do Direito privado.

O princípio da socialidade significa uma superação do “manifesto caráter individualista”⁴⁰² do CC de 1916, representando o social em detrimento do individual, no

³⁹⁷ Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

³⁹⁸ Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Art. 4º. Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

³⁹⁹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2012, p. 117.

⁴⁰⁰ 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. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

⁴⁰¹ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código civil. In: TAPAI, Gisele de Melo Braga (Coord.). *Novo código civil brasileiro: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Estudo comparativo com o Código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 12-17.

⁴⁰² REALE, Miguel. Visão geral do novo Código civil, p. 13.

sentido de que há uma prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, com o destaque da pessoa humana. Ainda, segundo Giovanni Ettore Nanni, o novo CC de 2002 “busca imprimir um sentido social marcante”, citando como exemplos a função social do contrato e a função social da propriedade.⁴⁰³

O princípio da operabilidade se traduz no fato de que o Direito deve estabelecer soluções normativas que facilitem a sua interpretação e aplicação pelos seus operadores, porque, segundo o citado jusfilósofo brasileiro Miguel Reale, “somente assim se realiza o direito em sua concretude”, lembrando as lições dos juristas como Engisch, Betti, Larenz, Esser e outros, o que acarreta uma maior participação decisória aos magistrados, por exemplo.⁴⁰⁴ Nesse sentido, já afirmava Clóvis do Couto e Silva a respeito do CC de 2002:

O Código Civil, como código central, é mais amplo do que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contém ‘cláusulas gerais’, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas. O juiz é, também, um legislador para o caso concreto. E, nesse sentido, o Código Civil adquire progressivamente maiores dimensões do que os códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do Direito.⁴⁰⁵

E é dentro desse panorama que o Direito civil brasileiro passou a tutelar não apenas os chamados interesses patrimoniais, mas também, e dentro de uma nova perspectiva, os chamados interesses existenciais, em busca do Princípio da Reparação Integral em matéria de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, conforme se verá a seguir.

2.1.2.1.1 Da tutela patrimonial à tutela existencial: a busca do Princípio da Reparação Integral nos danos extrapatrimoniais

Com o advento da Constituição Federal de 1988 os anos que se seguiram foram de profundas alterações dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da consolidação de novos valores por ela trazidos. E não poderia deixar de ser diferente em relação ao Direito civil brasileiro, o que ficou bastante evidente com a edição do CC de 2002, onde houve a

⁴⁰³ NANNI, Giovanni Ettore. Interpretação: uma visão entre o passado e o futuro. In: _____. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 201.

⁴⁰⁴ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código civil. In: TAPAI, Gisele de Melo Braga (Coord.). *Novo código civil brasileiro: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Estudo comparativo com o Código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 16.

⁴⁰⁵ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 29-30.

superação da ótica exclusivamente patrimonialista para uma visão protetiva dos chamados interesses existenciais. No Brasil, a figura dos interesses patrimoniais e dos interesses existenciais sofreu profunda influência da doutrina italiana de Pietro Perlingieri.

O mencionado professor italiano ensina que a normativa constitucional não deve ser considerada “sempre e somente como uma regra de hermenêutica, mas também como uma norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores”.⁴⁰⁶ O autor, após falar sobre a necessidade da ciência do direito retomar uma jurisprudência não apenas de interesses, mas de valores, refere a imprescindível atualização dos institutos jurídicos, através de “um método orientado a privilegiar o interesse em relação à vontade, o aspecto objetivo e funcional em relação àquele subjetivo e descritivo, a função socioeconômica em relação à estrutura”.⁴⁰⁷ É o que chama de perfis das situações subjetivas, dando destaque aos perfis funcional e normativo.⁴⁰⁸

O perfil funcional, segundo o civilista, identifica a função de uma situação dentro das relações sociais e jurídicas, destacando situações que “são” função social e outras que “têm” função social, *in verbis*:

O ordenamento vigente conforma a função de cada situação subjetiva em sentido social. [...]. Existem situações que ‘são’ funções sociais, outras que ‘têm’ função social: enquanto a propriedade pública é função social (titular é um sujeito, por assim dizer, funcionário), a propriedade privada *tem* função social, já que o interesse é protegido e reconhecido para realizar uma função individual-social.⁴⁰⁹

E o professor italiano oferece como exemplo o chamado direito de habitação (também conhecido por nós, brasileiros, como direito à moradia), afirmando que é “de natureza patrimonial com função também existencial”.⁴¹⁰

Já o perfil normativo (ou regulamentar) diz respeito à relevância jurídica dada a uma determinada situação, que para ser considerada jurídica, deve ter um valor normativo.⁴¹¹

Mas nem sempre a diferenciação entre uma situação jurídica patrimonial e existencial

⁴⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao Direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 12.

⁴⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 32.

⁴⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 668-672. Ao falar sobre fato, efeito e situações subjetivas, o autor coloca que é necessário, para identificação de interesses como patrimoniais ou existenciais a análise de, ao menos, seis perfis, sinteticamente aqui enunciados: o perfil do efeito (toda a situação é consequência de um fato); o perfil do interesse (é o fundamento apto a justificar a situação); o perfil dinâmico (a situação jurídica subjetiva é vista como um conceito de duração); o perfil do exercício; o perfil funcional (que especialmente nos interessa no presente estudo) e o perfil normativo ou regulamentar.

⁴⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*, p. 670-671.

⁴¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*, p. 672.

⁴¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*, p. 672.

é clara, conforme já reconhecia o próprio Perlingieri e, hoje, chamam a atenção para esse ponto alguns autores brasileiros, entre eles, Julia Ribeiro de Castro e Thiago Andrade Souza, afirmando que para se ter a qualificação de uma tutela como existencial ou patrimonial é necessária não apenas uma análise completa dos perfis sugeridos pelo professor italiano, devendo o intérprete se ater aos efeitos essenciais e diretos da situação, a serem verificados no caso concreto, afirmando que:

A essencialidade deve ser analisada sempre em concreto, já que o elemento acessório pode transformar-se em principal conforme a composição dos interesses em jogo.

A função é a única e exclusivamente idônea a atuar como critério de individuação. A verificação da síntese dos efeitos essenciais ou do ‘mínimo denominador comum’, permite identificar os interesses *imediate* ou *diretamente* tutelados. Como para a qualificação importam os efeitos diretos e essenciais e não os efeitos reflexos, será existencial a situação jurídica sempre que os efeitos diretos e essenciais incidirem sobre a personalidade do titular.⁴¹²

Ainda, os supramencionados autores brasileiros referem que há “uma instrumentalidade indireta” das situações patrimoniais para concretização da dignidade da pessoa humana, ou seja, que os interesses patrimoniais precisam servir à pessoa humana, sem deixar de ter uma função socialmente relevante.^{413 414}

Aqui, ainda, uma observação importante se faz necessária: não se quer com isso dizer que o fenômeno da despatrimonialização do Direito civil se confunde com uma “marginalização das situações jurídicas patrimoniais” e nem que haja qualquer desprezo/menosprezo à atividade econômica, conforme já advertia, expressamente, Pietro Perlingieri, ao falar a respeito do “caminho da despatrimonialização do Direito civil, representando uma priorização de valores, tendo como norte a pessoa humana, com a repersonalização do Direito civil. Ensina Perlingieri:

Com isso, não se projeta a expulsão ou a ‘redução’ quantitativa do conteúdo

⁴¹² DE CASTRO, Julia Ribeiro; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 157-188, em especial, p. 171-172 (grifo do autor).

⁴¹³ DE CASTRO, Julia Ribeiro; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais, p. 173 e 175-177.

⁴¹⁴ Os supracitados autores brasileiros, ao falarem sobre o que denominam de “tutela qualitativamente diversa das situações existenciais” propõem alguns traços, que chamam de princípios, comuns às situações subjetivas existenciais: a gratuidade do ato; o consentimento qualificado; a revogabilidade e a intransmissibilidade, ressaltando a importância do “consentimento consciente e informado”. Além disso, trazem como exemplos de interesses existenciais que são preservados “para além da vida do seu titular”, atos de disposição do próprio corpo (no caso dos transplantes de órgãos), bem como de autorização de uso de material genético. DE CASTRO, Julia Ribeiro; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 181-184.

patrimonial no sistema jurídico e civilístico em especial: o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não pode ser eliminado. A divergência, certamente não de natureza técnica, concerne à valoração qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo não para ‘humilhar’ a inspiração econômica, mas, pelo menos, para lhe atribuir uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a rejeitar a afirmação – [...] – segundo a qual não pode ser ‘radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado’. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados por sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes, são exautorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a se adequar aos novos ‘valores’, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais.⁴¹⁵

Os institutos jurídicos (no nosso caso, os danos extrapatrimoniais coletivos e a indenização punitiva) devem servir para o cumprimento dos objetivos constitucionais, centrados na tutela da pessoa humana, tendo como cerne o conceito de dignidade, não mais na perspectiva puramente individual, mas dentro de um aspecto solidário e relacional. Essa repersonalização tem, no mínimo, dois sentidos: o direito está centrado no conceito de pessoa, sendo o seu objetivo máximo a sua proteção e o centro do ordenamento jurídico não é mais o sujeito de direito abstratamente considerado, mas sim a pessoa em suas relações concretas.⁴¹⁶

É a chamada Constitucionalização do Direito civil, que, de forma muito singela, pode ser sintetizada como uma ressignificação dos institutos de Direito civil diante dos valores constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 passa a ser o ponto central do ordenamento jurídico brasileiro, irradiando seus efeitos para toda a legislação infraconstitucional, inclusive para os chamados microssistemas (leis especiais), tornando-se, nas palavras de Marcos Ehrardt Júnior “verdadeira parte geral do ordenamento jurídico, deixando de ser o estatuto do poder público para se converter na ordem jurídica fundamental da comunidade”.⁴¹⁷

Anderson Schreiber destaca que o objetivo central da metodologia do Direito civil-constitucional é a subordinação de todo o Direito civil ao atendimento dos valores existenciais materializados na Constituição Federal, tendo três fundamentos básicos: a natureza normativa da Constituição; a unidade e complexidade do ordenamento jurídico e uma interpretação com

⁴¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121-122.

⁴¹⁶ DE CASTRO, Julia Ribeiro; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 162-167.

⁴¹⁷ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos para uma teoria geral da responsabilidade civil no Brasil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. São Paulo: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 68.

fins aplicativos.⁴¹⁸ Essa funcionalização do “ter” em relação ao “ser” é por ele destacada como essencial a uma correta compreensão do assunto, mencionando:

A Constituição brasileira de 1988 não poderia ter sido mais clara em relação ao seu projeto de sociedade. No título dedicado a seus princípios fundamentais, inseriu ‘a dignidade da pessoa humana’ e a ‘cidadania (art. 1º, II e III). Aludiu ao trabalho e à livre iniciativa, mas sob a expressa perspectiva do seu ‘valor social’ (art. 1º, IV). Elegeu, ainda, como objetivos fundamentais da República a construção de ‘uma sociedade livre, justa e solidária’, impondo a erradicação da ‘pobreza’ e da ‘marginalização’, além da redução das ‘desigualdades sociais e regionais’.

O Constituinte não agasalhou expressamente, como fizeram outras Constituições, o sistema capitalista de produção, mas tampouco o rejeitou. Garantiu o ‘direito de propriedade’, mas se apressou em acrescentar que ‘a propriedade atenderá a sua função social’ (art. 5º, XXII e XXIII). No capítulo dedicado aos “princípios gerais da atividade econômica” não apenas voltou a mencionar a função social da propriedade, mas também aludiu à ‘defesa do consumidor’, à ‘defesa do meio ambiente’, à ‘busca do pleno emprego’ e, mais uma vez, à ‘redução das desigualdades sociais e regionais’. Com isso, afirmou que a atividade econômica não é protegida em si mesma, mas tão somente enquanto instrumento de outros valores, de cunho existencial.⁴¹⁹

O fato é que, quer se concorde (ou não), com a metodologia desenvolvida pelo Direito civil-constitucional, esta escola, que surgiu nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, com professores como Gustavo Tepedino,⁴²⁰ teve influência decisiva na repersonalização do Direito civil no nosso país,⁴²¹ a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor fundamental previsto no

⁴¹⁸ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 9-14.

⁴¹⁹ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição, p. 16 e 17 (grifo do autor).

⁴²⁰ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição, p. 7.

⁴²¹ Para uma visão crítica da escola de Direito civil-constitucional: REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, a. 4, v. 11, p. 213-238, abr./ jun. 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/318402006_Dogmatica_e_incerteza_normativa_critica_ao_substancialismo_juridico_do_direito_civil-constitucional?ev=prf_high>. Acesso em: 24 nov. 2018. Neste artigo, Thiago Reis faz várias críticas ao método do Direito civil-constitucional, principalmente, segundo ele, no que se refere ao “total desinteresse em se questionar a sua plausibilidade teórica e adequação prática”, apontando como principais pontos negativos: a ausência de rigor técnico; a banalização no uso do conceito de constitucionalização; incoerências históricas, marcadas por uma autonomia individual ilimitada; a utilização do método de subsunção, dificilmente comprovado; posições que vinculariam o positivismo ao totalitarismo; uma incoerência interna de metodologia etc. Todos esses fatores serviriam como geradores de uma grande fonte de incertezas na estabilização e direção do sistema jurídico, dando especial destaque ao grau de discricionariedade judicial que dá ensejo e, por consequência, à incerteza normativa que produz, transformando o Judiciário como “fator central de produção normativa”. Não se concorda com essa posição, consoante será examinado com mais vagar no penúltimo subitem deste trabalho, ao se falar sobre os fundamentos para a aplicação da indenização punitiva no Brasil. No entanto, por ora, cabe afirmar que se tem conhecimento de que o conceito de dignidade de pessoa humana não pode ser banalizado, e não é isso que o Direito civil-constitucional tem por objetivo: a escola busca, através de um método válido e provido de cientificidade e requisitos, resgatar uma interpretação sistemática e valorativa no ordenamento jurídico brasileiro e, estabelecidos os devidos limites ao arbítrio do aplicador da lei, atender às necessidades e exigências do mundo globalizado contemporâneo. A respeito do que é e do que não pode ser considerado como Direito civil constitucional: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, em especial, p. 167-231.

art. 1º, III, da Carta Política vigente.

A dignidade da pessoa humana, conceito de matriz kantiana, também sofreu atualizações, na medida que o homem não é mais visto como um fim em si mesmo, mas dentro do meio social em que vive e convive. Assim, atualmente, ensina Ingo Wolfgang Sarlet, que o conceito de dignidade da pessoa humana constitui:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁴²²

Dentro dessa nova perspectiva, há um dever geral de solidariedade, previsto no art. 3º, I, da Constituição Federal, que representa, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “além de partilhar uma mesma época e, neste sentido, uma mesma história” (solidariedade fática), agir com uma consciência de valor. A solidariedade, como um valor, “deriva da consciência racional dos interesses em comum”, interesses que implicam, para cada membro da sociedade, “a obrigação moral de não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”.⁴²³

Tatiana Bonatti Peres, ao discorrer sobre a urgente retomada dos valores morais, distingue a solidariedade da fraternidade, o que precisa ser aqui evidenciado: refere a citada autora que a solidariedade “é o dever moral de ajuda mútua entre as pessoas”, sendo diferente da fraternidade, que possui um sentido mais altruísta (esta é mais do que respeitar o próximo, estando ligada à ideia de amor ao próximo, de caridade, que não é objeto do nosso trabalho). Ainda, destaca que inobstante haver na Constituição brasileira “belas palavras”, tais como a solidariedade e a fraternidade, os “valores morais estão abandonados da vivência concreta e o seu real significado está tão esquecido”, complementando com a ideia também sustentada no presente trabalho, de que é preciso dar “tecnicidade (cientificidade e juridicidade) e utilidade para os valores constitucionais de vínculo humanitário”.⁴²⁴

Todo esse arcabouço de novos valores, somados à insegurança e ao medo próprio das

⁴²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 143 (grifo nosso).

⁴²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 241.

⁴²⁴ PERES, Tatiana Bonatti. *Solidariedade e abuso de direito: a urgente necessidade de retomada dos valores morais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 3-4.

sociedades de massa, fez com que os institutos de Direito civil fossem “repaginados” e, entre eles, está a responsabilidade civil, que, na sua forma clássica (função reparatória e função compensatória) mostrou-se insuficiente, principalmente diante dos chamados interesses existenciais, buscando-se a efetivação do Princípio da Reparação integral. Atualmente, este princípio não pode ser visto sob a mera perspectiva reparatória (danos materiais) ou compensatória (danos morais), mas também dentro das perspectivas punitiva e dissuasória, levando a um sistema de “multifuncionalidade da responsabilidade civil”, usando-se a expressão proposta por Nelson Rosenvald.⁴²⁵

A reparação do dano deve ser a mais completa possível: essa ideia está ligada à função clássica da responsabilidade civil, que é a reparatória.

Paulo de Tarso Sanseverino define a reparação como sendo aquela função da responsabilidade civil que tem por fim o restabelecimento do “equilíbrio social rompido pelo dano, devendo-se tentar, na medida do possível, recolocar o prejudicado, ainda que de forma aproximativa, na situação em que se encontraria caso o dano não tivesse ocorrido”.⁴²⁶

Há dois modos de reparação: a reparação *in natura* (desejável, mas nem sempre viável, principalmente nos danos extrapatrimoniais) e a reparação em pecúnia.

Na chamada reparação *in natura* se procura restituir ao lesado exatamente o mesmo bem, aquele bem determinado, que foi retirado do seu patrimônio, explicando Paulo de Tarso Sanseverino que este é o modo ideal de ressarcimento”.⁴²⁷ Continua o autor afirmando que, na Alemanha, no direito anterior ao BGB, predominava o Princípio da reparação *in natura*, que foi acolhido no BGB de 1896, apesar das críticas da jurisprudência do século XIX, que por razões de ordem prática, preferia a reparação em pecúnia.⁴²⁸

Pontes de Miranda já falava a respeito de uma reparação *in natura*, destacando a necessidade de observância de uma reparação integral e admitindo a cumulação entre a indenização pecuniária e a indenização *in natura*:

No direito brasileiro, não se deu a primariedade à reparação em dinheiro (*princípio da primazia da reparação pecuniária*). [...]. O dever de reparar não parte da entrega de quantidade de dinheiro, que cubra os prejuízos. Tem-se de recriar estado de coisas que no momento (já) não existe, mas, primariamente, pela restituição ou pela prestação em natura, que opere a substituição do inexistente pelo que existe. [...]. A satisfação há de ser completa, integral, se possível; não basta, em princípio, a reparação econômica. O remendo da roupa é insuficiente, bem assim a cura do

⁴²⁵ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. A reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95-139.

⁴²⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

⁴²⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, p. 35.

⁴²⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, p. 35-36.

ferimento, que deixou cicatriz, ou impede o uso da mão ou do dedo. De qualquer modo, a *ratio legis* consiste em se assegurar ao lesado a situação econômica e social (principalmente moral) que teria o lesado se o fato ilícito absoluto não tivesse acontecido. Se a reparação natural é praticável, a ela é que se há de condenar o lesante. Se, com a reparação em natura, não se obtém a volta ao estado econômico anterior, o legitimado ativo pode escolher entre a reparação em natura mais o elemento pecuniário que complete a reparação, ou a reparação somente pecuniária. Frise-se a combinação de pressupostos – um, necessário, e outro optativo – para a reparação em natura: possibilidade e suficiência. O segundo mostra que os dois critérios, o da reparação em natura e o da reparação pecuniária, não são critérios incompatíveis.⁴²⁹

Assim, há duas formas de reparação *in natura*, que são a recomposição pela mesma coisa ou por substituição, já alertando Carlos Alberto Ghersi para o fato da dificuldade dessa espécie de reparação, afirmando que “não existe um verdadeiro restabelecimento ao estado anterior ao fato ou ato em forma integral ou absoluta; é somente uma aproximação possível”.⁴³⁰

Em relação aos danos extrapatrimoniais, no entanto, esta reparação *in natura*, embora aceita pela doutrina, é de difícil implementação, porque em se tratando desse tipo de dano a recomposição do bem ou a sua substituição se revela particularmente difícil, se não inviável, o que fez crescer, entre os diferentes sistemas jurídicos contemporâneos, de uma forma geral, a reparação pecuniária, que veio a aparecer, na sua concepção mais atual no Direito francês, no Código de Napoleão de 1804, através da implementação de uma cláusula geral de responsabilidade civil,⁴³¹ sobre a qual se falou na primeira parte deste estudo.

No entanto, o CC de 2002 (especificamente, no seu art. 947)⁴³² privilegia a reparação *in natura*, deixando à indenização pecuniária um papel subsidiário, com incidência não apenas na responsabilidade extracontratual (que ora nos interessa), como na responsabilidade contratual, conforme alerta Paulo de Tarso Sanseverino.⁴³³

O Princípio da Reparação Integral, portanto, constitui o principal norte para os aplicadores do direito no que tange à obrigação de indenizar, que é uma das consequências do ato ilícito no atual CC de 2002, estando consagrada no seu artigo 944, *caput*,⁴³⁴ embora com uma redação excessivamente sintética, que dá origem a diversas controvérsias, principalmente

⁴²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 251-252. Tomo LIII.

⁴³⁰ GHERSI, Carlos Alberto. *Valor de la vida humana*. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 23.

⁴³¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.39 e 40-43.

⁴³² Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

⁴³³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, p. 37.

⁴³⁴ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

considerando a função punitiva da responsabilidade civil.

Mas o que significa, afinal, reparar um dano?

A reparação, segundo o dicionário Houaiss da língua portuguesa, possui vários significados: "pôr em bom estado de funcionamento o que havia sido estragado; restaurar; consertar"; "efetuar a recuperação em"; "fazer correção em, remediar; emendar (uma injustiça)" ou, ainda, "compensar (a alguém ou a si mesmo) por dano, prejuízo ou transtorno causado; indenizar; ressarcir".⁴³⁵

Mas a reparação integral não se resume à indenização (em pecúnia ou *in natura*), própria dos danos patrimoniais, havendo também uma compensação, pois os danos extrapatrimoniais são irreparáveis por sua própria natureza, submetendo-se, por isso, à compensação. A ideia central da reparação integral é dar uma ampla proteção para a vítima, no sentido de empregar os melhores esforços para fazê-la retornar *ao status quo ante* à produção do dano, dando-se especial atenção à sua figura e não mais apenas ao dano em si e, por conseguinte, ao seu agente causador.⁴³⁶

Contudo, na opinião da autora do presente estudo, a ideia de reparação integral não se vincula, exclusivamente, à indenização ou à compensação, mas também deve se correlacionar com a ideia de punição e de desestímulo à prática da mesma infração pelo ofensor, dando à responsabilidade civil um caráter mais amplo: não apenas de reparação e/ou compensação de um dano (aspectos voltados à proteção da vítima, que é a preocupação central da Constituição Federal brasileira), mas também de dissuasão com efeito pedagógico para o agente causador do evento lesivo. É da conjugação desses elementos que surgirá um sistema de responsabilidade civil mais eficiente, ou, pelo menos, condizente com a realidade contemporânea, principalmente em se tratando de danos extrapatrimoniais coletivos.

Por outro lado, há que se ressaltar que o fundamento do Princípio da Reparação integral se encontrava, inicialmente, na noção de justiça corretiva de Aristóteles, posteriormente desenvolvida por São Tomás de Aquino, chegando ao conceito de justiça comutativa, baseada na ideia de troca,⁴³⁷ asseverando Paulo de Tarso Sanseverino que a

⁴³⁵ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 2428.

⁴³⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. Reparação integral (A correlação entre o dano e a indenização). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 1166.

⁴³⁷ Luis Fernando Barzotto, ao analisar o conceito de justiça social, explica a ideia de justiça em Aristóteles e em São Tomás de Aquino, afirmando que Aristóteles fazia uma classificação da justiça em geral e particular, sendo que a justiça particular poderia ser distributiva ou corretiva, enquanto São Tomás de Aquino falava em uma justiça legal e, também, em uma justiça particular (só que essa se dividia em justiça distributiva e comutativa). Sinteticamente, para Aristóteles, a justiça geral estava ligada à virtude "que nos leva a desejar o justo (*dikaion*)", que significa tanto o que é legal, quanto o que é igual. A justiça geral está relacionada aos

justiça comutativa representa um “meio termo” em relação à justiça corretiva de Aristóteles, fundando-se na ideia de compensação de uma coisa por outra coisa, constituindo o fundamento da reparação integral.⁴³⁸

O Princípio da reparação integral é formado por três subprincípios, que se confundem com as três funções clássicas da responsabilidade civil: reparatória e/ou compensatória (para os danos extrapatrimoniais), punitiva e dissuasória.

A doutrina brasileira propõe uma denominação diferenciada para as três funções clássicas acima nominadas, adotando-se, no presente estudo, a íntegra da nomenclatura sugerida por Eugênio Fachinni Neto.⁴³⁹

A função reparatória é a função tradicional da responsabilidade civil, conforme visto, que pode se dar tanto pela reparação *in natura* quanto em pecúnia, sendo o termo utilizado para os danos materiais, patrimoniais, já que em termos de danos extrapatrimoniais, como a reparação propriamente dita (no sentido de retorno ao *status quo ante*) é praticamente

deveres em relação à comunidade (por isso o termo geral) que são estabelecidos pela lei, visando ao bem comum. Já a justiça particular, em Aristóteles, está ligada à noção de igualdade, podendo a justiça ser distributiva (“aquela que se exerce nas distribuições de honras, dinheiro e tudo aquilo que pode ser repartido entre os membros do regime”), levando em consideração uma qualidade pessoal do destinatário do bem ou corretiva (“aquela que exerce uma função corretiva nas relações entre os indivíduos”), afirmando Barzotto que nesta justiça corretiva de Aristóteles a igualdade buscada “é uma igualdade absoluta, expressa na equivalência entre o dano e a indenização”. A justiça distributiva, ensina o professor, “rege-se por uma igualdade proporcional, isto é, a relação que existe entre as pessoas é a mesma que deve existir entre as coisas”. Na justiça legal de São Tomás de Aquino, que deu continuidade ao trabalho de Aristóteles, acrescentando elementos de Direito romano, o conceito se baseia nos atos devidos à comunidade para que seja alcançado o seu bem, estando a grande maioria das situações disciplinadas em lei (por isso, o termo “justiça legal”). Para São Tomás de Aquino, o que diferencia a justiça legal da justiça particular é o sujeito a quem é devido o ato: na primeira, a comunidade; na segunda, o sujeito individualmente considerado. Ou seja: o objeto da justiça legal é o bem comum, enquanto na justiça particular é o bem do particular, do indivíduo. Assim, a justiça particular regula diretamente aquilo que é devido a membros determinados de uma comunidade, nas distribuições (justiça distributiva) e nas trocas (justiça comutativa). A justiça distributiva em São Tomás de Aquino reparte proporcionalmente o que é comum, explicando Barzotto que o conceito de justiça distributiva em São Tomás de Aquino é mais amplo do que em Aristóteles, na medida que esse conceito “não se faz presente apenas na comunidade política, mas em todas as comunidades, como, por exemplo, a comunidade de ensino e a comunidade familiar”. A justiça corretiva de Aristóteles é denominada comutativa em São Tomás de Aquino: em Aristóteles, o sujeito da correção só pode ser o juiz, enquanto na justiça comutativa pode ser qualquer pessoa que se engaje em determinado tipo de relações sociais; justiça comutativa é aquela “que regula as trocas entre duas pessoas”. Ainda, na justiça corretiva de Aristóteles há uma relação entre pessoa e coisa (não há igualdade absoluta), ao passo que na justiça comutativa de São Tomás de Aquino há relação entre coisa e coisa, havendo possibilidade de uma igualdade mais real. Ressalta Barzotto que: “nas relações entre indivíduos reguladas pela justiça comutativa, particularmente na compra e venda, trata-se de igualar coisa a coisa, isto é, de realizar uma igualdade absoluta: ‘Nas trocas se dá algo a uma pessoa particular em razão de outra coisa dela recebida, como principalmente se manifesta na compra e venda, na qual se encontra, primordialmente, a noção de troca’. Então é necessário adequar coisa a coisa”. Para um exame aprofundado do tema, inclusive com a operacionalização do conceito de justiça social: BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social. Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 50, p. 19-56, abr./jul. 2003, em especial, p. 20-23.

⁴³⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral* - indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54-55.

⁴³⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 181-184.

impossível, deve-se falar em função compensatória: a indenização deve manter uma relação de equivalência, ainda que de maneira aproximada, com os danos sofridos pela vítima.⁴⁴⁰

Já a função punitiva, conforme lembra Eugênio Fachinni Neto, havia “sido quase esquecida nos tempos modernos, após a demarcação dos espaços destinados à responsabilidade civil e penal”, mas a partir do momento “em que se passou a aceitar a compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, percebeu-se estar presente ali a ideia de uma função punitiva da responsabilidade civil”, num certo “revival” dessa função, na qual os precursores foram os sistemas jurídicos integrantes da família da *Common law*,⁴⁴¹ conforme se analisou na primeira parte deste trabalho.

A função punitiva, por ora, cabe dizer, é vista na doutrina brasileira como uma “sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis”.⁴⁴²

Apenas para demonstrar a divergência de denominações e de posições, Paulo de Tarso Sanseverino, ao tratar das funções do Princípio da Reparação integral, de uma forma geral, enumera três delas: a) a reparação da totalidade do dano, que ele chama de função compensatória (que, nos danos extrapatrimoniais, segundo ele, assume uma função tipicamente satisfatória); b) uma função indenitária e c) uma função concretizadora (no sentido de que a indenização deve corresponder, na medida do possível, “aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima, o que deve ser objeto da avaliação concreta pelo juiz”⁴⁴³).⁴⁴⁴

Ainda, ao abordar o que chama de função indenitária, discorre a respeito da indenização punitiva ou *punitive damages*, mencionando que “os prejuízos efetivamente sofridos pelo lesado constituem não apenas o piso, mas o teto indenizatório”. Ainda, afirma que a função indenitária veda o enriquecimento injustificado do lesado, sendo uma decorrência do teto indenizatório do Princípio da Reparação integral.⁴⁴⁵ No entanto, ao falar, especificamente, sobre as funções da responsabilidade civil em matéria de danos extrapatrimoniais, após referir que a natureza da indenização por esses danos guarda uma relação estreita com as funções da responsabilidade civil (“ressarcimento do ofendido ou

⁴⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral* - indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

⁴⁴¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 183.

⁴⁴² ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. A reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

⁴⁴³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, p. 76.

⁴⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, p. 57 e ss.

⁴⁴⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, p. 58-59 e 68-69.

punição do ofensor”) e admitir que constitui um tema ainda controverso,⁴⁴⁶ reconhece que as duas funções se fazem presentes nos danos extrapatrimoniais, referindo, *in verbis*:

Em alguns momentos, porém, a responsabilidade civil ainda conserva resquícios de sua função sancionatória ou punitiva, apresentando a indenização pecuniária algumas características próprias das penas privadas. Isso é particularmente sensível na indenização por dano extrapatrimonial, que apresenta também uma função sancionatória, especialmente quando se enfatiza a necessidade de punição do autor do dano. Assim, embora a função preponderante deva ser a satisfatória, a indenização por dano extrapatrimonial aparece, em muitos casos, como uma autêntica pena privada imposta ao ofensor a requerimento do ofendido.⁴⁴⁷

Judith Martins-Costa, ao abordar a função da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial no Direito estrangeiro, embora reconheça a cisão entre os institutos do dano moral e da indenização punitiva nos Estados Unidos da América, não admite o reconhecimento da função punitiva nas indenizações por danos extrapatrimoniais, afirmando que “não há caráter punitivo ínsito às indenizações por dano extrapatrimonial, as quais devem ser fixadas tendo em vista exclusivamente a extensão do dano sofrido pela vítima”. E, mais adiante, no mesmo estudo, a autora sustenta a inconstitucionalidade da função punitiva no Direito brasileiro,⁴⁴⁸ posição da qual se discorda.

A questão da aceitação ou não da indenização punitiva no Brasil, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, será objeto específico do nosso estudo, nos dois últimos subitens deste trabalho.

Por fim, seguindo a classificação proposta por Eugênio Fachinni Neto, a responsabilidade civil apresenta também a chamada função dissuasória, ressaltando que, nesta perspectiva, não se leva em consideração condutas passadas, mas sim condutas futuras, ou seja, representa “quais as condutas que os cidadãos têm a evitar, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico”, mencionando que também as funções reparatória e punitiva desempenham uma função dissuasória, embora não seja o seu objeto principal que, como aqui, é a prevenção geral.⁴⁴⁹

Já Nelson Rosenvald, após discorrer sobre os problemas da função reparatória na sociedade contemporânea, destaca o renascimento das funções preventiva e precaucional da

⁴⁴⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*- indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 270-271.

⁴⁴⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, p. 272.

⁴⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith, Dano moral à brasileira, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, nº 9, 2014, p. 7073-7.122, em especial, p. 7.093 e p. 7.099-7.104.

⁴⁴⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 184.

responsabilidade civil, acentuando a diferença entre elas. Para o autor, a função preventiva está relacionada ao estar ciente da possibilidade de responder, judicialmente, pelo dano provocado, desestimulando qualquer pessoa “que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros”.⁴⁵⁰ E, ainda, ao falar sobre a função precaucional, separa as ideias de prevenção e precaução: esta ligada à incerteza (não se conhece, ao menos, as probabilidades), havendo um limiar temporal muito anterior à possibilidade da ocorrência de lesão, representando riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos e que possam levar a danos graves e irreversíveis, enquanto aquela está associada à ideia de risco de um dano atual, concreto e real (existência de probabilidades), mencionando que o Direito ambiental “foi o grande palco” para o desenvolvimento da precaução,⁴⁵¹ consoante se comprovará em item seguinte deste trabalho.

Marcos Ehrardt Júnior, ao falar sobre a função preventiva da responsabilidade civil, diz que ela é própria da sociedade moderna, dos chamados danos transindividuais, se encontrando muito presente nos casos de danos ambientais,⁴⁵² concluindo, após o exame das funções punitiva e dissuasória (em especial), que essas funções não se excluem, mas que, pelo contrário, “devem ser consideradas em conjunto, de modo a atender às necessidades do caso concreto” e complementando, ainda, que “devem atender aos fins de nossa Carta Política”.⁴⁵³

No mesmo sentido, a lição da autora portuguesa Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa que ao comentar a respeito da “complexificação da realidade social”, menciona que “certos ilícitos podem dar, automaticamente, origem à indenização” e que o fenômeno vem conhecido como “compensação dos danos in res ipsa ou nominal damages”, associados aos *torts actionable per se*, não deixando de levar ínsita “uma visão preventiva-punitiva da responsabilidade civil”.⁴⁵⁴

O fato é que, seja qual for a nomenclatura a ser utilizada para as funções da responsabilidade civil, o que importa é que o sistema jurídico atenda, da melhor forma possível, os interesses do cidadão ou da comunidade lesada (no caso em exame, especificamente, nos interessam os chamados danos extrapatrimoniais coletivos), objetivo que

⁴⁵⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. A reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 112 e 114.

⁴⁵¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*, p. 120-122.

⁴⁵² EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos para uma teoria geral da responsabilidade civil no Brasil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. São Paulo: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 51.

⁴⁵³ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos para uma teoria geral da responsabilidade civil no Brasil, p. 52.

⁴⁵⁴ BARBOSA, Ana Paula Castanheira Neves de Miranda. *Uma leitura personalista da responsabilidade civil*. Cascais: Principia, 2018, p. 72.

não pode ser alcançado se não houver uma leitura conjunta das funções da responsabilidade civil, tanto pelo intérprete das normas (os juízes), quanto pelos operadores do Direito enquanto ciência, não se podendo alijar uma função por uma certa “confusão” entre responsabilidade civil e penal, que remonta às nossas raízes romano-germânicas, na qual a pena privada era associada à estupidez, à crueldade e ao pecado.

2.1.2.1.2 Os chamados danos extrapatrimoniais coletivos

O quarto pressuposto ou elemento da responsabilidade civil, no Brasil, constitui a figura do dano. Não se vai adentrar, neste momento, em questões paralelas como, entre elas, se existe (ou não) responsabilidade civil sem dano, mas sim vamos delimitar o objeto específico do nosso estudo.

Carlos Alberto Bittar define o dano como sendo “qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais” ou, também, como “a lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito”.⁴⁵⁵ E explica que nem todo o dano é reparável, tendo, neste momento, especial importância o chamado dano injusto, onde “há uma invasão contrária ao Direito da esfera jurídica alheia ou de valores básicos do acervo da coletividade”.^{456 457}

E esses danos, que afetam a esfera jurídica alheia, podem repercutir sobre o patrimônio (danos patrimoniais) e/ou sobre a esfera personalíssima do titular do direito (danos extrapatrimoniais, imateriais ou morais em sentido lato), dizendo respeito à classificação pelo conteúdo do dano. Esse dano, ainda, pode atingir um indivíduo ou uma coletividade (classificação quanto à sua extensão), falando-se em danos individuais ou coletivos *lato sensu*.

Aqui, há que se delimitar o objeto específico do nosso estudo, fixando-se o que será entendido como dano extrapatrimonial e como dano coletivo, para se chegar ao conceito de dano extrapatrimonial coletivo. Novamente, a nomenclatura a ser utilizada há que ser definida.

Adota-se, no presente estudo, quanto ao conteúdo dos danos, especificamente, a classificação utilizada por Bruno Miragem, por oferecer uma delimitação precisa dos conceitos, sem se ignorar o fato que a denominação ainda mais utilizada pela doutrina

⁴⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17 e 18.

⁴⁵⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, p. 30.

⁴⁵⁷ Para um exame das demais características do dano injusto e indenizável, incluindo a certeza do dano e a figura da perda de uma chance (dano atual ou dano futuro): MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 155-166.

brasileira é a de danos morais genericamente, como sinônimo de danos extrapatrimoniais, sem fazer uma distinção entre estes e os danos morais em sentido estrito.

Bruno Miragem refere que os danos extrapatrimoniais são o gênero, podendo ser conceituados como uma violação aos atributos da personalidade (danos à pessoa), causando lesões insuscetíveis de avaliação econômica ou, em virtude da tutela integral da personalidade (sobre a qual falou-se no item anterior deste estudo) como “uma ofensa à dignidade humana”, baseada na conformação dada pelo art. 1º, III, da Constituição Federal.⁴⁵⁸ Bruno Miragem faz uma distinção entre bens e interesses nesta classificação quanto ao conteúdo dos danos: “os bens são externos à pessoa (corpóreos ou incorpóreos); já os interesses relacionam as pessoas aos bens”⁴⁵⁹ e, ainda, explica que, em regra, a violação a interesses patrimoniais dá causa à lesão de interesses econômicos, mas também pode originar uma lesão “a direitos ideais ou afetivos”, como, por exemplo, no caso do bem material lesado ter um valor afetivo especial para o seu proprietário.⁴⁶⁰

Assim, o dano extrapatrimonial ou dano moral em sentido lato compreende quatro espécies: a) o dano moral em sentido estrito ou anímico (lesão à estabilidade e integridade psíquica da pessoa); b) o dano corporal ou à saúde (lesão à integridade física ou físico-psíquica da pessoa); c) o dano estético (“combina o dano à integridade física e, como sua consequência, o abalo moral decorrente do caráter permanente da lesão”) e d) o dano à imagem (o que decorre do uso indevido “de reprodução gráfica” da pessoa, sem autorização para o seu uso ou divulgação).⁴⁶¹

Carlos Alberto Bittar usa uma nomenclatura diferenciada da sugerida por Bruno Miragem, referindo que os danos materiais são “aqueles que repercutem no patrimônio do lesado”, enquanto os morais são aqueles “que se manifestam na esfera interna e valorativa do ser humano como entidade individualizada”. Mas alerta que há diferentes denominações dentro da classificação dano patrimonial e dano moral:

Mas comportam essas noções, ainda, certas especificações e, mesmo, denominações diversas, como se pode observar na doutrina. Dentre essas colocações, podem ser referidas as expressões: danos patrimoniais e não patrimoniais, ou extrapatrimoniais; materiais e imateriais; diretos e indiretos; puros e reflexos; subjetivos e objetivos.⁴⁶²

Portanto, no presente estudo, optou-se por utilizar a expressão dano extrapatrimonial e

⁴⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 174.

⁴⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*, p. 155.

⁴⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*, p. 156.

⁴⁶¹ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*, p. 168.

⁴⁶² BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40.

só falar em dano moral quando se tiver em mente a lesão à integridade psíquica da pessoa, fazendo-se, novamente, a ressalva de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência utilizam o termo dano moral não em sentido estrito, mas como sinônimo de dano extrapatrimonial, abarcando os danos à integridade psíquica, os danos corporais ou à saúde, os danos estéticos e os danos à imagem (dano moral em sentido lato).

Para se ter uma ideia da diversidade de nomenclaturas e conteúdo, até mesmo no Direito comparado, em países de sistema romano-germânico como o Brasil, na doutrina portuguesa, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa adota uma classificação similar à oferecida por Bruno Miragem. A autora portuguesa associa o dano patrimonial à ideia de utilidade do bem, baseada na Teoria da diferença. Segundo ela, “é inerente ao direito subjetivo absoluto um determinado conteúdo patrimonial, que se traduz numa nota de utilidade” e, complementa, afirmando que sempre que essa utilidade não possa ser realizada, “fruto da intervenção de um estranho na esfera de domínio traçado pelo direito, desenha-se um dano”.⁴⁶³ E, ao falar sobre o dano patrimonial caracterizado com base na Teoria da diferença (utilidade pretendida – utilidade real = fórmula da diferença), aduz a autora:

Primeiro, há que saber se a utilidade que o lesado invoca se integra ou não dentro das potencialidades inerentes ao conteúdo do direito preterido; em segundo lugar, há que estabelecer uma subtração entre o que o lesado teria, dispondo de tal utilidade, e o que tem agora.⁴⁶⁴

Mas ao falar sobre o que chama de “danos não patrimoniais”, refere que neles “o dano existe, simplesmente é presumido” e traça um paralelo com o dano *in res ipsa* brasileiro, *in verbis*:

No ordenamento jurídico brasileiro, é comum o recurso à figura dos danos *in res ipsa*. São variadas e de variada índole as hipóteses de ressarcimento sem a prova do dano concretamente sofrido: inserção do nome no cadastro de inadimplentes, situações de *overbooking*, impossibilidade de exercício da profissão por jovens que viram o seu diploma de licenciatura não ser reconhecido pelas autoridades com competência para o efeito, entre outras.⁴⁶⁵

Ainda, após ressaltar o fato de que não há uma necessária correspondência entre a natureza dos danos e a natureza dos direitos violados e referir que não há uma unanimidade,

⁴⁶³ BARBOSA, Ana Paula Castanheira Neves de Miranda. *Uma leitura personalista da responsabilidade civil*. Cascais: Principia, 2018, p. 74.

⁴⁶⁴ BARBOSA, Ana Paula Castanheira Neves de Miranda. *Uma leitura personalista da responsabilidade civil*, p. 80.

⁴⁶⁵ BARBOSA, Ana Paula Castanheira Neves de Miranda. *Uma leitura personalista da responsabilidade civil*, p. 84.

também na doutrina portuguesa, quanto à definição de danos extrapatrimoniais, afirma que os danos morais propriamente ditos são “as dores, angústia, ansiedade, sofrimento; já os danos extrapatrimoniais são o gênero, dos quais os danos morais são apenas uma categoria”.⁴⁶⁶

Também o professor espanhol Mariano Yzquierdo Tolsada utiliza uma classificação dos danos levando em consideração os bens patrimoniais e os bens não patrimoniais (que se subdividem em danos físicos à pessoa e danos morais próprios). Em relação aos chamados danos não patrimoniais, os subdivide em duas grandes categorias: a) danos não pessoais (por exemplo, os infligidos, segundo ele, à pessoa jurídica) e os danos pessoais, de que são espécies os danos corporais (lesão à integridade física e psíquica) e os danos morais (que são, segundo o autor, os prejuízos causados na esfera espiritual da pessoa, como no caso da honra e da intimidade).⁴⁶⁷

Mas esses danos extrapatrimoniais evoluíram de uma postura individualista “para um sentido intersubjetivista e coletivista”⁴⁶⁸, surgindo o que chamamos de danos extrapatrimoniais coletivos.

Antes de adentrarmos na classificação utilizada pela doutrina e também pela jurisprudência no que se refere à extensão dos efeitos dos danos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), há que se esclarecer que, embora não sejam sinônimos no rigor do cientificismo,⁴⁶⁹ as expressões interesses e direitos são tratadas pela própria legislação como sinônimas e serão utilizadas como tal no presente trabalho.

Um dos autores do anteprojeto do atual Código de Defesa do Consumidor brasileiro – CDC (Lei nº 8.078/90), que materializou os conceitos de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos na legislação nacional – Kazuo Watanabe, ao falar sobre a tutela coletiva dos consumidores, menciona que os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados pela legislação como sinônimos, *in verbis*:

⁴⁶⁶ BARBOSA, Ana Paula Castanheira Neves de Miranda. *Uma leitura personalista da responsabilidade civil*, p. 86-87.

⁴⁶⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual*. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias. 4. ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2018, p. 190-191.

⁴⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24.

⁴⁶⁹ Após formular a pergunta: “interesses difusos ou direitos difusos? Qual a expressão preferível?”, Hugo Nigro Mazzili responde no sentido de que ambas as expressões são corretas, mas significam situações distintas: o interesse é a pretensão, enquanto o direito é a pretensão amparada pela ordem jurídica; o interesse é o gênero; o direito subjetivo é o interesse protegido pelo ordenamento jurídico. E aduz: “Considerando que nem toda pretensão à tutela judicial é procedente, temos que o que está em jogo nas ações civis públicas ou coletivas é a tutela de interesses, nem sempre direitos. Assim, para que interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos possam ser tutelados pelo Poder Judiciário, é preciso que estejam garantidos pelo ordenamento jurídico; e esse é, precisamente, o caso do direito ao meio ambiente sadio, do direito à defesa do consumidor, do direito à proteção às pessoas com deficiência, do direito à defesa do patrimônio cultural etc. É errôneo dizer, portanto, que interesses transindividuais não configuram direito subjetivo: podem configurar direitos subjetivos de um grupo, uma classe ou coletividade de pessoas”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 56-57 e 65.

[...] certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles. A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável, impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como, por exemplo, os ‘interesses’ relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos como juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada, profundamente, pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica.⁴⁷⁰

No mesmo sentido (sem fazer distinção entre interesses e direitos transindividuais) são os comentários feitos por Antonio Herman V. Benjamin, ao discorrer sobre uma nova classificação dos direitos subjetivos, “útil para a identificação dos novos fenômenos sociais”.⁴⁷¹

Feita essa observação, Bruno Miragem ensina que a noção de danos coletivos pode ser compreendida em dois sentidos: no primeiro, como uma “multiplicidade de danos individuais, que resultam de uma origem comum, um mesmo fato lesivo, podendo a tutela do direito à indenização ser exercida coletivamente”,⁴⁷² constituindo os chamados direitos individuais homogêneos, previstos no art. 81, parágrafo único, III, do CDC.⁴⁷³

Num segundo sentido, o direito coletivo é tomado como uma das espécies de dano transindividual, aquele que “atinge um número indeterminado de pessoas, sejam estas consideradas como grupo ou categoria”, constituindo, respectivamente, os chamados direitos coletivos em sentido estrito (art. 81, parágrafo único, II, do CDC)⁴⁷⁴, que são aqueles “experimentados por determinados grupos ou categorias de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Ainda, são espécies de direitos transindividuais os chamados difusos (art. 81, parágrafo único, I, do CDC),⁴⁷⁵ que atingem também um

⁴⁷⁰ WATANABE, Kazuo. Comentários ao artigo 81 do CDC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 623-624.

⁴⁷¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de defesa do consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1549.

⁴⁷² MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 217.

⁴⁷³ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...); III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

⁴⁷⁴ Art. 81. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...); II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

⁴⁷⁵ Art. 81. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam

número indeterminado de pessoas, mas dos quais são titulares toda a coletividade.⁴⁷⁶

Com entendimento similar, o espanhol Díez-Picazo, após falar sobre as mudanças de estrutura das relações sociais após o século XVIII e início do século XIX, com a mudança de uma atividade econômica predominantemente agrícola e artesanal para uma atividade industrial, ressalta que surgiram atividades coletivas, das quais resultaram danos coletivos, que podem ter, segundo ele, dois significados: um que diz respeito aos grupos ou organizações aos quais os danos possam ser imputados, onde se discute mais as questões relativas à responsabilidade das pessoas jurídicas, aos danos causados por grupos não personificados ou por membros indeterminados de um grupo (o que, no Brasil, chama-se de responsabilidade civil de grupos, conforme destacou-se na primeira parte deste trabalho e que não é objeto específico deste estudo) e num outro sentido (que particularmente nos interessa e está agora sendo desenvolvido) que diz respeito ao fato de os danos serem produzidos em relação a um conjunto numeroso de pessoas, por ele denominados de “efeitos danosos com multiplicidade de prejudicados” (expressão que nos parece muito pertinente). Ainda, o autor fala de uma culpa social pela manutenção de atividades geradoras de danos, que produzem um benefício social, mas, por outro lado, acarretam danos e afirma que é de se concluir de que o fenômeno da “totalidade dos danos, dos custos desses danos e da forma de fazer frente a esses custos, não é, porque não pode ser, um assunto estritamente individual, mas um assunto que se refere à comunidade inteira”.⁴⁷⁷

Ao falar sobre os novos interesses jurídicos transindividuais, Xisto Tiago de Medeiros Neto explica que os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos, embora ambos sejam direitos metaindividuais ou transindividuais, precisam ser bem compreendidos:

[...] os interesses difusos, de maneira fluída, espream-se em um campo de maior abrangência e grau de indeterminação dos sujeitos e respectivo âmbito de identificação; os interesses coletivos, em sentido estrito, circunscrevem-se a uma esfera mais reduzida de indeterminação, referindo-se a um determinado grupo, categoria ou classe de pessoas. [...] o que é difuso ou coletivo não é necessariamente o direito em si – [...], mas sim o universo de afetação (imediate ou potencial) referido aos indivíduos alcançados pela violação do próprio direito, em face de uma conduta determinada.⁴⁷⁸

titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

⁴⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 217.

⁴⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 159-160 e 168 (trad. nossa). No original: “[...], se llegará a la inevitable conclusión de el fenómeno "de la totalidad de los daños, de los costos de esos daños y de la forma de hacer frente a tales costos, no es, porque no puede serlo, un asunto estrictamente individual, sino un asunto que atañe a la comunidad entera”.

⁴⁷⁸ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTR Editora, 2012, p. 131 e 132 (grifo nosso).

Antes de se avançar no exame do conceito e das características dos danos extrapatrimoniais transindividuais, é necessário fazer uma breve retrospectiva sobre os fundamentos legais do desenvolvimento da tutela dos interesses/direitos dessa natureza.

O patrimônio público já era protegido, desde 1965, pela Lei nº 4.717 (Lei da Ação Popular), que, em seu artigo 11, falava em “perdas e danos” relativos aos atos lesivos a bens ou interesses de valor econômico, artístico, estético ou histórico (art. 1º, § 1º).⁴⁷⁹

Posteriormente, em 24 de julho de 1985, foi editada a Lei nº 7.347, conhecida como Lei da Ação Civil Pública – LACP, que disciplinava (e ainda disciplina, com alterações) as ações deste tipo para o fim de responsabilizar os agentes por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

No entanto, a verdadeira mudança em matéria de tutela coletiva foi dada pela Constituição Federal de 1988, que, também nesse aspecto, não apenas reconheceu diversos direitos coletivos *lato sensu* (por exemplo, em seus arts. 6º, 7º, 220, 225 e 227), como também ampliou os instrumentos para a sua defesa, prevendo a figura do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), mantendo a Lei da ação popular para a defesa de interesses transindividuais ampliados (art. 5º, LXXIII)⁴⁸⁰ e, ainda, dando legitimidade ao Ministério Público para a defesa dos interesses transindividuais em juízo (art. 129, III).⁴⁸¹

⁴⁷⁹ Art. 1º. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. § 1º. Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico (redação original). Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁴⁸⁰ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...). LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (...); LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁴⁸¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...); III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

Mas foi com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que foi apresentada a definição legal de interesses/direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, sendo também inserido no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública o termo “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (por força do art. 110 do CDC).

E o dano extrapatrimonial foi incluído, expressamente, na redação do *caput* do artigo 1º da Lei nº 7.347/85 – LACP,⁴⁸² pela antiga Lei brasileira de Defesa da Concorrência – Lei nº 8.884/94 (art. 88),⁴⁸³ que incluiu as expressões “danos morais” e “patrimoniais” para reforçar a abrangência e a extensão das demandas coletivas.⁴⁸⁴

Após destacar a citada norma do artigo 81, parágrafo único, do CDC, Xisto Tiago Medeiros Neto passa a discriminar as principais características dos direitos transindividuais em espécie, a seguir sintetizadas.

Quanto aos chamados direitos ou interesses difusos, no que concerne à sua titularidade, são marcados por uma indeterminação dos sujeitos (referem-se à própria coletividade afetada), pela indivisibilidade do objeto (por sua própria natureza: a satisfação de um indivíduo implica a satisfação dos demais), pela larga conflituosidade (lembra o exemplo dado por Rodolfo Camargo Mancuso, no sentido de que a proteção dos interesses florestais conflita com os interesses da indústria madeireira e, em decorrência, com os interesses dos trabalhadores do ramo em manterem os seus empregos) e pela ausência de um vínculo associativo entre os interessados ou de qualquer liame decorrente de uma relação jurídica base.⁴⁸⁵

Já os direitos ou interesses coletivos em sentido estrito são a expressão do direito reconhecido a uma dada coletividade, tendo como titulares um grupo determinado de indivíduos, que possuem um vínculo associativo (relação jurídica base) entre os integrantes desse grupo e apresentam, ainda, uma indivisibilidade do interesse, no sentido de que não pertencem a uma determinado indivíduo, mas sim ao grupo como um todo.⁴⁸⁶

Por fim, há os chamados interesses individuais homogêneos, que possuem uma natureza individual, mas em virtude de se originarem de uma situação comum, a tutela coletiva é autorizada; englobam uma série de pessoas atingidas pela lesão ou ameaça de dano, que, a princípio, estão dispersos, mas podem ser identificados em momento posterior. São

⁴⁸² Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁴⁸³ Atualmente revogada pela Lei nº 12.529/2011.

⁴⁸⁴ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTR Editora, 2012, p. 175.

⁴⁸⁵ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*, p. 136-138.

⁴⁸⁶ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*, p. 138-140.

marcados pela divisibilidade em relação aos sujeitos e pela inexistência de qualquer relação jurídica base, havendo, apenas, uma origem comum.⁴⁸⁷

O processualista brasileiro Antônio Gidi afirmava, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (hoje revogado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015),⁴⁸⁸ que a categoria dos direitos individuais homogêneos constitui uma ficção criada pelo Direito positivo brasileiro, com a “finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa)”.⁴⁸⁹ Concorda-se com esta opinião, razão pela qual este tipo de direito/interesse transindividual e os danos dele decorrentes são excluídos da nossa pesquisa.

A fim de que se possa ter um entendimento escoreito sobre o objeto específico do nosso estudo, qual seja, o dano extrapatrimonial coletivo, é necessário que se faça uma breve retrospectiva histórica a respeito da evolução dos direitos humanos,⁴⁹⁰ que levou a uma nova esfera de proteção da pessoa humana e que se reflete, diretamente, sobre o conceito contemporâneo adotado relativo ao dano extrapatrimonial coletivo, inclusive na visão do meio ambiente e do combate à corrupção nas esferas administrativa e civil, consoante se verificará em item próprio, como direitos fundamentais de terceira dimensão.

A questão das gerações ou dimensões dos direitos humanos, às quais está relacionada

⁴⁸⁷ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTR Editora, 2012, p. 140-144.

⁴⁸⁸ Para uma nova classificação dos interesses transindividuais, sob a inspiração do conceito de sociedade dado por Anthony Elliott e Bryan Turner (*On Society*. Cambridge: Polity Press, 2012), com correspondência às três categorias de sociedade por eles desenhadas, Edilson Vitorelli fala em litígios transindividuais tríplexes, aos quais correspondem distintas atribuições de titularidades, de acordo com a natureza da lesão: litígios transindividuais de difusão global (ocorrem no contexto de violações que não atinjam, de modo particular, a qualquer indivíduo; são direitos que pertencem à sociedade humana, representada, segundo o autor, pelo Estado nacional titular do território em que ocorreu a lesão); litígios transindividuais locais (são violações que atingem, de modo específico, a pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unidas por laços “identitários de solidariedade social, emocional e territorial”, incluindo, como se fosse “um segundo círculo”, situações em que mesmo não havendo uma identidade tão forte entre os indivíduos, eles compartilham perspectivas sociais uniformes, pelo menos no que se refere ao direito lesado) e os litígios transindividuais irradiados (que correspondem à sociedade elástica, no sentido de que a “titularidade do direito material subjacente é atribuída em graus variados aos indivíduos que compõem a sociedade, de modo diretamente proporcional à gravidade da lesão sofrida”). Edilson Vitorelli explica que, utilizando-se essa classificação, com esses conceitos, perderia relevância a distinção entre direitos difusos e coletivos, porque “tanto uns quanto outros poderão ser enquadrados em quaisquer das três categorias [globais, locais ou irradiados], de acordo com “a forma com a qual a lesão se apresenta e o tipo de sociedade à qual o direito lesado pode ser atribuído”. E, ainda, conclui o autor que as situações normalmente enquadradas como de direitos coletivos, serão, na maioria das vezes, representativas de direitos transindividuais locais, “envolvendo um grupo mais definido de pessoas, que compartilharão perspectivas sobre a lesão”. É, sem dúvidas, uma nova visão sobre o tema, que merece reflexão (o autor traz diversos exemplos interessantes para explicitar a classificação), na tentativa de aperfeiçoamento do Direito processual em prol da pessoa humana. VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETTI JR., Hermes (Coord.). *Processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 49-107, em especial, p. 88-107.

⁴⁸⁹ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 30.

⁴⁹⁰ Sobre o tema: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45-58; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33-50.

os chamados direitos fundamentais, tem por base a Teoria das gerações, lançada por Karel Vasak, em 1979, quando classificou os direitos humanos em três “gerações” ou dimensões, associando-os, cada um, aos três ideais da Revolução Francesa: liberdade (direitos de “primeira geração”); igualdade (“direitos de segunda geração”) e fraternidade ou solidariedade (“direitos de terceira geração”).⁴⁹¹ No entanto, conforme chama a atenção Ingo Sarlet, o termo geração não se revela o mais adequado, devendo-se falar em “dimensão”, principalmente porque traz uma ideia errônea de um caráter de substituição de uma geração por outra, o que não existe, afirmando que “o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade”, por se “encontrarem em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento”.⁴⁹²

Definida essa questão da nomenclatura, cabe analisar em qual dimensão se encaixariam os direitos coletivos *lato sensu*. De forma muito sintética, os direitos de primeira dimensão são verdadeiros direitos de defesa, caracterizando-se como direitos a prestações negativas por parte do Estado, que deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo: aqui estão os direitos civis e políticos; os direitos de segunda dimensão são aqueles que exigem do Estado um papel ativo e não de mero fiscalizador de normas: incluem-se aqui o direito à saúde, à educação, à previdência social etc. Esta dimensão de direitos humanos teve o seu marco fundamental nas Constituições Mexicana de 1917 e alemã – Constituição de Weimar, de 1919 e, na ótica do Direito Internacional, no Tratado de Versailles, que criou a Organização Internacional do Trabalho – OIT.⁴⁹³

No entanto, são os direitos de terceira dimensão, de titularidade coletiva ou difusa, os que especialmente nos interessam neste momento. Segundo Ingo Sarlet são aqueles “que se desprendem, em princípio, da figura do homem – indivíduo como seu titular” e “destinam-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)”, falando, ainda, a respeito do meio ambiente como direito de terceira dimensão, assim como o direito ao desenvolvimento e à autodeterminação.⁴⁹⁴ Refere expressamente:

A nota distintiva destes direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. [...]. Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou de

⁴⁹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57-60.

⁴⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45.

⁴⁹³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, p. 57-58.

⁴⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 48.

fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação.⁴⁹⁵

Há quem sustente a existência de direitos de quarta dimensão, como o constitucionalista Paulo Bonavides, lembrado por Ingo Sarlet, que seriam entendidos por aquele como direitos resultantes da globalização, como o direito à paz, por exemplo,⁴⁹⁶ mas essa é uma questão que desborda dos limites do objeto do nosso estudo.

Assim, dentro dessa terceira dimensão dos direitos humanos e fundamentais, estão os direitos extrapatrimoniais coletivos. Carlos Alberto Bittar Filho após comentar que assim como cada homem tem estima de si próprio, também a coletividade apresenta a sua autoestima, define o que considera como dano moral coletivo (para nós, dano extrapatrimonial coletivo):

Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor) idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico.⁴⁹⁷

Xisto Tiago de Medeiros Neto, após reconhecer que o mais acertado seria usar a expressão “dano extrapatrimonial coletivo” e não “dano moral coletivo”, mas que o vocábulo “moral” se consagrou pelo uso e após chamar a atenção de que o dano extrapatrimonial coletivo não se confunde, diretamente, com a ideia de demonstração de elementos como perturbação, aflição, constrangimento ou transtorno coletivo,⁴⁹⁸ define-o como:

[...] corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela comunidade, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais se distinguem pela natureza extrapatrimonial e por refletir valores e bens fundamentais tutelados pelo sistema jurídico.⁴⁹⁹

Ainda, Antonio Junqueira de Azevedo fala de uma nova categoria de danos na responsabilidade civil, ao lado dos chamados danos patrimonial e moral: os chamados danos sociais. Estes danos seriam “lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de

⁴⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 49 (grifo nosso).

⁴⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50 e 51.

⁴⁹⁷ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44-62, out./dez. 1994, p. 54 (grifo nosso).

⁴⁹⁸ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTR Editora, 2012, p. 161-162.

⁴⁹⁹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*, p. 170.

sua qualidade de vida”, admitindo a aplicação da indenização punitiva nesses casos,⁵⁰⁰ conforme se verá na parte final deste trabalho. O autor refere, ainda, que esse tipo de dano seria particularmente evidente quando se trata de segurança, “que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra de confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida”.⁵⁰¹ No entanto, afirma que nem todos os danos coletivos são sociais, o que implicaria no fato de que os conceitos não se confundem, até mesmo porque, segundo ele, os valores recolhidos a título de danos sociais deveriam ser entregues à própria vítima e não a um fundo.⁵⁰²

No entanto, dentro da perspectiva que se desenvolveu até aqui e da que será desenvolvida em relação à indenização punitiva, na medida que se entende, entre outros elementos, que deve ser ela destinada a um Fundo, o conceito de danos extrapatrimoniais coletivos ora adotado se confunde, ainda que parcialmente, com o de dano social apresentado por Antonio Junqueira de Azevedo, tendo como exemplos mais atuais e eloquentes o meio ambiente e o combate à corrupção.

Cabe, por fim, referência ao fato de que há quem não admita, no ordenamento jurídico brasileiro, a existência de um dano extrapatrimonial coletivo, mas é uma posição minoritária.⁵⁰³ A esse respeito, Nelson Rosenvald explicitamente afirma que “o dano moral coletivo, em matéria ambiental, não passa de um eufemismo”, pois, para o autor, seria uma sanção punitiva ao poluidor-pagador, “como resposta sancionatória à extrema reprovabilidade de atos antissociais”.⁵⁰⁴

Assim, de tudo o que foi exposto, pode-se falar em dano extrapatrimonial coletivo quando há uma conduta antijurídica do agente (pessoa física ou jurídica), onde são lesados interesses extrapatrimoniais, entendidos como valores reconhecidos por uma coletividade, e não só os lesivos à integridade psíquica, mas também à integridade corporal, estética, à imagem, devendo essa ilicitude ser considerada efetivamente grave pelo ordenamento jurídico. Portanto, usa-se, no presente estudo, a figura dos direitos coletivos como gênero, dos quais são espécies os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu*.

⁵⁰⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 211-218, jul./set. 2004, p. 216.

⁵⁰¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil, p. 215.

⁵⁰² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil, p. 217.

⁵⁰³ Entre esses autores pode-se citar: Rui Stoco, ao falar sobre o dano moral ambiental coletivo e o falecido Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Albino Zavascki. STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1179-1188; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 48-50.

⁵⁰⁴ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. A reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 127.

2.2 OS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA: REALIDADES CONCILIÁVEIS?

Na primeira parte desse estudo, falou-se sobre a indenização punitiva na Inglaterra e o seu desenvolvimento nos Estados Unidos da América, que teve no direito do consumidor um dos seus principais ramos de origem, desenvolvimento e aplicação, que é um direito coletivo *stricto sensu* por natureza. Por isso, embora tenha se destacado, nos itens seguintes, direitos difusos por natureza (meio ambiente e corrupção, embora esta possa vir a ter uma abrangência limitada, local, nos casos envolvendo entes privados, quando, então, será um direito coletivo *stricto sensu*), dada a sua importância e ao grau de controvérsia que despertam no momento atual, optou-se por analisar a ocorrência e a compatibilidade (ou não) desses direitos extrapatrimoniais coletivos *lato sensu* com a chamada indenização punitiva.

2.2.1 Algumas espécies de danos extrapatrimoniais coletivos

Neste tópico, cumpre analisar, especificamente, como as lesões ao meio ambiente e à própria moralidade administrativa, ao patrimônio público e até mesmo ao patrimônio privado (nas relações entre particulares) afetam os interesses extrapatrimoniais de uma coletividade e de seus cidadãos, relacionando-se o seu combate com o direito ao desenvolvimento de diversos países, inclusive o Brasil, estando o tema do desenvolvimento sustentável diretamente relacionado à questão ambiental.

2.2.1.1 Os Danos ambientais

Dentro da sociedade de risco e globalizada, sobre a qual se referiu na introdução deste trabalho, a noção de risco ambiental tem se imposto como uma das mais marcantes, produzindo novos questionamentos nesta relação entre o homem e o meio ambiente. Sidney e Sérgio Guerra asseveram que “a crise ambiental não só é parte dessa sociedade de risco, como é sua evidência” e, ainda, chamam a atenção para o fato de que a problemática ambiental começou a ser discutida “a partir do momento em que a humanidade se deu conta que a natureza havia sido dissolvida e completamente socializada”.⁵⁰⁵ E ressaltam os autores que o

⁵⁰⁵ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

risco ambiental é o resultado da associação dos riscos naturais (decorrentes dos processos da natureza) agravados pelas atividades do homem e com a ocupação dos territórios, materializando-se na possibilidade real de uma guerra nuclear, de uma calamidade ecológica e, ainda, por uma explosão populacional. Nessa sociedade de risco o meio ambiente tem sofrido alterações profundas: tufões; tornados; elevação do nível dos oceanos; desaparecimento de espécies da fauna e da flora; o aquecimento da atmosfera e mudanças climáticas (como os fenômenos da precipitação e da sazonalidade); o acúmulo crescente de lixo e resíduos industriais etc.⁵⁰⁶

Todo esse cenário produz efeitos nocivos sobre o homem, não apenas como indivíduo, mas como membro de uma coletividade e desperta, também, uma abordagem ética ao tema do meio ambiente (assim como a rediscussão da ética no mercado, como se verá posteriormente, desperta uma discussão em matéria de corrupção), destacando Maria José Varandas que:

Demosntra-se, assim, a pertinência da abordagem ética ao tema do ambiente não só porque nela se afirma a responsabilidade e o respeito como valores fundamentais na relação do humano com o Mundo (humano e não humano), mas porque a ética ambiental lança um desafio para um novo patamar de moralidade, mais inclusivo e de maior equidade intergeracional. [...]. O sucesso da ética ambiental deve-se à sua pertinência ou mesmo necessidade. Sem dúvida que todo o projecto de ética procura um futuro desejável para o humano, porquanto visa sempre a possibilidade de um Bem universal. Mais precisamente, um Bem que não exclua o Outro. Foi assim que, ao longo do tempo e de forma gradual, a comunidade moral progressivamente se alargou, incluindo todos os humanos, independentemente da cor, da religião, do gênero. [...]. Porém, será bom não esquecer que não é tanto a natureza que depende do homem, mas sobretudo, o homem que depende da natureza. Por isso, fundamentalmente, o que está em causa é, sob qualquer ângulo e abordagem, o destino da humanidade.⁵⁰⁷

O fato é que os riscos ambientais não estão limitados a um determinado tempo e espaço: os seus efeitos sofrem mudanças de significado e variam no espaço, chegando ao que se chama de “efeitos de natureza transnacional”, desenvolvendo um Direito internacional do meio ambiente.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20-21.

⁵⁰⁷ VARANDAS, Maria José. Para uma ética ambiental: percursos fundamentais. In: NEVES, Maria do Céu Patrão; MARQUES, Viriato Soromenho. *Ética aplicada: ambiente*. Portugal: Edições 70, 2017, p. 31-56, em especial, p. 54-55 (grifo nosso).

⁵⁰⁸ Na ótica internacional, não foram e não são poucos os diplomas que trataram da questão ambiental, cabendo aqui fazer um breve apanhado sob o tema, antes de se adentrar no cenário nacional. Dois diplomas europeus foram precursores em matéria de proteção ao meio ambiente: a Declaração sobre a Preservação dos Recursos de Água Doce (conhecida, também, como Carta europeia da Água) e a declaração sobre Princípios da Luta contra a Poluição do Ar, ambas de 1968, editadas pelo Conselho Europeu. Ainda, em razão do acidente do navio petroleiro Torrey Canyon, na costa inglesa da Cornualha, com o derramamento de 119.000 (cento e dezenove mil) toneladas de óleo, ocasionando a poluição de praias e a morte de inúmeras aves e peixes, foi editada, em 1969, a Convenção de Bruxelas. No entanto, foi a Conferência de Estocolmo, na Suécia, em 1972, o “grande divisor de águas” em matéria de proteção ambiental internacional, pois o tema começou a

Apenas para citar um exemplo contemporâneo, os diversos efeitos causados pelo acidente na usina nuclear de Chernobil, ocasionando abortos, deformidades, doenças crônicas de uma população, ou seja, ofensas não só a integridade corporal, mas à saúde física e psíquica de toda uma comunidade, gerando não apenas danos patrimoniais, mas extrapatrimoniais.⁵⁰⁹

Além disso, os problemas ambientais decorrem, muitos deles, de comportamentos inapropriados do ser humano, ao longo dos tempos, objetivando um desenvolvimento a qualquer custo.^{510 511}

Mas hoje, o que se busca é um desenvolvimento sustentável, que exige uma nova postura do homem diante não apenas do meio ambiente, mas de uma série de valores e

ser discutido não apenas do ponto de vista científico, mas cada vez mais, no contexto político e econômico mundial, tendo como principais objetivos tratar da poluição do ar e da chuva ácida. Com o desenrolar dos tempos, acidentes como o do navio Exxon Valdez, nos Estados Unidos, em 1988 [o qual foi abordado na primeira parte deste trabalho] e o derramamento de 1.290 (um mil duzentos e noventa) toneladas de óleo na Baía da Guanabara – Rio de Janeiro/Brasil, fizeram com que eclodissem Conferências internacionais, como a Conferência do Rio de Janeiro de 1992 (conhecida como Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, tendo o Brasil sido escolhido para sediá-la, em função da devastação da Amazônia e do assassinato do ambientalista Chico Mendes), da qual resultaram importantes documentos ambientais, como a Convenção de Diversidade Biológica (documento complexo, composto por 42 artigos e 2 anexos) e a Convenção sobre mudanças climáticas, sendo que esta somente entrou em vigor, dadas as inúmeras discussões por ela geradas, apenas em 16 de fevereiro de 2005. Posteriormente, seguiram-se, na África do Sul, em 2002, a Conferência de Joanesburgo, envolvendo discussões sobre o desenvolvimento sustentável e, novamente, em 2012, uma nova Conferência – a do Rio de Janeiro, que terminou com a aprovação de um documento intitulado “O Futuro que queremos”, que trata de temas diversos: responsabilidades diferenciadas; erradicação da pobreza; conservação e uso sustentável de oceanos e, ainda, sobre os chamados objetivos de desenvolvimento sustentável – ODS. Todas essas normas procuram tratar da questão ambiental de forma a garantir a qualidade de vida no planeta Terra. GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 29-45.

⁵⁰⁹ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de direito ambiental*, p. 22-23. Os autores relembram: “No que tange à temporalidade, tal assertiva pode ser evidenciada partindo-se do caso emblemático de Chernobil, considerado o pior acidente nuclear da história. O acidente nuclear de Chernobil, ocorrido no dia 26 de abril de 1986, na Usina Nuclear de Chernobil na Ucrânia – extinta União Soviética, produziu uma nuvem de radioatividade que atingiu a União Soviética, Europa Oriental, Escandinávia e Reino Unido. Grandes áreas da Ucrânia, Bielorrússia (Belarus) e Rússia foram contaminadas, resultando na evacuação e reassentamento de aproximadamente 200 mil pessoas. Ainda hoje existem desdobramentos pelo grande acidente ocorrido na Ucrânia. Os principais países afetados (Rússia, Ucrânia e Bielorrússia) têm suportado um contínuo e substancial custo de descontaminação e cuidados de saúde devidos ao acidente de Chernobil, sendo difícil apresentar com certeza o número de mortos causados pelo acidente nuclear”.

⁵¹⁰ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de direito ambiental*, p. 25.

⁵¹¹ Antonio Azuela, ao falar de uma proposta mais ambiciosa para se interpretar, a partir da sociologia, a crise ambiental, fala em dois caminhos essenciais, destacando a figura de sociólogos como Peter Berger, Brigitte Berger e Hansfried Kellner e de antropólogos, como Mary Douglas: o primeiro estaria na compreensão da relação do homem com a natureza e o segundo em compreender o modo em que “esse conjunto de imagens, inicialmente caótico, torna-se um debate com termos reconhecíveis”, devendo haver o que ele chama de seleção social do risco ambiental: “qualquer mudança que se queira produzir passa pela transformação de um modelo ‘para um modelo ‘sustentável’”. E, no decorrer do artigo, após propor o que classifica como sendo uma posição visionária e uma posição pragmática sobre o meio ambiente, dizendo-se mais próximo desta, conclui que as “posições extremas são desqualificadas” e que o ser humano precisa ter uma mente aberta a mudanças e contingências, o que não é tarefa simples, mas necessária na busca de soluções para o complexo problema ambiental. AZUELA, Antonio. Em torno dos fundamentos socioculturais do Direito ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito ambiental em evolução – n. 4*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 95-122, em especial, p. 99 e 111.

princípios, em especial, os relativos à dignidade da pessoa humana e à preservação da nossa própria espécie.

Ao falar sobre o desenvolvimento sustentável e o Direito internacional, Roberto de Campos Andrade explica que o princípio do desenvolvimento sustentável representa uma evolução do direito ao desenvolvimento, reconhecido como “direito humano essencial de todos a uma qualidade de vida que permita a realização e a concretização dos demais direitos humanos”, em especial, os referentes à dignidade humana e que “a proteção do meio ambiente insere-se na evolução deste reconhecido direito humano ao desenvolvimento, ao acrescer-lhe o especial atributo da sustentabilidade”.⁵¹² E, ainda, complementa o autor, dizendo que o desenvolvimento sustentável exige que “as sociedades atendam às necessidades humanas, tanto aumentando o potencial de produção, quanto assegurando a todos as mesmas oportunidades”,⁵¹³ demonstrando que o desenvolvimento de atividades econômicas não é incompatível com um meio ambiente sadio.

É imprescindível, aqui, fazer referência a respeito da existência de uma discussão sobre a formação e desenvolvimento de um terceiro pacto internacional de Direitos Humanos ao Meio Ambiente, conforme ressaltado por Michel Prieur, em palestra proferida em 06 de setembro de 2018, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Durante a exposição, o professor francês colocou a necessidade de formação de um pacto em matéria ambiental como pilar dos direitos humanos e da democracia, com a consagração de conquistas jurídicas recentes na perspectiva mundial, explicando que as iniciativas para a elaboração de um documento nesse sentido têm sido tomadas por vários segmentos, incluindo a classe política (a exemplo do Projeto apresentado, em 2017, pelo Presidente francês Emmanuel Macron e pelo Presidente do Conselho Institucional francês Laurent Fabius, de um pacto global para o Meio Ambiente); organizações não governamentais e acadêmicos. O conteúdo deste Pacto seria estabelecer direitos e obrigações na esfera ambiental entre países, como, por exemplo: direito a um meio ambiente sadio; direito a um nível elevado de proteção e não de regressão, incluindo a questão da reparação integral dos danos; o direito à água e à alimentação etc.⁵¹⁴

⁵¹² ANDRADE, Roberto de Campos. Desenvolvimento sustentável e Direito internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. São Paulo: Manole, 2005, p. 325-389. p. 338.

⁵¹³ ANDRADE, Roberto de Campos. Desenvolvimento sustentável e Direito internacional, p. 355.

⁵¹⁴ Durante a mencionada palestra, Michel Prieur afirmou a imprescindibilidade desse pacto, tendo em vista que não há um Tratado Internacional a respeito do meio ambiente, o que faz surgir a discussão a respeito da natureza jurídica desse pacto. Há um projeto de documento, elaborado em 2017, pela CIDCE – International Center for Comparative Environmental Law. Mas qual seria a forma de efetivação desse pacto? Poderia se dar através de três opções: a) como uma declaração de *soft law* (ONU); b) como um Tratado Internacional de

Essa é uma visão contemporânea que aborda o direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental, de terceira dimensão, conforme classificação da qual se falou anteriormente, o que está materializado no artigo 225 da Constituição Federal brasileira, conforme se verá a seguir.

2.2.1.1.1 A configuração do meio ambiente sadio como um direito fundamental na Constituição Federal de 1988

Andreas Joachim Krell refere que a "insegurança ecológica" tem sido um dos grandes desafios do Estado Constitucional brasileiro e que o artigo 225 da Carta Magna vigente⁵¹⁵ estabeleceu um direito fundamental em uma norma na qual o catálogo de direitos é aberto (art. 5º, § 2º).⁵¹⁶ E constituindo um autêntico direito fundamental, ressalta o autor a sua característica de indivisibilidade:

Como expressão de sua indivisibilidade, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estende e reforça o significado dos direitos à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (arts. 6º, 196 s.), além da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), para garantir uma vida saudável e digna que propicie o desenvolvimento humano. Assim, o conceito de dignidade está aberto e em constante mutação, reconstruindo-se permanentemente em razão da evolução cultural de uma sociedade e da inserção de novos valores ao seu conteúdo, ampliando a condição existencial humana além da dimensão estritamente biológica (Fensterseifer, 2008, p. 61 ss.).⁵¹⁷

Krell ainda explica que a relação entre o meio ambiente e os direitos fundamentais é de reciprocidade: o meio ambiente é imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais,

Direito ambiental (esta é a proposta do projeto Macron-Fabius) ou c) como um Tratado internacional de direitos humanos, a ser encaminhado via Conselho de Direitos Humanos e Assembleia Geral da ONU. Há um grupo de trabalho especial do CIDCE (do qual o Professor Michel Prieur faz parte) que trabalha na formação e divulgação dessa última alternativa (tratado internacional de direitos humanos), que foi encaminhada para a ONU em fevereiro de 2017. O grupo (que é aberto) vai se reunir em Nairobi, em 2019, para examinar a viabilidade do uso de um instrumento internacional para a defesa do meio ambiente como um direito humano fundamental e, ainda, no final de 2019, haverá uma Conferência intergovernamental a respeito do assunto, para decidir a respeito da utilização do instrumento mais adequado. Maiores informações disponíveis em: <<https://cidce.org>>. Acesso em: 07 set. 2018.

⁵¹⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2018.

⁵¹⁶ KRELL, Andreas Joachim. Comentários ao art. 225, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2178.

⁵¹⁷ KRELL, Andreas Joachim. Comentários ao art. 225, caput, p. 2179.

pois "a vida humana ocorre ambientalmente" e, ao mesmo tempo, os direitos humanos superam diversos obstáculos que se interpõem entre os seres humanos e uma efetiva proteção da natureza.⁵¹⁸

O objeto do artigo 225 não se refere apenas ao meio ambiente natural (água, ar, solo, flora e fauna), mas também ao meio ambiente artificial (construído pelo homem) e ao meio ambiente cultural, sendo que quando a Constituição Federal menciona qualidade de vida, ela está relacionando o direito ao meio ambiente "à saúde física e psíquica e ao bem-estar espiritual do ser humano".⁵¹⁹

Antonio Herman Benjamin, ao abordar a necessidade de um regime especial para a responsabilidade civil ambiental, afirma:

Antes de mais nada, o bem jurídico tutelado integra a categoria daqueles valores fundamentais da nossa sociedade. Com a proteção do meio ambiente salvaguardamos não só a vida nas suas várias dimensões (individual, coletiva e até das gerações futuras), mas as próprias bases da vida, o suporte planetário que viabiliza a existência da integralidade dos seres vivos. Outro não é o sentido da norma constitucional brasileira ao caracterizar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem 'essencial à sadia qualidade de vida'.⁵²⁰

O meio ambiente é considerado um bem de uso comum do povo, de acordo com o artigo 99, I, do atual CCB,⁵²¹ sendo um "patrimônio de titularidade difusa, que se projeta para o futuro e atenta para a qualidade de vida das futuras gerações".⁵²²

Esse regime especial do bem ambiental também traduz a inexistência de direito adquirido à poluição ou degradação, sendo a sua proteção informada por vários princípios especiais, entre eles, os Princípios da Precaução e o do Poluidor-Pagador.

O Princípio da Precaução está ligado à ideia de incerteza. Benjamin explica que este princípio inaugurou uma nova fase no Direito ambiental, no sentido de que o ônus da prova do efeito negativo (=ofensividade) é do degradador ambiental e não da coletividade

⁵¹⁸ KRELL, Andreas Joachim. Comentários ao art. 225, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2179.

⁵¹⁹ KRELL, Andreas Joachim. Comentários ao art. 225, caput, p. 2179.

⁵²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. *BDJur*, Brasília, DF, p. 11. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8632>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

⁵²¹ Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2018.

⁵²² STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 83-84.

atingida.⁵²³ Com isso, fica caracterizada a responsabilidade objetiva, com base na Teoria do risco integral.

Aqui, cumpre deixar claro que o Código Civil brasileiro, no que tange à responsabilidade objetiva, adotou, conforme se viu ao abordar o nexos de causalidade, a Teoria do Risco criado, mas lá a relação entre os sujeitos é uma relação de igualdade, o que importa admitir a existência de prova em contrário do nexos causal, o que não ocorre na responsabilidade civil ambiental, que tem por fundamento a Teoria do Risco integral.

Na responsabilidade civil objetiva, prevista no CCB, apenas se admite a sua exclusão em casos específicos, tais como, por exemplo, o caso fortuito e a força maior. Nesse sentido, já advertia Sílvio de Salvo Venosa:

A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito.⁵²⁴

Na responsabilidade ambiental, essa situação é totalmente diversa, por força do próprio texto constitucional. Nesse sentido ressalta José Rubens Morato Leite:

[...] a posição doutrinária e jurisprudencial dominante é pela não incidência das excludentes de responsabilidade do Código Civil (por exemplo, caso fortuito externo e força maior) nas demandas ambientais, bem como pela imprescritibilidade da ação reparatória quando se trata de dano ao macrobem ambiental, de interesse comunitário.⁵²⁵

Outro princípio fundamental na esfera ambiental é o do Poluidor-Pagador: significa, de forma simples, que "quem suja, limpa". E explica Benjamin que esse princípio determina que "o poluidor deve assumir os custos das medidas necessárias a garantir que o meio ambiente permaneça em um estado aceitável, conforme determinado pelo Poder Público" e que representa o fato de que "os custos da produção não devem ser externalizados".⁵²⁶

Por outro lado, sendo o meio ambiente um dos direitos fundamentais previstos na

⁵²³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. *BDJur*, Brasília, DF, p. 20. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8632>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

⁵²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45.

⁵²⁵ LEITE, José Rubens Morato. Comentários ao art. 225, § 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2208.

⁵²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado, p. 21. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8632>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

Carta Política atual, um direito de terceira dimensão, como se explicou anteriormente, são seus titulares não apenas as pessoas físicas, mas a sociedade como um todo, inclusive potenciais sujeitos de direito, conforme menciona Andreas Joachim Krell, a fim de que sejam asseguradas "as condições para uma futura vida humana em dignidade, o que proíbe alterar, irreversivelmente, os ecossistemas".⁵²⁷

O Supremo Tribunal Federal brasileiro adota essa posição do meio ambiente como um direito fundamental de terceira dimensão, que tem como fundamento a fraternidade e a solidariedade, visando à proteção de interesses coletivos em sentido lato.⁵²⁸

Ao direito fundamental de usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, corresponde o dever fundamental de não lesar, o qual é direcionado ao Estado, à sociedade e ao indivíduo.⁵²⁹

Herman Benjamim chama a atenção para o fato de que sempre há riscos e benefícios na constitucionalização do direito ambiental. Mas os benefícios superam, em muito, os riscos que, no caso, segundo o autor, seriam de interesse meramente acadêmico.⁵³⁰

2.2.1.1.2 O direito ao meio ambiente sadio como interesse difuso e sua violação como causa de um dano extrapatrimonial coletivo

Conforme visto em subitem anterior, o dano extrapatrimonial coletivo deve ser considerado não só aquele ofensivo à integridade psíquica dos indivíduos, mas também aquele que atinge direitos extrapatrimoniais de toda uma coletividade.

Ricardo Luis Lorenzetti lembra que o ambiente “não é um simples acúmulo de elementos, pois estes estão equilibradamente inter-relacionados, como um *macro bem*

⁵²⁷ KRELL, Andreas Joachim. Comentários ao art. 225, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2.180.

⁵²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22164-0/SP. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, 30 out. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

⁵²⁹ KRELL, Andreas Joachim. Comentários ao art. 225, caput, p. 2.181.

⁵³⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69-82. Neste livro, Herman Benjamim menciona que há várias vantagens com a constitucionalização do direito ambiental, destacando-se: o dever constitucional genérico de não degradar; a ecologização da propriedade e de sua função social; a proteção ambiental como um direito fundamental; a legitimação da função estatal reguladora; a redução da discricionariedade administrativa em matéria ambiental e ampliação da participação pública. Os riscos estariam representados na constitucionalização de conceitos, direitos, obrigações e princípios mal compreendidos, vagos demais ou até mesmo superados; no procedimento mais rigoroso para a modificação da norma constitucional, dificultando a sua atualização, em uma área essencialmente dinâmica e um receio de "normas constitucionais retóricas".

coletivo” e que é imprescindível admitir o direito privado “como proteção de bens coletivos”, porque esse ramo do Direito, na atualidade, teve uma mudança de enfoque, baseada na atuação dos indivíduos, na sociedade de massa, que “não é indiferente no que diz respeito aos demais indivíduos e aos bens públicos”.⁵³¹ E, complementa o jurista argentino, afirmando que na medida em que se reconhecem bens coletivos, “há também um dano dessa categoria derivado da lesão desse bem”. A titularidade da pretensão ressarcitória não é individual porque “o bem afetado não o é; é grupo no caso em que se tenha concedido a um grupo a legitimação para atuar ou, ainda, que se houve difusão”.⁵³²

Complementando a ideia do dano extrapatrimonial ambiental como um direito difuso, é interessante destacar a doutrina de Lidia María Rosa Garrido Cordobera – professora da Universidad Javeriana da Colômbia, por ser um sistema jurídico muito similar ao nosso. Garrido Cordobera coloca que o direito ao meio ambiente sadio é uma decorrência do próprio direito à vida: quando se ofende interesses de uma comunidade, relativos à qualidade do ar, à qualidade da água, por exemplo, está se atingindo a vida das pessoas, referindo, ainda, que a degradação ambiental configura um abuso das coisas comuns.⁵³³

É bom ressaltar que, pela concepção de danos extrapatrimoniais que se está adotando, não apenas a lesão ao meio ambiente em si (qualidade da água ou do ar) como também os danos causados à coletividade, no sentido da imagem que uma população, que uma Nação tem perante os demais povos de combater ou estimular práticas degradatórias ao meio ambiente pode ser considerada como um dano extrapatrimonial ambiental coletivo.

Ainda, Garrido Cordobera sustenta a independência entre os danos ambientais coletivos e os danos ambientais individuais, mencionando a existência de duas correntes sobre o tema, filiando-se à corrente ampliativa:

Os danos coletivos incidem sobre a coletividade propriamente dita e os sujeitos que resultam afetados o são por constituírem parte integrante da comunidade; este dano coletivo não surge da simples soma dos danos individuais, senão apresenta uma dimensão própria e uma autonomia que os caracterizam, conforme temos sustentado, afetando simultânea e coincidentemente a sociedade. Tal é a independência dos danos coletivos que podem existir sem a ocorrência dos danos particulares em sentido estrito, ao afetar o entorno, o equilíbrio ecológico sem causar dano a um sujeito em sua saúde ou patrimônio. Diante da possibilidade de aplicar normas do Código Civil nesta matéria surgem duas posições definidas e diametralmente opostas: uma, restritiva, e outra, ampla e integradora.

É certo que frente ao problema ambiental as normas clássicas de responsabilidade

⁵³¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. O Direito e o desenvolvimento sustentável – teoria geral do dano ambiental moral. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 28, p. 139-149, out./dez. 2002, p. 140-141.

⁵³² LORENZETTI, Ricardo Luis. O Direito e o desenvolvimento sustentável, p. 143.

⁵³³ GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa. *Los daños colectivos*. Prospectiva general. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009, Colección internacional n. 10, p. 229 e 231.

não brindam com proteção suficiente as vítimas dos danos ambientais e é por isso que opinamos que no Direito de Danos, com sua dimensão mais ampla e com a confluência das disposições de Direito Público e de Direito Privado, pode nos dar uma solução.⁵³⁴

Também, no Brasil, José Rubens Morato Leite oferece uma definição acerca do dano extrapatrimonial ambiental, que permite bem identificar os seus efeitos diretos (lesão ao macrobem) e também os que o autor menciona como reflexos (lesão aos microbens):

A responsabilização pelo dano ambiental extrapatrimonial ou moral, já prevista no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, autoriza-se pelo art. 5º, V e X, da CF e é fundamental para a integralização da reparação exigida pelo texto constitucional sob análise. O dano extrapatrimonial possui caráter subjetivo quando importa em degradação ou sofrimento físico ou psíquico do indivíduo (chamado dano reflexo). O dano extrapatrimonial é de caráter objetivo quando não repercute exclusivamente na vítima individual, mas diretamente no meio social, ou seja, atinge valores imateriais da coletividade, como a qualidade de vida.⁵³⁵

Mas como a lesão ao meio ambiente pode se caracterizar como causa de uma lesão a direito extrapatrimonial coletivo? É necessário provar o nexos causal entre o dano e a conduta degradadora ambiental ou este nexos causal é flexibilizado?

A resposta a esta questão está intimamente relacionada com a previsão constitucional, no Brasil (art. 225, § 3º, da Carta Magna vigente), da responsabilidade ambiental como objetiva, com as discussões vistas no item anterior.

Se a responsabilidade é objetiva, por força constitucional e se o direito ao meio ambiente sadio é um direito fundamental, toda vez que houver uma diminuição na qualidade de vida de uma população, haverá um dano extrapatrimonial coletivo decorrente de ofensa ao meio ambiente que afetou uma comunidade, sem prejuízo da existência do dano

⁵³⁴ GARRIDO CORDOBERA, Lúcia María Rosa. *Los daños colectivos*. Prospectiva general. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009, Colección internacional n. 10, p. 229 e 230, (trad. nossa). No original: “Los ‘daños colectivos’ inciden sobre la colectividad propiamente dicha y los sujetos que resultan dañados lo son por ser parte integrante de la comunidad; este daño colectivo no surge de la simple suma de los daños individuales, sino que presenta una dimensión propia y una autonomía que los caracterizan, como hemos sostenido, afectando simultánea y coincidentemente la sociedad. Tal es la independencia de los daños colectivos que pueden existir sin la ocurrencia de los daños particulares en sentido estricto, al afectar el entorno, el equilibrio ecológico sin causar daño a un sujeto en su salud o patrimonio. Ante a la posibilidad de aplicar normas del Código Civil en esta materia surgen dos posiciones definidas y diametralmente opuestas: una, restrictiva, y otra, amplia e integradora. Es cierto que frente al problema ambiental las normas clásicas de responsabilidad no brindan con protección suficiente a las víctimas de los daños ambientales, y es por eso que opinamos que en el Derecho de Daños, con su dimensión más amplia y con la confluencia de las disposiciones de Derecho Público y de Derecho Privado, puede darnos una solución.”.

⁵³⁵ LEITE, José Rubens Morato. Comentários ao art. 225, § 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2207 (grifo nosso).

extrapatrimonial individual. No Brasil, há uma adoção da Teoria do risco integral em matéria de responsabilidade ambiental, o que implica não admitir qualquer excludente de ilicitude, como, por exemplo, o caso fortuito e a força maior, posição majoritária na doutrina brasileira e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mas nem sempre seguida, na integralidade (questão da adoção ou não do risco integral na responsabilidade objetiva) pelos Tribunais de Justiça estaduais.⁵³⁶

Bruno Miragem chama a atenção para o fato de não se admitir, pela especialidade da responsabilidade civil ambiental, a exclusão de responsabilidade em razão de causas tradicionais de afastamento do nexos causal e menciona expressamente que desse fato se extrai como consequência a “restrição à invocação das excludentes do nexos de causalidade”, definindo-se o “fundamento da responsabilidade objetiva por danos ambientais como o risco integral”.⁵³⁷

No mesmo sentido, é a doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso, ao falar sobre a responsabilidade civil no que se refere aos danos extrapatrimoniais coletivos, incluindo o dano ambiental:

De maneira geral, tem-se admitido que a responsabilidade, em matéria de interesses metaindividuais, em princípio, deve ser objetiva, ou mesmo do risco integral, as únicas que podem assegurar uma proteção eficaz a esses interesses. [...]. Também nos parece ser de natureza objetiva a responsabilidade pelos danos morais (= extrapatrimoniais) inflingidos ao meio ambiente, no sentido de que esse dever de reparar decorre da configuração, no caso concreto, do binômio dano-nexos causal.⁵³⁸

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que inicialmente discutia o cabimento (ou não) do dano extrapatrimonial coletivo, passou a admiti-lo com base em uma decisão proferida envolvendo dano ambiental no Complexo Parque do Sabiá, localizado em Uberlândia – Minas Gerais. Neste acórdão, a Ministra Eliana Calmon se manifestou no sentido de que o dano extrapatrimonial coletivo ambiental é aquele “que atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado”.⁵³⁹

⁵³⁶ Conforme visto no item relativo aos direitos difusos, muito poucos, ou quase inexistente, é a doutrina brasileira que se manifesta em contrariedade ao dano extrapatrimonial ambiental, estando reduzida nas figuras de Rui Stoco, do hoje falecido Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Albino Zavascki e de Nelson Rosendal.

⁵³⁷ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 470-471.

⁵³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.326 e 332.

⁵³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1269494/MG*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 24 set. 2013. AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ.

E, mais recentemente, em caso envolvendo derramamento de amônia no Rio Sergipe, também o Superior Tribunal de Justiça se manifestou pela indenização do dano extrapatrimonial coletivo, condenando a PETROBRAS a pagar à comunidade um valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), mantendo a quantia estabelecida pelo E. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que reformou, por considerar excessivo, o valor inicialmente aplicado em primeiro grau, que foi de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).⁵⁴⁰

No mesmo sentido da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cumpre referir excerto do voto da Relatora em recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, envolvendo a extração irregular de saibro e de cascalho no Município de Santa Cruz do Sul, deixando claro a existência de responsabilidade objetiva, com base no risco integral:

OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI 7.347/1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO. 1. (...). 2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microsistema de tutela coletiva. 3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. 5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual quantum debeatur. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁵⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1355574/SE*. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região). Brasília, 16 ago. 2016. PROCESSO CIVIL. AMBIENTAL. POLUIÇÃO DO RIO SERGIPE/SE. DERRAMAMENTO DE DEJETOS QUÍMICOS. MORTANDADE DE TONELADAS DE ANIMAIS MARINHOS. DANO MORAL COLETIVO. ALEGATIVA DE LITISPENDÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DO DANO. ALEGATIVA DE CASO FORTUITO AFASTADA. REVISÃO. REEXAME DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. 1. A demanda foi ajuizada em virtude do derramamento de amônia ocorrido no Rio Sergipe/SE, ocasionado pela obstrução de uma das canaletas da caixa de drenagem química da Fábrica de Fertilizantes Nitrogenados da Cidade de Maruim/SE, unidade operacional da sociedade empresária ora recorrente, o que acarretou o vazamento de rejeitos químicos que contaminaram as águas daquele rio, resultando na mortandade de aproximadamente seis toneladas de peixes, alevinos, crustáceos e moluscos. 2. [...]. 3. [...]. 4. O STJ já reconheceu o cabimento da aplicação cumulativa da indenização por danos morais coletivos com a condenação ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer no âmbito da ação civil pública, inclusive, com fundamento no art. 3º da Lei n. 7.347/85. Confira-se: REsp 1.269.494/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/9/2013, DJe 1º/10/2013. 5. O aresto recorrido afastou a alegativa de caso fortuito, sob o fundamento de que o acidente decorreu de fatos internos à própria unidade industrial, relacionados com a deficiência do projeto de drenagem dos dejetos químicos e a precária manutenção das respectivas canaletas. A revisão dessas conclusões, contudo, não é cabível no âmbito do recurso especial, por implicar o revolvimento das provas dos autos, nos termos da Súmula 7/STJ. 6. O Tribunal a quo reduziu o valor da condenação estipulada na sentença a título de danos morais coletivos para fixá-la em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), a partir da análise das circunstâncias fáticas na lide, a exemplo da repercussão do dano e das condições econômicas do infrator. A revalorização desses elementos, por seu turno, mormente quando não demonstrado o caráter manifestamente excessivo da indenização, atrai a incidência da Súmula 7/STJ. 7. [...]. 8. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 out. 2018.

Por um lado, é importante insistir no fato de que a responsabilidade civil ambiental resulta de um sistema próprio e autônomo no contexto da responsabilidade civil, com regras especiais que se aplicam à matéria, em detrimento das normas gerais do Código Civil que com elas não sejam compatíveis. Nesse sentido, a responsabilidade civil por danos ambientais está sujeita a um regime jurídico específico, instituído a partir da Constituição Federal e da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que não inclui qualquer norma mitigadora da reparação integral do dano, sendo derogatório, portanto, em tal aspecto, do regime geral do Código Civil.⁵⁴¹

E, ainda, admitindo especificamente a responsabilidade civil em matéria de danos extrapatrimoniais coletivos ambientais, envolvendo o meio ambiente cultural, cabe reproduzir excerto do voto do Relator do Tribunal de Justiça gaúcho:

[...]. Nesse sentido, mostra-se impositiva a reforma da sentença, a fim de ser reconhecida a responsabilidade do Município de Bagé pela demolição irregular do imóvel inventariado, com a consequente condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 101.953,49 (cento e um mil, novecentos e cinquenta e três reais e quarenta e nove centavos), correspondente ao valor venal do imóvel (fl. 62). Ante o exposto, provejo o recurso de apelação.⁵⁴²

A mesma posição, no sentido da admissibilidade dos danos extrapatrimoniais coletivos em matéria ambiental, adotando a Teoria do risco integral, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, em Câmara reservada ao Meio Ambiente, citando-se como exemplo um caso de vazamento de ácido sulfúrico no Rio Jacaré, tendo o Relator expressamente afirmado, em seu voto, que “considerando-se o abalo à coletividade, ainda que aleguem os apelantes que fizeram o necessário para minimizar o ocorrido, pois patente a intranquilidade social da população” o valor da indenização por dano extrapatrimonial coletivo era mantido.⁵⁴³

No atual cenário brasileiro, impõe-se lembrar aqui a questão dos danos extrapatrimoniais coletivos ocasionados às comunidades pelo rompimento de barragens, o que ocorreu em Mariana e, mais recentemente, em Brumadinho.

Em 2015, mais precisamente, em 05 de novembro, em Bento Rodrigues, cerca de 35 Km do centro do município de Mariana, Minas Gerais, houve o rompimento de uma barragem de rejeitos de minério de ferro conhecida como “Fundão”, controlada pela Sanmarco

⁵⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70077239051*. Relatora: Laura Louzada Jaccottet. Porto Alegre, 14 nov. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁵⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70075573261*. Relator: Des. Sérgio Luiz Grassi Beck. Porto Alegre, 22 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 19 set. 2018.

⁵⁴³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação nº 1001938-58.2014.8.26.0281*. Relator: Des. Marcelo Martins Berthe. São Paulo, 08 fev. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 19 out. 2018.

Mineração, empreendimento em conjunto com a brasileira Vale S.A. e da anglo-australiana BHP Billiton. Cerca de 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos devastaram o local, tendo a lama atingido, inclusive, o Rio Doce (que banha os estados brasileiros de Minas Gerais e Espírito Santo) com impactos no abastecimento de água, danos culturais a monumentos históricos do período colonial brasileiro, com prejuízos à fauna e flora, extinção de espécies, sem falar nas lesões ao turismo e à atividade pesqueira (26 espécies de peixes desapareceram no local), deixando 19 (dezenove) mortos e desaparecidos com, aproximadamente, 600 (seiscentas) famílias desabrigadas e um índice de desemprego, na época, em torno de 23% (vinte e três por cento). Embora a empresa tenha sido multada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA em R\$ 250 milhões de reais, em 2017, só tinha pago cerca de 1% (um por cento) desse valor.⁵⁴⁴

E de uma forma inaceitável, numa atitude de claro desrespeito ao meio ambiente e às inúmeras famílias e cidadãos que viviam na região, em 25 de janeiro do presente ano (2019), também no Estado de Minas Gerais, em Brumadinho, envolvendo a mesma empresa Vale S.A., ou seja, menos de três anos após o supramencionado acidente de Mariana, repetiu-se o episódio. Não tocou o alarme da empresa e a barragem se rompeu, provocando uma verdadeira tragédia na vida de diversos brasileiros (as regiões mais atingidas foram o Córrego do Feijão e o Parque da Cachoeira), produzindo a morte de 310 (trezentas e dez) pessoas, destruindo casas, plantações e contaminando parte do Rio Paraopeba (afluente do Rio São Francisco). Novamente, muitos foram os danos extrapatrimoniais coletivos na vida dessas famílias que não apenas sofreram pela perda dos seus entes queridos, mas pela falta da força de trabalho e da fonte de seu sustento, sem que a empresa tenha, até o momento, adotado alguma medida realmente efetiva para, ao menos, compensar as pessoas atingidas e fornecer-lhes algum conforto, apesar das inúmeras reuniões oportunizadas entre os interessados.⁵⁴⁵

Esses dois últimos casos citados deixam bastante evidente a possibilidade e a realidade da ocorrência dos danos extrapatrimoniais coletivos em matéria ambiental e a necessidade imperiosa de uma ressignificação das funções da responsabilidade civil na moderna sociedade de massas.

⁵⁴⁴ BEZERRA, Juliana. Desastre de Mariana. Disponível em: <www.todamateria.com.br/desastre-de-mariana>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁵⁴⁵ Brumadinho: as consequências para os sobreviventes e familiares das vítimas. Programa Profissão Repórter. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/7566388/programa>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

2.2.1.2 Os Danos ocasionados pela corrupção

Não apenas um meio ambiente sadio é responsável pelo desenvolvimento sustentável de uma nação ou de uma sociedade, mas também o combate à prática dos atos de corrupção é um meio necessário para a realização dessa finalidade.

A corrupção é conhecida pelo homem desde a Roma antiga, onde um fragmento da Lei das XII Tábuas atribuía pena de morte para os juízes corrompidos e foi acompanhando o homem no desenvolver da sua história, sem limites de fronteiras, raças ou religião. Em época não tão distante, no Código de Napoleão de 1810, por exemplo, começou a ideia de punir condutas que atingissem os recursos públicos e, a partir daí, foram sendo editadas várias legislações, no mundo, a respeito do assunto.⁵⁴⁶

O fato é que corrupção é um fenômeno internacional. Segundo afirmou Antônio Guterres, Secretário-Geral da ONU, “a corrupção e a impunidade são corrosivas, gerando frustração e mais corrupção, quando indivíduos não conseguem ver outra maneira de atingir os seus objetivos”.⁵⁴⁷ Também lembrando a conexão necessária entre os recursos de uma boa governança e o desenvolvimento sustentável – Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, o Presidente da Assembleia-Geral da ONU – Miroslav Lajčák – afirmou que: “Se quisermos alcançar os objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS), devemos tomar medidas concretas. Isso significa boa gestão de recursos. Significa angariar fundos”.⁵⁴⁸

O conceito de corrupção, antes de se adentrar no caso específico do Brasil e da nossa Lei nº 12.846/2013, é um conceito complexo, com inúmeras variantes, inclusive sociológicas,⁵⁴⁹ contemplando agentes públicos e também privados, com um combate internacional feito através de diversas normas, com diferentes propostas, entre elas, a de manter um sistema saudável e impedir práticas que turbassem o mercado (inicialmente), destacando-se, entre elas, por sua importância: o *Foreign Corrupt Practice Act* – FCPA (1977 – Estados Unidos da América – seria uma lei de práticas contra a corrupção),⁵⁵⁰ a Convenção

⁵⁴⁶ PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

⁵⁴⁷ Combate à corrupção “do topo para baixo” é essencial. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/combate-a-corrupcao-do-topo-para-baixo-e-essencial-diz-chefe-da-onu>>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁵⁴⁸ Combate à corrupção “do topo para baixo” é essencial. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/combate-a-corrupcao-do-topo-para-baixo-e-essencial-diz-chefe-da-onu>>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁵⁴⁹ Para uma análise também sociológica do conceito de corrupção, contemplando várias esferas do Direito: GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. *Revista da Escola da Magistratura*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 203-245, 2004.

⁵⁵⁰ Para uma visão específica do combate à corrupção nos Estados Unidos da América, com o pagamento de propinas, suborno por empresas, fraudando o governo ou ferindo, gravemente, interesses privados, com a aplicação das mais altas penalidades do sistema legal americano, através do FCPA e de uma espécie de Lei

da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (1997),⁵⁵¹ firmada e ratificada por vários países, entre eles, o Brasil e a Alemanha,⁵⁵² a Convenção Civil Europeia contra a Corrupção (há, também, uma Convenção Penal sobre o tema) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Brasil em 2006.⁵⁵³

De todos esses diplomas, afigura-se o mais importante a Convenção da ONU, pela sua amplitude em tratar o assunto, não apenas sob a perspectiva econômica, mas também humana, tendo trazido, em seu art. 35, o aspecto específico da indenização pelos prejuízos causados pela corrupção:

Artigo 35

Indenização por danos e prejuízos

Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, para garantir que as entidades ou pessoas prejudicadas como consequência de um ato de corrupção tenham direito a iniciar uma ação legal contra os responsáveis desses danos e prejuízos a fim de obter indenização.⁵⁵⁴

Hoje, tanto no Brasil quanto no cenário mundial, muito se discute a respeito da relação entre os direitos humanos e a corrupção,⁵⁵⁵ e alguns autores debatem a questão se haveria, até mesmo, um direito humano fundamental em ser livre da corrupção (os que o aceitam, “encaixam” a corrupção, dentro daquela classificação de dimensões dos direitos humanos e

Federal de Alegações Falsas – FCA, com destaque para várias questões práticas interessantes como, por exemplo: quando uma empresa possui algum programa para impedir, interromper ou “remediar” a prática de atos de corrupção, pelos seus funcionários, a indenização punitiva deve ser aplicada? SCHWARTZ, Victor E.; GOLDBERG, Phil. Carrots and sticks: placing rewards as well as punishment in regulatory and tort law. *Harvard Journal on Legislation*; v. 51, n. 2, p. 315-363, jun. 2014.

⁵⁵¹ Para um enfoque específico sobre a corrupção internacional, com um exame completo da perspectiva histórica sobre o assunto, discutindo as formas para a sua abordagem, tratando, inclusive, da Convenção da OCDE: DAVIS, Frederick T. Where are we today in the international fight against overseas corruption: an historical perspective, and two problems going forward. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 23, n. 2, Inverno 2017, p. 337-344.

⁵⁵² A OCDE é uma organização pública internacional, formada pela associação de vários países, com o objetivo de promover políticas que proporcionem uma melhoria das condições econômicas das nações e o bem-estar econômico-social das pessoas. A Alemanha ratificou a Convenção da OCDE em setembro de 1998 e editou, ainda, o Ato de Combate à Corrupção de Autoridades Públicas estrangeiras em Transações Internacionais. Já o Brasil firmou a Convenção em 1997 e a ratificou em 2000. PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19 e 26-27.

⁵⁵³ PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção*, p. 23-29.

⁵⁵⁴ Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018

⁵⁵⁵ Esta é uma posição destacada, no Brasil, entre outros, por: MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTR Editora, 2012, p. 147-153. Também a respeito do tema, no Direito comparado, incluindo discussões sobre os benefícios e os riscos (por exemplo, os privilégios concedidos aos indivíduos em detrimento dos direitos coletivos *lato sensu*) dessa ligação entre corrupção e direitos humanos: KOFELE-KALE, N. The right to a corruption – free society as an individual and collective human right: elevating official corruption to a crime under international law. *International Lawyer*, v. 34, n. 1, p. 149-178, Abr. 2008.

fundamentais referida por Ingo Sarlet, como um direito de terceira dimensão). Posição interessante é a apresentada por Anita Ramasastry que, em artigo recente sobre o tema, sustenta que não é necessário se chegar a esse ponto, extraindo, justamente, do supracitado art. 35 da Convenção da ONU contra Corrupção, recursos legais para as suas vítimas sendo um instrumento para a sociedade civil construir um direito exequível de estar livre da corrupção, enfocando os principais desafios recentes na área, entre eles, o de recuperar os ativos desviados com a corrupção e a procura de um remédio para os danos públicos causados pela chamada corrupção sistêmica.⁵⁵⁶

Ressaltando a importância da Convenção da ONU contra corrupção para o seu combate no mundo e no Brasil, afirmam Petrelluzzi e Risek Junior:

Cremos, pois, que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é um importante marco legal no conjunto de normas anticorrupção, que não pode deixar de ser levada em conta, inclusive como suporte para a interpretação das normas legais nacionais.⁵⁵⁷

E é justamente com base neste diálogo das fontes que cumpre estabelecer ou, ao menos, oferecer um norte sobre o complexo conceito de corrupção, em termos globais, para que se possa falar, a seguir, sobre a corrupção no Brasil.

A verdade é que não há unívoco significado, variando de acordo com o tempo e lugar em que é produzido. Mas Frank Anechiarico, em obra destinada ao estudo da corrupção, inclusive no aspecto referente à multiplicidade de normas, aos seus efeitos sobre os governos democráticos e, também, sobre o direito dos cidadãos de terem uma boa vida, ao tentar definir corrupção, lembra das palavras do então Secretário-Geral da ONU, Kofi Atta Annan, em 2004, que inclui os múltiplos aspectos da corrupção:

A corrupção é uma praga insidiosa que tem uma ampla gama de efeitos corrosivos nas sociedades. Mina a democracia e o Estado de Direito, conduz a violações dos direitos humanos, distorce os mercados, corrói a qualidade de vida e permite o florescimento do crime organizado, do terrorismo e de outras ameaças à segurança humana. Esse fenômeno maligno é encontrado em todos os países - grandes e pequenos, ricos e pobres - mas é no mundo em desenvolvimento que seus efeitos são mais destrutivos.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ RAMASASTRY, Anita. Is there a right to be free from corruption? *U.C. Davis Law Review*; v. 49, capítulo 2, p. 703-739, Dez. 2015.

⁵⁵⁷ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29 (grifo nosso).

⁵⁵⁸ ANNAN, Kofi Atta, *apud* ANECHIARICO, Frank. What's Corrupt? In: ANNECHIARICO, Frank *et al.* *Legal but corrupt. A new perspective on public ethics*. Maryland: Lexington Books, 2017, p. 1-14, em especial, p. 1 (trad. nossa). No original: "Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts

O importante é que o mundo está despertando para a necessidade da aplicação da ética em diferentes ramos, inclusive na rediscussão sobre os limites morais dos mercados⁵⁵⁹, tendo o economista e filósofo Amartya Sen afirmado que “um contacto mais próximo entre a ética e a economia pode ser benéfico não só para a economia, mas também para a ética” e, ainda, que “até a análise de Aristóteles ‘do bem para o homem’ incluía (...), várias questões de gestão econômica”.⁵⁶⁰

Dentro da realidade brasileira, os custos sociais e políticos da corrupção também impressionam. Segundo uma pesquisa feita pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP, em 2008, esses valores atingiriam cerca de 2,3 % do PIB.⁵⁶¹ Dados recentes (de 27 de maio de 2017) foram divulgados pela Gazeta *On Line*, onde foi referido que, a partir de elementos colhidos pela Transparência Internacional, relativos à corrupção no mundo, em uma lista de 176 (cento e setenta e seis) países, o Brasil estaria na 79ª (sexagésima nona) posição, ou seja, “em posição nada confortável” e, ainda, mencionando expressamente que embora não haja um levantamento preciso em termos de preço (valores) da corrupção no Brasil, “uma coisa é certa e unânime: ele é muito alto e penaliza, brutalmente, quem passa longe dos esquemas ilegais e das cifras exorbitantes de propina”. Só em um dos mais rumorosos esquemas de corrupção no nosso país – a conhecida “Operação Lava Jato”, segundo o referido jornal, envolveria valores em torno dos 16 bilhões de reais.⁵⁶²

Com base nesse panorama, passa-se a uma análise sobre a corrupção no Brasil como causa de um dano extrapatrimonial coletivo, com base na Lei nº 12.846/2013.

2.2.1.2.1 A Lei nº 12.846/2013 e a possibilidade de reconhecimento da corrupção como causa de um dano extrapatrimonial coletivo

markets, erodes the quality of life and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish. This evil phenomenon is found in all countries - big and small, rich and poor - but it is in the developing world that its effects are most destructive”.

⁵⁵⁹ Nesse sentido, afirma Michael Sandel: “Essa é uma questão que requer o debate público sobre as divergentes concepções da maneira certa de avaliar os bens não materiais. Os mercados são instrumentos úteis para organizar a atividade produtiva. Mas, a menos que desejemos deixar que o mercado reescreva as normas que governam as instituições sociais, precisamos de um debate público sobre os limites morais dos mercados”. SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 327.

⁵⁶⁰ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 91.

⁵⁶¹ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

⁵⁶² Saiba qual é o preço da corrupção no Brasil. Disponível em: <<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/05/saiba-qual-e-o-preco-da-corrupcao-no-brasil-1014059906.html>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

O conceito de corrupção, conforme se disse, é complexo e variado, mas a Lei nº 12.846/2013, nos incisos do seu art. 5º,⁵⁶³ estabeleceu o que, no Brasil,⁵⁶⁴ deve ser entendido dentro desse conceito, definindo o âmbito de sua aplicação.⁵⁶⁵

Poder e ambição: esta é uma fórmula, no mínimo, lesiva para o interesse público.⁵⁶⁶

Antes de se entrar no tema específico do âmbito de aplicação desta lei (com o exame da questão referente aos sujeitos ativos e passivos e a sua necessária diferenciação em relação à Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/1992 – LIA), pode-se definir corrupção como (ao menos a corrupção na esfera pública): “a conduta de pessoa natural ou jurídica, em conexão a qualquer ente público, destinada a obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita de qualquer natureza”.⁵⁶⁷

⁵⁶³ Art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁵⁶⁴ No Brasil, à semelhança do que ocorre no mundo, o combate à corrupção é bastante antigo. Todas as Constituições brasileiras, inclusive a do Império – de 1824, de acordo com o seu momento histórico, e cada uma ao seu modo, abordaram o tema da corrupção e da improbidade. Mas em termos de responsabilidade civil, foram as Leis Pitombo Godoi Ilha (Lei nº 3.164/1957) e Bilac Pinto (Lei nº 3.502/1958) que exerceram um papel fundamental na evolução do conceito de corrupção no país, embora, na prática, não tenham tido muita efetividade. O primeiro diploma brasileiro com maior eficiência sobre o aspecto da responsabilidade civil da corrupção foi a Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), seguida pela Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e, posteriormente, em matéria de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/1992. PETRELLUZZI, Marco Vinício; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30.

⁵⁶⁵ A doutrina considera que a enumeração feita pelo art. 5º da Lei 12.846/2013, em virtude das palavras constantes no *caput* do aludido art. 5º (“assim definidos”) é exaustiva. Nesse sentido: PETRELLUZZI, Marco Vinício; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção*, p. 62; CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 173.

⁵⁶⁶ SANTOS, Leonardo Augusto de Andrade Cezar dos. Fixação do dano moral coletivo na sentença condenatória penal em casos de corrupção. In: AZAMBUJA, Edson; BALLAN JÚNIOR, Octahydes; SILVA, Vinícius de Oliveira e. *Combate à corrupção na visão do Ministério Público*. São Paulo: JH Mizuno, 2018, p. 219-252, em especial, p. 221.

⁵⁶⁷ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção*, p 21.

Emerson Garcia também aponta como elementos identificadores da corrupção o desvio de poder e o enriquecimento ilícito.⁵⁶⁸ No entanto, essa é uma definição que serve a uma das situações previstas na LIA, pois pode haver corrupção sem enriquecimento ilícito.

E é justamente por isso que é imprescindível fixar o âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/2013. A Lei Anticorrupção envolve a prática dos atos previstos em seu artigo 5º por pessoas jurídicas de direito privado (nacionais ou estrangeiras), tais como: sociedades empresárias, incluindo sociedades empresárias estatais, estas com base no preceituado pelo art. 173 da Constituição Federal,⁵⁶⁹ sociedades simples; fundações, excluídas as de personalidade jurídica de direito público; associações – como as Organizações da Sociedade Civil de interesse público – OCIPs e as Organizações Não Governamentais – ONGs e, ainda, as sociedades estrangeiras, tendo, necessariamente, como sujeito passivo a Administração Pública (nacional ou estrangeira), o que deflui dos seus arts. 1º a 3º.⁵⁷⁰ Ou seja: a lei se aplica a quaisquer pessoas jurídicas (e não para as pessoas físicas) de direito privado que tenham alguma relação com o Poder Público, incluindo as organizações internacionais.⁵⁷¹

Mas se um agente público (ou um particular, mas que receba verbas públicas e que se beneficie do ato do agente público e/ou com ele colabore⁵⁷²) pratica um ato contra o patrimônio público, será aplicada a Lei de improbidade administrativa – LIA, sem prejuízo do cometimento do crime (podendo-se, por exemplo, aplicar a parte criminal da lei de licitações ou, até mesmo, o Código Penal) e da infração funcional (por exemplo, a Lei nº 8.112/90 – regime jurídico único dos servidores civis da União), consoante deixa claro o artigo 30 da

⁵⁶⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5.

⁵⁶⁹ O artigo 173 da Constituição Federal brasileira deixa claro que as sociedades empresárias estatais estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, trabalhistas, comerciais e tributários. PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

⁵⁷⁰ Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. Art. 2º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Art. 3º. A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º. A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*. § 2º. Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 27 dez. 2018.

⁵⁷¹ PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção*, p. 55-59.

⁵⁷² PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção*, p. 36.

própria Lei anticorrupção.⁵⁷³

Cumpra referir, antes de adentrar na corrupção como causa de um dano extrapatrimonial, a natureza da responsabilidade civil pela prática de atos por pessoa jurídica de direito privado contra a Administração Pública: é uma responsabilidade objetiva, seguindo a moderna tendência nesse campo, de preocupação com as vítimas, no caso, o ente público (União, Estados ou Municípios) e os cidadãos (que são atingidos pela prática dos atos de corrupção). Mas o que significa essa responsabilidade objetiva em matéria civil? E em matéria administrativa?

A pessoa jurídica, pela Lei anticorrupção, está sujeita a dois tipos de responsabilidade: a civil e a administrativa.

Na responsabilidade civil, não é feita qualquer indagação a respeito do elemento subjetivo da conduta do agente: basta a existência do dano e o nexo casual entre a conduta/atividade e o resultado obtido. A ilicitude da conduta que originou o dano não é elemento levado em consideração para a caracterização da responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica, diferentemente do que ocorre com as pessoas físicas que administram a pessoa jurídica ou que, de alguma forma, concorrem para a prática do ato (nas esferas administrativa e/ou criminal). Ressaltam Peterlluzzi e Risek Junior:

Agora, com a edição da Lei nº 12.846/2013, a disciplina da responsabilidade objetiva alcança, também, a relação entre a administração pública e as pessoas jurídicas que com ela se relacionam. Prevista a responsabilidade objetiva, há que se perquirir, apenas, nexo causal entre a conduta e o dano, sem que se precise buscar a presença de qualquer elemento de ordem subjetiva para caracterizar a responsabilização. Não mais será possível, para o sancionamento da pessoa jurídica, que se exija vínculo de ordem subjetiva com a pessoa natural que tenha praticado o ato ilícito favorecendo os interesses da pessoa jurídica.⁵⁷⁴

Já na órbita administrativa, a responsabilidade decorre da possibilidade que a Administração tem de impor aos administrados e aos seus servidores, “regras de conduta que, quando desobedecidas, por meio de processo administrativo (e não judicial) podem imputar ao transgressor sanções de natureza administrativa (multa, interdição, suspensão etc.)”, o que faz com que a responsabilidade administrativa decorra de uma “conduta ilícita, prevista

⁵⁷³ Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁵⁷⁴ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

anteriormente em lei e que implica a imposição de uma sanção”.⁵⁷⁵

Portanto, por disposição expressa do art. 2º da Lei anticorrupção, tem-se mais uma situação de responsabilidade objetiva na legislação brasileira. Exemplo esclarecedor é o oferecido por Felipe Braga Netto:

Em regra, como se sabe, é o Estado que responde sem culpa pelos danos que cause, seja a pessoas físicas, seja a pessoas jurídicas. Já se uma pessoa causar um dano ao Estado (digamos que alguém, aluno de uma universidade federal, estragou um computador do laboratório de pesquisa), é preciso, para que haja responsabilidade civil, que lhe seja provada a culpa (negligência, imperícia ou imprudência). O mesmo acontecia, em regra, às pessoas jurídicas de direito privado, nas relações com o Estado (perceba-se que não estamos falando das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, nas relações com os cidadãos). Se uma pessoa jurídica causasse um dano ao Estado, em princípio, a culpa se faria necessária para a responsabilização, a menos que intervesse uma legislação específica que impusesse a responsabilidade objetiva [...]. Agora, porém, com o advento da Lei nº 12.846/2013, temos uma nova hipótese de responsabilidade objetiva no direito brasileiro. As pessoas jurídicas - ou mesmo entidades não personificadas, [...] - respondem pelas ações que lesionem ‘o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil’.⁵⁷⁶

O citado art. 3º da Lei anticorrupção e seus parágrafos deixam bastante claro que as pessoas físicas ou naturais não estão abrangidas por quaisquer dos dispositivos dessa lei, sendo que a responsabilidade pessoal dos dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa que seja beneficiada pela prática dos atos ilícitos perpetrados pela pessoa jurídica permanece íntegra, ocasião na qual, então, será apurado o elemento subjetivo da conduta, podendo restar caracterizado, para a pessoa física, conforme o caso, a prática do crime de corrupção passiva ou ativa (que exige, em ambos os casos, o dolo⁵⁷⁷), previstos, respectivamente, nos arts. 317 e 333 do CP brasileiro;⁵⁷⁸ a prática de ato de improbidade (que admite a forma culposa e/ou

⁵⁷⁵ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52.

⁵⁷⁶ BRAGA NETTO, Felipe. Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O Estado como vítima de atos lesivos. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 17-33, em especial, p. 29.

⁵⁷⁷ DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002, p. 634 e 671.

⁵⁷⁸ Corrupção passiva. Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003). § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Corrupção ativa. Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003). Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 04 jan. 2019.

dolosa apenas nos casos previstos no art. 10 da LIA, de prejuízo ao erário, sendo que nas hipóteses de enriquecimento ilícito – art. 9º da LIA - e de ofensa aos princípios que regem a Administração Pública – art. 11 – são admitidas as condutas apenas na forma dolosa)⁵⁷⁹ ou, também, a existência de uma infração funcional. Nesse sentido, advertem Gilson Dipp e Manoel L. Volkmer de Castilho, ao comentarem o art. 3º da Lei anticorrupção, que “sendo o ato ilícito, respondem objetivamente a pessoa jurídica privada e, mediante culpa ou dolo, os dirigentes autores ou partícipes pessoalmente”,⁵⁸⁰ ratificando a independência entre as responsabilidades civil, administrativa e criminal.

Feitas essas considerações, cabe analisar a disciplina específica da reparação do dano, na esfera cível, oferecida pela Lei anticorrupção, para que se possa falar sobre os danos extrapatrimoniais coletivos decorrentes do fenômeno corrupção pública e da possibilidade de reconhecimento de uma indenização punitiva dentro dessa perspectiva.

A Lei anticorrupção refere, em dois dos seus dispositivos (um relativo ao processo administrativo e outro ao processo judicial) – arts. 6º, § 3º e 21, parágrafo único,⁵⁸¹ a reparação integral do dano e a independência das esferas para aplicação de sanções.

O fato é que há que se considerar que a Lei nº 12.846/2013 não trata apenas de direitos patrimoniais, sendo também por ela tutelados direitos extrapatrimoniais, o que deflui do próprio conceito jurídico, sociológico e econômico de corrupção. A esse respeito, ensina Fernando de Barros Filgueiras:

[...] a ação praticada por qualquer ator social visando a obtenção de vantagens pessoais – materiais ou imateriais – que contrarie as normas institucionalizadas do sistema político, legitimamente aceitas pela sociedade por meio de seus sistemas de solidariedade, tendo em vista os valores e a confiança dos cidadãos em função das estruturas de socialização das normas da comunidade política.⁵⁸²

⁵⁷⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60, 77-79, 113-114.

⁵⁸⁰ DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

⁵⁸¹ Art. 6º. Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória. § 3º. A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado. Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁵⁸² FILGUEIRAS, Fernando de Barros. Notas críticas sobre o conceito de corrupção: um debate com juristas, sociólogos e economistas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 164, p. 125-148, out./dez. 2004, p. 144.

É inegável que a corrupção causa impactos não apenas na economia de um país, fomentando a concorrência desleal entre empresas, mas também no aspecto político, na medida que os brasileiros, de uma forma geral, aos assistirem os atos ilícitos praticados envolvendo o Poder Público, têm em si despertado um sentimento de desmoralização das instituições, o que prejudica a própria democracia no país. Além disso, o principal prejudicado com esses atos são os cidadãos, afetando-lhes direitos fundamentais, através de um serviço deficiente do Poder Público, quer na área da saúde, quer na área da educação, da demora na realização de obras, paradas à espera de um dinheiro que foi desviado. Apenas para se citar alguns exemplos. Com isso, o dano extrapatrimonial coletivo se apresenta como “uma decorrência lógica”⁵⁸³ dos atos de corrupção, bastando, para efeitos de responsabilização da pessoa jurídica, a existência do nexo causal entre a “sua conduta” (na verdade, a conduta das pessoas físicas causadoras dos danos, que pode ser tanto comissiva quanto omissiva) e os danos sofridos pela coletividade, pelo povo, atingindo um número indeterminado de pessoas, não apenas nos seus patrimônios, mas também em bens fundamentais à sua dignidade, como a saúde e a educação.

Esse é um assunto que começa a despertar a atenção da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

Recentemente, Anderson Schreiber, após defender a posição de que o dano extrapatrimonial coletivo é “compatível com nossa ordem jurídica”, expressamente afirma:

[...]. A Constituição brasileira reserva expressa proteção a diversos interesses que transcendem a esfera individual. A tutela do meio ambiente, da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural são apenas alguns exemplos de interesses cuja titularidade não recai sobre um indivíduo, mas sobre uma dada coletividade ou sobre a sociedade como um todo. Se a ordem jurídica se dispõe a tutelar tais interesses, parece certo que a sua violação deve resultar em responsabilidade. [...]. Nesse cenário, cabem a indagação: a prática confessa ou comprovada de corrupção pode ensejar indenização por dano moral coletivo? [...]. A corrupção lesa o interesse da coletividade não apenas pelos prejuízos econômicos (danos patrimoniais) causados, mas também pelas suas consequências extrapatrimoniais, como a descrença da população nas instituições públicas e o descrédito que passa a incidir sobre as suas ações. Pense-se na coletividade de empregados de uma dada empresa pública ou na coletividade de servidores de um certo órgão público que tenha comprovadamente servido de veículo para corrupção. É possível vislumbrar o abalo reputacional, a frustração profissional e outros malefícios extrapatrimoniais experimentados por essa coletividade. São efeitos que se concretizam precisamente sobre o corpo coletivo dessas pessoas, de modo distinto

⁵⁸³ SANTOS, Leonardo Augusto de Andrade Cezar dos. Fixação do dano moral coletivo na sentença condenatória penal em casos de corrupção. In: AZAMBUJA, Edson; BALLAN JÚNIOR, Octahydes; SILVA, Vinícius de Oliveira e. *Combate à corrupção na visão do Ministério Público*. São Paulo: JH Mizuno, 2018, p. 219-252, em especial, p. 240 (grifo nosso).

e mais intenso que sobre cada uma delas individualmente.⁵⁸⁴

Portanto, os danos que afetam a coletividade ou um grupo de pessoas (nos casos de corrupção envolvendo apenas entes privados, ou seja, na corrupção privada) são evidentes a partir da prática de diversas ações perpetradas pelas pessoas jurídicas e pelas pessoas físicas que se relacionam com o poder público.

A jurisprudência dos nossos Tribunais brasileiros começa a admitir, expressamente, o dano extrapatrimonial coletivo nos casos de improbidade administrativa que, pode-se dizer, é uma espécie de corrupção, mas praticada por agentes públicos ou particulares que com eles colaborem em detrimento do patrimônio público e da moralidade administrativa. Então, como não admitir o dano extrapatrimonial coletivo em matéria de corrupção? A resposta negativa se impõe.

Em acórdãos recentes, todos relativos a uma mesma situação fática, o Superior Tribunal de Justiça examinou recursos interpostos em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra inúmeros agentes públicos envolvidos na realização da obra *Cidade da Música*, sendo que a ação foi julgada procedente e os agentes, entre outras sanções, foram condenados ao pagamento de uma indenização por danos extrapatrimoniais causados à coletividade, no valor de R\$ 1.294.689,21 (um milhão, duzentos e noventa e quatro mil, seiscentos e oitenta e nove reais e vinte e um centavos).⁵⁸⁵ Cumpre reproduzir, aqui, excerto do acórdão do Ministro Relator Francisco Falcão em um dos recursos, na parte relativa à questão dos danos extrapatrimoniais coletivos e da respectiva indenização, citando, inclusive, outro acórdão anterior daquele E. Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, *in verbis*:

[...]. A responsabilidade da empresa demandada emerge da prática de conduta ilícita, representada pela sua contratação manifestamente ilegal junto à administração pública, causadora dos sobreditos danos contemporâneos, ao vulnerar ainda mais o sistema público de saúde, imprescindível para o tratamento psicofísico da maioria

⁵⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. *Dano moral coletivo por corrupção*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/01/30/dano-moral-coletivo-por-corrupcao>>. Acesso em: 14 set. 2018 (grifo nosso).

⁵⁸⁵ Neste caso, a Secretaria da Saúde do Estado do Rio de Janeiro, com a finalidade de executar o projeto “Saúde em Movimento” celebrou vários contratos com organizações não governamentais, através dos quais foram desviados recursos públicos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1626443*. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 16 ago. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1242792*. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 16 ago. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1088820*. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 07 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 18 nov. 2018. O mesmo caso já havia sido examinado, também em sede de Recurso Especial, pelo Ministro Herman Benjamin: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1666454/RJ*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 27 jun. 2017.

das famílias brasileiras. Do mesmo modo, foram os danos morais fixados de forma proporcional à gravidade dos fatos que, frise-se, envolveram vários sujeitos da administração pública e da comunidade empresarial, bem como significativas cifras, destinadas originariamente à promoção de ações de melhoria em um dos campos de atuação estatal mais sensíveis e fragilizados economicamente, qual seja, a saúde pública. Nesse sentido: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ILEGALIDADES. RECONVENÇÃO. INDENIZAÇÃO. EXORBITÂNCIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL. VIOLAÇÃO À HONRA DE PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 227/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal de origem apreciou adequadamente todos os pontos necessários ao desate da lide, não havendo omissão que justifique a anulação do acórdão recorrido. Ademais, não está o magistrado obrigado a debater todos os argumentos trazidos pelas partes, bastando que enfrente a questão principal dos autos, o que ocorreu no presente caso. 2. De acordo com a Súmula 227/STJ, "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral". 3. Apenas em situações excepcionais, em que a parte demonstra de forma contundente que o valor fixado para o pagamento de indenização por danos morais é exorbitante ou irrisório, o que não ocorreu no caso, a jurisprudência deste Superior Tribunal permite o afastamento do óbice previsto na Súmula 7/STJ para que seja possível a sua revisão. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 163.681/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJE 16/04/2013)

Outro caso bastante interessante pode ser encontrado no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo,⁵⁸⁶ que também admitiu o dano extrapatrimonial coletivo em caso de improbidade administrativa, onde um servidor público, que ocupava também o cargo de Diretor financeiro de uma empresa, utilizando-se da sua função pública, fez da empresa um “verdadeiro balcão de negócios privados”, sendo condenado ao ressarcimento aos cofres públicos da quantia de R\$ 76.726,59 (setenta e seis mil, setecentos e vinte e seis reais e cinquenta e nove centavos), mais o pagamento de uma multa civil no mesmo valor e, ainda, o equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos em favor do Município de Itápolis/SP, a título de danos extrapatrimoniais coletivos, o que demonstra a possibilidade de cumulação de sanções, porque oriundas de diferentes esferas, consoante se abordará no item seguinte.

⁵⁸⁶ Ação Civil pública. Improbidade Administrativa. Comercialização ilícita de grãos de milho depositados por produtores rurais na empresa municipal de abastecimento e armazenagem da produção agrícola. 1. Ato praticado por Secretário de Desenvolvimento Agropecuário, também presidente da empresa. Mercadoria "emprestada" mediante auto-declaração de fiel depositário. Comércio da commodity quando era conveniente financeiramente, devolvido o produto nos períodos de baixa do preço no mercado. 2. Servidor público de carreira, ocupante do cargo de diretor financeiro da empresa. Comercialização das sacas de milho e depósito de pagamentos em sua conta corrente pessoal. Verdadeiro balcão de negócios privados. Desvio de 8.146,17 sacas de 60 quilos cada uma, como resultado da ilícita vantagem econômica auferida. Condutas tipificadas no art. 9º da Lei nº 8.429/92. Sanções aplicadas no máximo previsto, ante a gravidade dos ilícitos. Sentença de procedência. Concessão de diferimento do recolhimento do preparo recursal (Lei nº 11.608/03, art. 5º, II). Recursos não providos, com observação. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1000055-29.2016.8.26.0274*. Relator: Des. Coimbra Schmidt. São Paulo, 20 ago. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

2.2.1.2.2 Críticas à função punitiva da indenização em vista da sua possível/desejada cumulação com outras formas de sanção

Uma das questões mais instigantes da responsabilidade civil contemporânea diz respeito à reparação do dano, principalmente, em matéria de danos extrapatrimoniais coletivos, com a aplicação (ou não) de um valor à título de indenização punitiva.

Entende-se perfeitamente possível e, mais do que isso, imprescindível a aplicação de indenização punitiva em matéria de danos extrapatrimoniais coletivos, inclusive nos casos de corrupção.

Conforme visto, a Lei nº 12.846/2013, em seus artigos 6º, § 3º e 21, parágrafo único, admite a reparação integral do dano e ratifica a independência entre as instâncias penal, administrativa e civil. Na esfera cível, a pessoa jurídica de direito privado que atua, de alguma forma, com o Poder Público, responde pelos danos causados à coletividade, numa perspectiva de responsabilidade civil, enquanto que essa mesma pessoa jurídica de direito privado, na órbita administrativa, vai responder pela conduta imprópria dos seus dirigentes, aplicando-se-lhe multas pecuniárias, retenções de depósitos, enfim, diversas sanções fixadas e fortalecidas na Lei anticorrupção. No sentido de que a responsabilidade civil e a responsabilidade administrativa são complementares, ensinam Petrelluzzi e Risek Junior:

No âmbito administrativo, a responsabilização decorre da possibilidade de a Administração Pública impor ao administrado e ao seu próprio corpo funcional regras de conduta que, quando desobedecidas, por meio de processo administrativo (e não judicial), podem imputar ao transgressor sanções de natureza administrativa (multa, interdição, suspensão, embargo, descontinuidade de benefícios etc.). Traduzindo tudo isso para os fins da Lei nº 12.846/2013, ao mesmo tempo em que uma determinada empresa poderá responder civilmente por eventuais danos que a conduta imprópria de seus agentes tenha gerado à Administração por meio do pagamento de indenizações, cumulativamente, ela responderá administrativamente, pela mesma conduta imprópria dos seus prepostos, cuja punibilidade pode vir em forma de multa pecuniária, retenções de depósitos e proibições diversas que, no caso da Lei n. 12.846/2013, como será visto adiante, tornaram-se bem mais rigorosas.[...]. No âmbito de nosso estudo, fica claro que a responsabilidade civil e a responsabilidade administrativa são complementares, atingindo a conduta que implica dano por um lado e afronta a princípios da administração pública por outro.⁵⁸⁷

Portanto, esse entendimento doutrinário, que separa as instâncias, em matéria de responsabilidade civil e administrativa, é perfeitamente aceito pelos artigos citados da Lei anticorrupção, ainda mais tomando-se a reparação integral dos danos extrapatrimoniais

⁵⁸⁷ PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52-53 (grifo nosso).

coletivos em sua tríplice função, a que se referiu no decorrer deste trabalho: compensatória, punitiva e dissuasória. Na realidade, não há como se separar estas duas funções da responsabilidade civil (punitiva e dissuasória), relativas à medida da responsabilidade civil, o que nem sempre é bem compreendido pela doutrina. A separação das instâncias civil, penal e administrativa não implica separação das funções da responsabilidade civil, como se verá na última parte deste estudo.

O fato é que o art. 6º da Lei anticorrupção estabelece duas formas de sanções administrativas: uma multa, fixada no valor de 0,1% (zero vírgula um por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento mínimo, estabelecendo, em um dos seus parágrafos, um limite mínimo para esta multa, qual seja: o seu valor não pode ser inferior à vantagem auferida e uma publicação extraordinária da sentença condenatória, isso dentro do processo administrativo. E, ainda, ao tratar do outro processo (o judicial), em seu artigo 21, ratifica o entendimento da reparação integral do dano, o que foi acolhido nas decisões jurisprudenciais anteriormente citadas.

Outro ponto que merece destaque, na aplicação das sanções nesta Lei anticorrupção, diz respeito ao fato da ocorrência dos acordos de leniência⁵⁸⁸ e da sua específica previsão em matéria de reparação do dano nas esferas administrativa e judicial.

A palavra leniência provém do latim *lenitate*, que significa mansidão, brandura. No Brasil, teve sua origem na edição da Lei nº 10.149/2000, com a sua aplicação nas infrações de caráter econômico e concorrencial.⁵⁸⁹

A Lei nº 12.846/2013 exige vários requisitos para a celebração dos chamados acordos de leniência (art. 16). Por outro lado, o mesmo artigo 16, em seus parágrafos 2º e 3º, apontam, expressamente, os acordos de leniência como causa de diminuição da multa administrativa, referindo, ainda, que eles “não eximem a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”, o que é perfeitamente harmônico com a separação das esferas civil, administrativa e criminal.

⁵⁸⁸ Os acordos de leniência tiveram sua origem nos Estados Unidos da América, na década de 1970, em um cenário de combate aos cartéis, no âmbito concorrencial e econômico. A primeira norma sobre acordo de leniência foi editada nos Estados Unidos em 1978, mas não surtiu o estímulo esperado à celebração desses acordos. O atual programa norte-americano sobre leniência foi adotado em 1993. Os acordos de leniência podem ser definidos, de um modo geral, como “acordos celebrados entre o Poder Público e um agente envolvido em uma infração, com vista à sua colaboração na obtenção de informações, em especial, sobre outros partícipes e autores, com a apresentação de provas materiais de autoria, tendo como contrapartida a liberação ou diminuição das penalidades que seriam a ele impostas com base nos mesmos fatos”. FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 253-279, em especial, p. 254.

⁵⁸⁹ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91-96.

E nem se diga que esta disposição legal somente seria aplicável à esfera administrativa. O legislador, quando quis excluir uma determinada sanção (administrativa ou criminal) mediante a aplicação dos acordos de leniência, fez isso expressamente, consoante se pode depreender da leitura conjunta dos artigos 6º, II; 16, § 2º e 19, IV, todos da Lei anticorrupção.⁵⁹⁰

Ademais, em matéria de indenização civil decorrente da corrupção por danos extrapatrimoniais coletivos está se tratando de um direito indisponível, pertencente à sociedade ou a um grupo de pessoas, do qual não pode a autoridade pública dispor mediante acordos de leniência, em virtude da própria natureza do direito posto em causa. Nesse sentido, ressalta Anderson Schreiber:

[...]. Não se trata de uma soma do todo, mas da lesão a um interesse diverso, supraindividual, que se consubstancia, nesse caso, na constante persecução do interesse público e na preservação de relações probas e honestas entre os agentes públicos e privados. A possibilidade de pleitear indenização por dano moral coletivo não exclui, portanto, eventuais demandas individuais. Tampouco pode ser obstada por eventuais acordos de delação premiada, pois o objeto de tais ajustes é a pretensão punitiva criminal que compete ao Estado, por meio do Ministério Público. Diversa é a situação do dano moral coletivo, que, como instituto de direito civil, escapa à esfera penal, não podendo o *Parquet* renunciar à sua reparação em nome da coletividade no âmbito de instrumentos firmados em sede de persecução criminal.⁵⁹¹

Com isso, passa-se ao exame da relação entre os danos extrapatrimoniais coletivos e a função punitiva da indenização civil.

⁵⁹⁰ Art. 6º. Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: (...); II - publicação extraordinária da decisão condenatória. Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 2º. A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. § 3º. O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

⁵⁹¹ SCHREIBER, Anderson. *Dano moral coletivo por corrupção*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/01/30/dano-moral-coletivo-por-corrupcao/>>. Acesso em: 14 set. 2018 (grifo nosso).

2.2.2 Danos extrapatrimoniais coletivos e indenização punitiva: as realidades conciliáveis

No Brasil, a questão da aplicação da indenização punitiva ainda encontra oposição, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao escrever sobre o tema específico, admitindo a sua aplicação apenas excepcionalmente, em casos de direitos difusos e coletivos, assim se posiciona:

A função punitiva da reparação dos danos extrapatrimoniais, como está hoje, enseja mais problemas do que soluções. Nosso sistema não deve admiti-la, entre outras razões, para evitar a chamada loteria forense; para não aumentar a insegurança e a imprevisibilidade nas decisões judiciais; e, mais importante, para inibir a ideia de mercantilização das relações existenciais, não premiando indevidamente a vítima. Para que a indenização punitiva tenha, de fato, alguma utilidade, parece necessário resolver os dois problemas que mais ameaçam a justiça do seu mecanismo: o forte incentivo à malícia que ela enseja e a sua dependência completa do arbítrio do juiz. [...]. É de se admitir, pois, como exceção, uma figura semelhante a do *punitive damages*, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insuntuosas, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. É de se aceitar, ainda, um valor a mais na reparação do dano extrapatrimonial para situações potencialmente causadoras de lesão a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos e coletivos, tanto na relação de consumo, quanto no direito ambiental.⁵⁹²

Entretanto, há doutrinadores brasileiros que se opõem, sem admitir exceções, à indenização punitiva.⁵⁹³

Entre os principais argumentos apresentados em sentido contrário à sua admissão estão o chamado enriquecimento sem causa (num entendimento próprio dos sistemas romano-germânicos como o nosso) e a alegada falta de previsão legal expressa para se aplicar uma “pena”. Então: como superar o art. 944, *caput*, do CC?⁵⁹⁴

Em matéria de danos extrapatrimoniais coletivos, esses óbices devem ser afastados,

⁵⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: _____. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 378-379 (grifo nosso).

⁵⁹³ Entre eles, pode-se citar (desde os mais clássicos até os mais atuais): José de Aguiar Dias (*Da responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora RENOVAR, 2006), Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 667, p. 7-16, Mai. 1991), Anderson Schreiber (*Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015), Judith Martins-Costa (Dano moral à brasileira, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, nº 9, 2014, p. 7073-7122) e Nelson Rosenvald (*As funções da responsabilidade civil*. A reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017).

⁵⁹⁴ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2018.

com base nos fundamentos a seguir expendidos, bem como através da adoção de critérios para a caracterização/admissão da indenização punitiva.

2.2.2.1 Fundamentos para a sua aplicação no Brasil

A aplicação da indenização punitiva, no nosso país, pode ser feita tanto através de uma interpretação dogmática, utilizando-se, exclusivamente, a norma supramencionada do Código Civil; quer com base em uma interpretação teleológica, valendo-se o intérprete das funções da responsabilidade civil no Direito brasileiro, como também através de uma interpretação sistemática e valorativa do ordenamento jurídico, utilizando-se tanto o método do Direito civil constitucional, quanto a Teoria do diálogo das fontes, que se utiliza, também, de um método funcional, entre a Constituição Federal brasileira, o Código Civil de 2002 e algumas leis infraconstitucionais (como, por exemplo, a Lei de improbidade e a Lei anticorrupção), numa atitude de coordenação, harmonia e coerência entre esses instrumentos normativos.

2.2.2.1.1 *A ausência de enriquecimento sem causa (art. 944, parágrafo único, do CC) e a existência de previsão normativa*

O exame da figura do enriquecimento sem causa, na indenização punitiva, não resiste a um exame mais apurado dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Confundem-se figuras técnicas que são distintas: enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. Giovanni Ettore Nanni ensina que a responsabilidade civil decorre da obrigação de indenizar (que poderá ter como fonte a prática de um ato ilícito), enquanto que o enriquecimento sem causa constitui fonte autônoma do direito obrigacional, sendo decorrente da obrigação de restituir, embora o CC brasileiro (art.886)⁵⁹⁵ use o mesmo termo técnico – “lesado” – para definir situações que são distintas. E, ainda, menciona o autor que o instituto do enriquecimento sem causa, pelo menos no Brasil,⁵⁹⁶ é amplo e não há uma

⁵⁹⁵ Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 dez. 2018.

⁵⁹⁶ O instituto do enriquecimento sem causa, à semelhança do instituto da responsabilidade civil, tem configurações próprias, requisitos diversos, nos diferentes países, integrantes dos diversos sistemas jurídicos. Na França, por exemplo, exige-se a demonstração do empobrecimento e do enriquecimento numa relação correlata. Já na Inglaterra e nos Estados Unidos da América a chamada *the law of restitution* tem origem, basicamente, nos quase contratos ou contratos imperfeitos, possuindo *writs* diferentes, sendo regulada, nos Estados Unidos da América em um *Restatement* próprio – o *Restatement of restitution* (parágrafo primeiro). Para informações sobre o enriquecimento sem causa no Direito comparado: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 537-594;

correspondência necessária entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro.⁵⁹⁷

Nesse sentido, cabe trazer à colação a lição de Júlio Manuel Vieira Gomes, ao falar sobre restituição e reparação de danos:

Assim, a restituição do obtido e a reparação de um dano são, muitas vezes, verso e reverso da mesma medalha. Do mesmo passo em que se opera a restituição do obtido injustificadamente, repara-se um dano, uma perda, ao menos potencial ou virtual, da outra banda. Daí parecerem naturais construções como as que colocam na base do enriquecimento sem causa uma noção de deslocação patrimonial, de fluxo e refluxo de valores, ou aquelas que exigem um empobrecimento concomitante ao enriquecimento verificado. Se, contudo, não houver o cuidado de precisar que a deslocação patrimonial não supõe a identidade exacta entre o perdido por um e o obtido pelo outro, e muito menos requer que se trate de uma coisa corpórea que se desloca fisicamente de um patrimônio para outro, ou se não tiver plena consciência de que o famoso empobrecimento não corresponde ao conceito de dano em sede de responsabilidade civil, mas é porventura muito mais amplo, corre-se o risco de atrofiar consideravelmente o enriquecimento sem causa e o de o converter num 'parente pobre', numa caricatura ou imitação da responsabilidade civil.⁵⁹⁸

Na verdade, a utilização ou não da indenização punitiva está relacionada com a interpretação a ser dada ao Princípio da Reparação integral, sobre o qual se falou ao longo deste trabalho e conforme chama a atenção Bruno Miragem:

A distinção conceitual entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil evidencia-se à medida que, enquanto esta tem por função reparar danos, ou seja, diminuições existentes no patrimônio da vítima, aquele tem por finalidade remover de um patrimônio os acréscimos indevidos.⁵⁹⁹

E aqui está o principal motivo para a aceitação da indenização punitiva: o que deve ser entendido, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como reparação integral do dano e, como se disse ao falar em corrupção e em danos extrapatrimoniais coletivos, há uma diversidade de instâncias (civil, administrativa e criminal) que não implica, necessariamente, a separação rígida das funções da responsabilidade civil.

Por outro lado, não há uma ausência de previsão legal ou, muito menos, uma proibição expressa, que muitos extraem da norma contida no art. 944 e seu parágrafo único, do atual

GORDLEY, James. *Foundations of private law*. Property, tort, contract, unjust enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 419-457. Especificamente nos Estados Unidos, apresentando uma visão cultural do instituto não só na América do Norte, mas em diferentes países da Europa, como a Alemanha, a Áustria, a Itália e a Espanha: ASFOUR. Nahel. *Wrongful enrichment*. A study in comparative law and culture. US and Canada: Hart Publishing, 2017. Na Espanha: DíEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2018, p. 285-298. v. II. t. 2.

⁵⁹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233-237.

⁵⁹⁸ GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 225 (grifo nosso).

⁵⁹⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito das obrigações*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 116-117.

CCB.⁶⁰⁰

Aqui, há que ser feita uma interpretação dogmática do art. 944 do CC de 2002. O *caput* do art. 944 fala apenas em dano, mas o legislador não disse qual é o dano: pode ser um dano individual, um dano coletivo, um dano social. Na verdade, o legislador, em projetos de leis anteriores,⁶⁰¹ como se verá no subitem seguinte, tentou modificar a redação dada ao artigo 944 e não obteve êxito.

Quem vai, na verdade, identificar e fixar o dano é o juiz e se ele identificar um dano social, um dano coletivo, ele pode se valer da responsabilidade civil como um instrumento para orientar e reorientar as condutas lesivas. O *caput* do art. 944 do CC de 2002 envolve também o dano extrapatrimonial e coletivo – a noção de dano é elástica. Essa situação fica muito clara em julgamento da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, em caso conhecido como “Toto-Bola”, onde diante de uma situação de fraude em concurso de loteria de chances múltiplas, utilizando-se de esquema de informática, uma empresa fez com que fossem sorteados números previamente escolhidos, tendo sido condenada, além dos danos materiais, ao pagamento de danos causados à coletividade, com o recolhimento da quantia, na época, de R\$ 10.400,00 (dez mil e quatrocentos reais) a título de indenização punitiva, a serem recolhidos ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor. Neste acórdão, Eugênio Facchini Neto destacou as funções punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado das suas funções clássicas de reparação e/ou compensação, especialmente porque “o Direito deve ser mais esperto do que o torto, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa-fé”. Caso contrário, estar-se-ia premiando o torto.⁶⁰²

Esse é um exemplo claro de como o juiz pode aplicar a indenização punitiva estando dentro da lei no Direito brasileiro, diante de uma interpretação não apenas dogmática, mas também teleológica da responsabilidade civil, atendo-se, exclusivamente, ao CCB.

O fato é que o art. 944 do CC foi elaborado (discutido) em uma época onde o foco das atenções era o dano individual e não o dano coletivo ou o dano social.

Ainda, a norma do artigo 944, parágrafo único, do CC não significa que não se possa aplicar uma indenização punitiva: ela é uma “mitigação” do Princípio da Reparação integral,

⁶⁰⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁶⁰¹ Especificamente, através do Projeto de lei nº 276/2007 e do PL nº 114/2008, que restou arquivado em 24.05.2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/84410>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

⁶⁰² RIO GRANDE DO SUL. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais. *Recurso Inominado nº 71001249796*. Relator: Juiz Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre: 27 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

o que traduz o fato que a indenização pode ser reduzida em certas situações e apenas isso. Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho utilizam essa expressão, referindo que o “juiz pode fixar a indenização de acordo com o seu prudente arbítrio”.⁶⁰³

Embora a norma do art. 944, parágrafo único, seja criticável pelo subjetivismo a que dá ensejo, por utilizar a expressão “prudente arbítrio”, o termo não pode ser entendido como uma autorização só para a redução, mas também para o aumento da indenização, sem implicar um confisco, conduta esta que vai de encontro aos valores materializados no texto constitucional brasileiro.

À mesma solução (de possibilidade de aplicação da indenização punitiva em danos extrapatrimoniais coletivos) poderá o aplicador do Direito chegar através de uma interpretação sistemática e valorativa do ordenamento jurídico brasileiro, quer se utilizando do Direito Civil Constitucional (embora se saiba que a dignidade da pessoa humana não possa ser considerada a panaceia de todos os males) como método, quer fazendo-o através da Teoria do diálogo das fontes, que também é um caminho.

A Carta Magna vigente, em matéria de danos extrapatrimoniais, autoriza interpretação diversa a partir da leitura conjunta entre os seus arts. 1º, III e 5º, X. Conforme se referiu, o atual texto constitucional brasileiro vê na dignidade da pessoa humana um valor, um princípio que se irradia por todo o ordenamento jurídico, inclusive em direção ao CC de 2002, que justamente toma a pessoa humana como centro das suas regulações. E é perfeitamente possível e mais, diga-se desejável, que haja um diálogo entre a Constituição, o Código Civil e leis infraconstitucionais, como é o caso da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei anticorrupção.

Nas palavras de Claudia Lima Marques, a teoria do diálogo das fontes constitui:

[...] um método da nova teoria geral do Direito e muito útil, e pode ser usada na aplicação de todos os ramos do Direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno das fontes, que não parece diminuir no século XXI. Método é caminho.⁶⁰⁴

No seu estudo, Marques explica as características gerais da teoria de Erik Jayme, dizendo que há três tipos de diálogos de fontes e, num segundo momento, examina esses

⁶⁰³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código civil*. Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 333.

⁶⁰⁴ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66; p. 21.

diálogos na jurisprudência brasileira relativamente aos consumidores chamados de hipervulneráveis (expressão por ela utilizada) ou com a vulnerabilidade agravada (termo utilizado por Bruno Miragem), que seriam, por exemplo, os idosos, as crianças e os doentes. Neste momento, aqui, cumpre referir apenas os aspectos gerais da teoria, sem adentrar em casos específicos, para que se possa ter um panorama do seu significado, relacionando-a à noção de “diálogo entre sistemas”. Assim, Marques refere que a teoria do diálogo das fontes “insere-se nesta grande tradição da visão sistemática e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural do direito e uma nova perspectiva mais humanista sobre a relação entre as normas”, fazendo uma comparação com o sistema interno e externo de Phillippe Heck, transplantando-o para uma visão unitária e coerente do direito internacional, marcada pelos direitos humanos, valores maiores e fundantes da ordem internacional. Ainda, explica que transferindo essa noção para o Direito nacional, os direitos fundamentais e o direito privado, bem como a interpretação conforme a Constituição, orientam o sistema, afirmando que a expressão diálogo das fontes é uma expressão “simbólica”, no sentido de que representa “um novo paradigma de coordenação e coerência restaurada de um sistema legal, sistema hoje de fontes plúrimas, com diversos campos de aplicação”. E, para resolver esse conflito de leis no tempo, antes da chamada pós-modernidade (que, ressalta a professora gaúcha, “não mais permite uma única solução”), eram utilizados três critérios: anterioridade, especialidade e hierarquia. Hoje, os três critérios utilizados para o diálogo das fontes foram substituídos por três novas concepções: a) coerência (dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos); b) uma nova roupagem de especialidade, que afasta a ideia anterior de exclusão (revogação) e aplica a complementariedade ou a subsidiariedade das normas especiais (há convivência entre leis gerais e especiais no sistema – a revogação só persiste em casos especiais e como exceção) e c) a adaptação, que se traduz na “necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei é inserida pelo legislador”.^{605 606}

Em relação à questão do meio ambiente, a questão da rejeição da indenização punitiva se torna ainda mais difícil de sustentar, diante não só da expressa previsão constitucional da reparação do dano como interesse difuso, mas também do que resulta da responsabilidade objetiva em matéria ambiental, com a adoção da Teoria do risco integral e de determinados

⁶⁰⁵ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66; em especial, p. 23-24, 27 e 31.

⁶⁰⁶ Também sobre o tema: MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no Direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67-109.

princípios, entre eles, o do poluidor-pagador, temas especificamente abordados neste trabalho quando se falou a respeito do dano extrapatrimonial ambiental.

Por fim, a existência dos chamados Fundos de Reparação (Fundo dos Direitos Difusos, no caso da ação civil pública – previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/1985⁶⁰⁷ e regulamentado, atualmente, pelo Decreto nº 1.306, de 09 de novembro de 1994) são um excelente destino para as verbas obtidas a título de indenização civil nas ações coletivas por danos extrapatrimoniais. Esses fundos (no direito norte-americano conhecidos como *fluid recovery*) permitem que os recursos obtidos sejam destinados em proveito do bem-estar dos interesses atingidos pelo ato lesivo, constituindo uma forma de compensação, de fazer retornar à sociedade aquilo que lhe foi retirado.

No caso da Lei anticorrupção, ela própria oferece um destino funcional para as suas sanções (administrativas e civis): serão os valores, multas, bens e direitos com base nela aplicados destinados, preferencialmente [essa palavra é perigosa: seria mais prudente falar em exclusivamente], aos órgãos ou entidades públicas lesadas.⁶⁰⁸

Portanto, com base nessas premissas, entende-se a aplicação da indenização punitiva como perfeitamente possível no Direito brasileiro, especialmente quando se trata de danos extrapatrimoniais coletivos, demandando, apenas, que sejam estabelecidos, previamente, alguns critérios, como se verá a seguir.

2.2.2.1.2 A aplicabilidade da indenização punitiva e critérios prospectivos para a sua adoção no país

No Brasil, tanto a jurisprudência quanto a doutrina vêm discutindo a aplicação da indenização punitiva e, embora haja uma “tendência” para a sua admissão em casos de danos extrapatrimoniais coletivos, há, ainda, um longo caminho a ser percorrido.

Alguns projetos de lei foram apresentados na tentativa de normatizar o assunto. Um deles foi o PL nº 276/2007, que transformava o parágrafo único do artigo 944 do CCB em parágrafo primeiro, com o seguinte teor: “A reparação do dano moral deve constituir-se em

⁶⁰⁷ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 03 dez. 2018.

⁶⁰⁸ Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018.

compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.⁶⁰⁹ No entanto, esse projeto foi substituído pelo PL nº 114/2008, que foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça.⁶¹⁰

Contudo, a figura da indenização punitiva, no nosso país, ainda aparece muito vinculada aos casos envolvendo direitos do consumidor, tanto em questões individuais, quanto coletivas em sentido estrito (contratos bancários, situações envolvendo inscrição do consumidor – pessoa física ou jurídica – no cadastro de inadimplentes, atrasos de voos internacionais, prestação dos serviços de telefonia etc), não sendo, ainda, a questão referente à lesão a outros direitos metaindividuais (como, por exemplo, os decorrentes da Lei anticorrupção, da Lei de improbidade, nos casos envolvendo danos ambientais – estes mais do que os anteriores) discutida na mesma proporção. E isso se pode afirmar com base na pesquisa jurisprudencial realizada no Superior Tribunal de Justiça/STJ⁶¹¹ e nos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul/TJRS⁶¹² e de São Paulo/TJSP⁶¹³. Durante este ano de 2018, nos três Tribunais, realizou-se pesquisa delimitada à aplicação da indenização punitiva em danos extrapatrimoniais coletivos, não envolvendo casos de consumidor, no período dos últimos cinco anos, ou seja, de 13 de outubro de 2013 a 13 de outubro de 2018. De um total de 561 (quinhentos e sessenta e um) acórdãos analisados, apenas 8 (oito) faziam alguma referência à indenização punitiva, o que significa que em torno de 1,42 % (um vírgula quarenta e dois por cento) apresentava alguma discussão sobre a indenização punitiva em

⁶⁰⁹ CAMARGO, Paulo Sérgio Uchôa Fagundes Ferraz de. *Dano moral coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 73-74.

⁶¹⁰ Informação disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/84410>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁶¹¹ Em pesquisa efetuada tanto no *site* do Conselho de Justiça Federal (www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/www.justicafederal.jus.br), quanto no do próprio STJ (www.stj.jus.br), foram encontrados, com os conectores *danos morais coletivos não consumidor* “*ação civil pública*” (exatamente assim), através de busca pelo inteiro teor de acórdãos, 32 (trinta e dois) julgados, para o período de 13.10.2013 a 13.10.2018. Desses, apenas 3 (três) se referem, de alguma forma, à questão da indenização punitiva em casos não envolvendo consumidor.

⁶¹² Em pesquisa realizada no *sítio* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (<http://www.tjrs.jus.br/busca/>), utilizando-se também a busca pelo inteiro teor, com as mesmas expressões, “*danos morais coletivos*” “*ação civil pública*” e, além disso, colocando-se o termo que não se deseja pesquisar (por exemplo, no caso, *consumidor*) no campo do lado direito, na parte inferior da tela, obteve-se um resultado de 67 (sessenta e sete) acórdãos, para o mesmo período (de 13.10.2013 a 13.10.2018). Também apenas 3 (três) desses acórdãos faziam alguma referência a casos de danos extrapatrimoniais coletivos e indenização punitiva não envolvendo direitos do consumidor.

⁶¹³ Da mesma forma, em pesquisa realizada no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>), através das expressões “*danos morais coletivos*” “*NÃO consumidor*” “*ação civil pública*” (exatamente dessa forma), no inteiro teor de acórdãos, sem delimitar o tempo (porque o Tribunal de Justiça de São Paulo não permite fazer essa delimitação por tempo – ele apresenta os acórdãos em data decrescente de julgamento), obteve-se um total de 551 (quinhentos e cinquenta e um) acórdãos. No entanto, a partir da leitura do seu inteiro teor, foi possível reduzir o número para 462 (quatrocentos e sessenta e dois), todos julgados no período de 13.10.2013 a 13.10.2018. Desses, apenas 2 (dois acórdãos) referem, de alguma forma mais específica, sem fazer mera referência aos casos do Superior Tribunal de Justiça, à aplicação de indenização punitiva em danos extrapatrimoniais coletivos (sem envolver, também, as relações de consumo).

danos extrapatrimoniais coletivos, não envolvendo, frise-se, casos de direito do consumidor. Com isso, pode-se comprovar a pouca discussão do tema no âmbito jurisprudencial para os direitos metaindividuais, especialmente os difusos, mesmo nos casos que envolvem dano ambiental, consoante de demonstrará a seguir.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pode-se chegar à conclusão de que, em geral, por envolver a questão do valor da indenização punitiva um reexame de matéria fática-probatória, em razão do preceituado pela Súmula nº 7 daquela E. Corte⁶¹⁴, o Tribunal não chega a examinar a aplicação ou não da indenização punitiva como regra,⁶¹⁵ a menos que haja uma avaliação excessiva do valor da indenização, para a sua redução, o que configura exceção⁶¹⁶.

No campo ambiental, o STJ, quando discute a questão da indenização, por exceção, faz referência ao Princípio da Reparação integral, aos termos “proporcionalidade e razoabilidade”, mas não discute, especificamente, a aplicação da indenização punitiva.⁶¹⁷

Também no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a situação não é

⁶¹⁴ Súmula 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. (Súmula 7, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

⁶¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1161016/RS*. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 15 mai. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

⁶¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1355574*. Relatora: Minsitra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região). Brasília, 16 ago. 2016. Neste acórdão, que trata de poluição, pelo despejo de dejetos químicos no Rio Sergipe/SE, o valor da indenização por danos morais coletivos ambientais foi diminuído pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região e mantido pelo STJ, tendo a Ministra, em seu voto, assim sintetizado a questão: “[...].No que tange ao *quantum* indenizatório, 'a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a revisão dos valores fixados a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou insignificante, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. A verificação da razoabilidade do *quantum* indenizatório esbarra no óbice da Súmula 7/STJ'. (STJ, AgInt no AREsp 927.090/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016)”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

⁶¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 737887/SE*. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, 03 set. 2015. Este acórdão, embora diga respeito a danos extrapatrimoniais coletivos em fraudes envolvendo licitações, questão afeta à improbidade, em excerto extraído do corpo do voto do Relator, Ministro Humberto Martins, é feita referência a um outro acórdão, mais antigo, do Superior Tribunal de Justiça, em matéria ambiental, onde se pode constatar a discussão da indenização em questões ambientais, nos seguintes termos: “[...]. 2. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade da reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação das obrigações de fazer e indenizar. [...]. 3. A restauração in natura nem sempre é suficiente para reverter ou recompor, integralmente, no terreno da responsabilidade civil, o dano ambiental causado, daí não exaurir o universo dos deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*. 4. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração). 5. [...]. (REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 28/02/2012.)””. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

distinta. Dos 67 (sessenta e sete) acórdãos examinados, apenas um deles diz respeito à questão dos danos extrapatrimoniais coletivos e indenização punitiva, com utilização expressa dos termos “punir” e “coagir”,⁶¹⁸ sendo que nos demais, ou se fala em “indenização por equidade”⁶¹⁹ ou que “o valor da indenização deve representar um desincentivo para a atividade irregular”⁶²⁰.

No que se refere ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a situação não é diversa do panorama anterior. Dos 462 (quatrocentos e sessenta e dois acórdãos), apenas 2 (dois) se referiam, de alguma forma, ao tema indenização punitiva, em casos não afetos às relações de consumo, falando em "proporcionalidade" e "desestímulo à reincidência"⁶²¹ e o outro em "pedagógica punição".⁶²² Neste caso, envolvendo o ressarcimento de danos extrapatrimoniais difusos, várias pessoas haviam sido vacinadas em uma Unidade Básica de Saúde - UBS III Andradina, entre abril de 2008 e fevereiro de 2009, e sofreram infecções nos locais de aplicação das injeções, tendo ficado constatado a contaminação por bactéria que ocasionou diversas reações. Com isso, o Município de Andradina/SP foi condenado ao

⁶¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70074909250*. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, 20 jun. 2018. APELAÇÃO CÍVEL. MEIO AMBIENTE. POLUIÇÃO SONORA. DANO MORAL. QUANTUM. 1. Indenização por dano moral que decorre da própria poluição sonora, cuja ocorrência sequer é objeto de recurso, e da mesma sorte veio comprovada nos autos. O dano decorre da lesão a um bem jurídico tutelado, no caso, pela própria Constituição Federal (art. 225). O dano ambiental pode causar lesão tanto à nossa esfera objetiva, como subjetiva. A lesão encontra-se na esfera objetiva quando se relaciona com o macro-bem, pertencente a toda a coletividade; e na esfera subjetiva quando atinge o interesse particular do indivíduo. Logo, o dano moral não só poderá guardar relação com um indivíduo determinado ou um grupo de indivíduos, mas também com toda a coletividade, em razão da violação da qualidade de vida, ainda que imperceptivelmente. No caso concreto, a poluição sonora causada pela ré ultrapassou a esfera do mero dissabor, para atingir diretamente não apenas o direito subjetivo de cada uma das pessoas do entorno (vizinhança), como o direito objetivo de toda a coletividade, de gozar de um ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida. 2. Valor fixado em R\$ 10.000,00, devido ao Fundo Municipal do Meio Ambiente de Canoas, que se mostra adequado em razão do bem a ser protegido, atendendo aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e suficiência. Quantia que pune e coage o causador do dano a não praticar novo evento, sem causar enriquecimento ilícito. Recurso desprovido. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 04 dez. 2018

⁶¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70077239051*. Relatora: Laura Louzada Jaccottet. Porto Alegre, 14 nov. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁶²⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70078927001*. Relator: Des. Marcelo Bandeira Pereira. Porto Alegre: 26 set. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁶²¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Ação Civil Pública nº 9132172-45.2003.8.26.0000*. Relator: Des. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 29 abr. 2015. Em excerto do voto do Des. Hamilton Elliot Akel, em caso envolvendo improbidade administrativa de agente político, o julgador refere: “[...] Sem que com isso pretenda-se admitir a impossibilidade da compensação da lesão moral causada à coletividade, entendo que no caso em exame, atento ao princípio da proporcionalidade, já soa razoável o estabelecimento de medidas que se mostrem suficientes para impedir nova prática de improbidade. O desestímulo à reincidência também constitui objetivo desse tipo de indenização e as severas medidas do art. 12, III, da Lei 8.429/92, afiguram-se bastantes para alcançá-lo, de maneira a resgatar a paz coletiva e dignidade social”. Disponível em: <esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 05 dez 2018.

⁶²² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação nº 0008148-11.2012.8.26.0024*. Relatora: Des^a. Silvia Meirelles. São Paulo, 09 dez. 2013. Disponível em: <esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 05 dez 2018.

pagamento de uma indenização de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos extrapatrimoniais coletivos.⁶²³ Estas são referências à Teoria do Valor do Desestímulo ou *punitive damages*.

Na doutrina, a situação tem sido debatida com maior frequência.

O Ministro Raul Araújo Filho, posicionando-se favoravelmente à utilização do instituto, com adaptações, refere expressamente que há "uma tendência de formação de uma maioria afirmativa",⁶²⁴ ressaltando em relação aos *punitive damages*:

Nos termos em que formulada, a doutrina dos *Punitive Damages* informa que a reparação decorrente do dano moral deve alcançar duas finalidades: uma de compensar a ofensa causada à vítima, e outra de punir o autor da lesão, desestimulando-o, de modo a não mais praticar semelhante conduta lesiva e, ainda, servindo de exemplo à sociedade, a fim de que nenhum outro integrante se sinta encorajado a praticar condutas do mesmo jaez. Assim, por meio de um acréscimo econômico significativo no valor da reparação do dano moral, busca-se, além de satisfazer o sofrimento do lesado, punir o ofensor com o pagamento de elevada quantia pecuniária, dando à reparação nítido caráter punitivo-pedagógico.⁶²⁵

Mesmo os doutrinadores que admitem, com parcimônia, a aplicação da indenização punitiva, aceitam-na em casos de danos extrapatrimoniais coletivos, ainda que em uma visão de futuro. É o caso de Eugênio Facchini Neto que, ao se referir expressamente ao art. 944, parágrafo único, do CCB, explica:

Salienta-se que o referido dispositivo não se aplica aos danos extrapatrimoniais, permanecendo inalterada a recomendação de se levar em consideração, no arbitramento do valor dos mesmos, dentre outros fatores (como a intensidade da culpa, as circunstâncias do evento, a duração dos efeitos, a repercussão dos mesmos na vida da vítima etc.), também a condição socioeconômica tanto da vítima quanto do agente. [...]. Acreditamos, porém, que o referido parágrafo único tem suficiente potencial para, futuramente, através de uma interpretação sistemática e evolutiva, sofrer uma exegese ampliativa, vindo a albergar também a possibilidade de se conceder uma indenização superior ao montante dos danos, quando patente a desproporção entre a intensidade da culpa e o valor dos danos. Uma tal possibilidade, entre nós, representaria a adoção, do instituto das *penas privadas* (destaques no original).⁶²⁶

⁶²³ Cumpre referir excerto do voto da Relatora: "Vale citar, para tanto, parte do voto supracitado do Ministro Massami Uyeda: 'De qualquer sorte, registra-se que a indenização por dano moral tem caráter propedêutico e possui como objetivos a reparação do dano e a pedagógica punição, adequada e proporcional ao dano'. Com efeito, o valor não pode ser irrisório a ponto de não trazer aprendizado significativo, nem tão elevado que enriqueça ilicitamente a parte que pleiteia, neste caso a coletividade. Neste contexto, tenho que o valor pleiteado pelo apelante, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), é razoável e suficiente para os devidos fins, quais sejam, o pedagógico e o ressarcitório." Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

⁶²⁴ ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil. Revista do Superior Tribunal de Justiça- doutrina - edição comemorativa - 25 anos*, Brasília, p. 329-345, abr. 2014, p. 345.

⁶²⁵ ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil*, p. 333.

⁶²⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 204-205.

A respeito da delicada tarefa de fixação do dano extrapatrimonial, Caio Mário da Silva Pereira também admite a utilização da indenização punitiva:

Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: “caráter punitivo” para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o “caráter compensatório” para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.⁶²⁷

Paulo de Tarso Sanseverino, embora admita, em sua obra doutrinária, que o Superior Tribunal de Justiça tem reafirmado, nos seus julgados, a dúplici função da indenização por danos extrapatrimoniais (preventiva e punitiva), refere que não se pode confundir a função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais com os *punitive damages*⁶²⁸ e que a aplicação do instituto seria “inconstitucional”, por impor uma pena sem prévia cominação legal.⁶²⁹ Assim se pronuncia o autor:

[...]. Em alguns momentos, porém, a responsabilidade civil ainda conserva resquícios de sua função sancionatória ou punitiva, apresentando a indenização pecuniária algumas características próprias das penas privadas. Isso é particularmente sensível na indenização por dano extrapatrimonial, que apresenta também uma função sancionatória, especialmente quando se enfatiza a necessidade de punição do autor do dano. Assim, embora a função preponderante deva ser a satisfatória, a indenização por dano extrapatrimonial aparece, em muitos casos, como uma autêntica pena privada imposta ao ofensor a requerimento do ofendido. [...] Na realidade, as referências feitas à natureza punitiva da indenização para o dano extrapatrimonial, na jurisprudência, não chegam a caracterizar o reconhecimento dos *punitive damages*, constituindo apenas argumentos para justificar o arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais.⁶³⁰

No entanto, pode-se dizer que é uma suavização falar em arbitramento por equidade (que é uma forma de fixação do dano extrapatrimonial com base em um senso de justiça) nos casos em que a quantia correspondente ao dano extrapatrimonial deva ser minorada e não se admitir a aplicação de indenização punitiva quando o mesmo valor deva ser majorado, por considerar não haver uma previsão legal que, conforme visto, pode ser extraída do comando constitucional e infraconstitucional (a partir da interpretação que se faça do art. 944 do CCB).

Daniel de Andrade Levy assim se posiciona:

⁶²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 75.

⁶²⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 273.

⁶²⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, p. 274.

⁶³⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, p. 272 e 273 (grifo do autor).

[...] o dano moral coletivo é mais uma forma de canalização do caráter normativo da responsabilidade civil nas sociedades que penam a aceitar uma categoria mais bem delimitada de indenização punitiva. Somente o seu reconhecimento poderá ensejar o debate necessário à formação de um projeto legislativo sério, pressuposto essencial de uma função que já vem sendo exercida há tempos por detrás dessas máscaras.⁶³¹

Ricardo Luis Lorenzetti admite a função punitiva de danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil argentina, dizendo expressamente aquilo que se entende também valer para o nosso país:

No suposto da lesão dos bens coletivos, e o meio ambiente, o dano moral admite uma função ressarcitória e punitiva. [...]. Consolidada a tese ressarcitória, revaloriza-se progressivamente a possibilidade de utilizar a indenização como pena, recorrendo-se a tese anglo saxônica do dano punitivo. ‘Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é a pena’ [...]. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse do que preveni-lo; o dano punitivo arruína este negócio e permite a prevenção.⁶³²

Antonio Junqueira de Azevedo, ao falar do dano social e após examinar a existência de diversos dispositivos no Código Civil que aplicam sanções, penas, conclui pela admissibilidade da indenização punitiva, dizendo que “admitida a ideia de punição no direito civil e, assim, quebrado eventual preconceito sobre a radical separação das áreas jurídicas, cumpre voltarmos ao cabimento da pena na responsabilidade civil”.⁶³³ E, ainda, ao abordar o artigo 944 do Código Civil e a indenização pelo que chama de dano social, dissipa quaisquer dúvidas sobre o cabimento dos *punitive damages*, afirmando: “A ‘pena’ – agora, entre aspas, porque, no fundo, é reposição à sociedade – , visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito”.⁶³⁴

E ao abordar a chamada Lei anticorrupção, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior admite a função punitiva da indenização também nesses casos, dizendo que no Brasil, em situações envolvendo danos extrapatrimoniais coletivos em sentido amplo, a finalidade da responsabilidade civil não se resume à compensação, mas também à punição.⁶³⁵

⁶³¹ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 90. As “máscaras” às quais o autor se refere são as referências feitas na jurisprudência à razoabilidade, proporcionalidade e ao desestímulo, sem admitir-se, expressamente, do que se está falando: sobre a indenização punitiva.

⁶³² LORENZETTI, Ricardo Luis. O Direito e o desenvolvimento sustentável – teoria geral do dano ambiental moral. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 28, p. 139-149, out./dez. 2002, p. 149 (grifo do autor).

⁶³³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 211-218, jul./set. 2004, p. 213.

⁶³⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil, p. 215.

⁶³⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Quantificação do dano da corrupção*. II Seminário Internacional de Direito Privado, Contratos e Responsabilidade Civil nos 15 anos do Código Civil de 2002. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, em 22 de novembro de 2017.

O fato é que, no entedimento da autora do presente trabalho, a aplicação da indenização punitiva no Brasil é algo cuja aceitação se impõe cada vez mais. Trata-se de uma questão de interpretação do Princípio da Reparação integral em consonância com os valores estabelecidos na Carta Magna vigente: uma indenização, em casos de danos graves, incluindo a sua inviável recomposição, ao mesmo tempo em que não pode representar um valor irrisório, também não pode admitir um valor exorbitante, de forma a privar o agente responsável da sua subsistência digna. Essa questão dos valores exorbitantes, conforme se ressaltou na primeira parte deste trabalho, é uma questão que até mesmo nos Estados Unidos da América vem sendo controlada pela Suprema Corte Americana. Os valores mais expressivos ocorrem em casos envolvendo danos ambientais e, também, nos chamados ilícitos lucrativos, demonstrando, em ambos os casos, que o lucro a qualquer custo não pode "valer a pena", ainda mais quando envolvidos direitos metaindividuais.

Mas, então, como estabelecer limites para o valor da indenização, a fim de que ela possa ser majorada?

Primeiramente, entende-se que o local adequado para tanto não é a Constituição Federal (que estabelece todo um arcabouço valorativo) e nem, tão pouco, o Código Civil, que adotou, como se viu, a técnica das chamadas cláusulas gerais. A questão relativa aos critérios de fixação da indenização punitiva deve ficar clara na fundamentação, quer judicial, quer administrativa. Nos Estados Unidos da América, o Júri, conforme se viu, responde a algumas perguntas na hora da fixação do valor da indenização; no Brasil, a fim de dar maior segurança jurídica aos operadores do Direito, defende-se a fundamentação da decisão como a melhor forma de se evitar quaisquer arbitrariedades.

Dentro dessa perspectiva, pode-se sugerir a utilização dos seguintes questionamentos: a) A conduta praticada pelo ofensor foi grave? b) Essa conduta foi reiterada? c) Quais foram as circunstâncias fáticas em que ocorreu a lesão? d) A vantagem obtida com a conduta foi mais lucrativa do que o pagamento de uma possível indenização? e) Qual foi a gravidade da lesão experimentada pelas vítimas? f) A extensão do dano foi individual ou coletiva? g) Há possibilidade de recomposição do dano sofrido, considerando a natureza da lesão?

É de se frisar que se a resposta majoritária a essas questões for positiva, o aplicador da norma já terá caracterizada a possibilidade não só de aceitação da indenização punitiva, mas também de parâmetros concretos para a sua efetiva quantificação.

Somente o futuro nos dará a resposta definitiva.

CONCLUSÃO

Os sistemas jurídicos, assim como a vida humana, estão em constante transformação.

Na atual sociedade tecnológica e informatizada os desafios são muitos, principalmente no que diz respeito à eficiência dos sistemas e dos institutos jurídicos na satisfação das necessidades humanas.

Partindo-se dessas premissas e com base nos estudos de Direito comparado e do Direito brasileiro realizados, chega-se às seguintes conclusões:

1. Quanto à estrutura da responsabilidade civil: Diversos aspectos relativos à colonização, a fatores históricos e culturais, determinam uma estrutura diferenciada da responsabilidade civil, nos sistemas romano-germânicos e nos do common law.

Na França, por influência de iluministas como Diderot, Voltaire e Rousseau e, também, de juristas como Domat, Pothier, Josserand e Salleiles, durante quase dois séculos, perdutou o *Code Civil* de 1804, materializando, no antigo art. 1382 (atual art. 1240), um modelo de uma cláusula geral de responsabilidade civil, baseado na *faute* (misto de culpa, ilicitude e causalidade), passando-se, em diferentes momentos, de uma responsabilidade subjetiva, para uma responsabilidade com presunções de culpa (relativa e absoluta) até se chegar a uma responsabilidade objetiva, baseada no risco, prevista em leis especiais e hoje, com a reforma de 2016, materializada no novo *Code Civil* francês, especialmente nos artigos que tratam da responsabilidade do fato do produto e do dano ecológico (dano ambiental), mantendo-se o Código Napoleônico por mais de dois séculos e influenciando, de maneira intensa, as diferentes Codificações civis ao redor do mundo.

Na Alemanha, há que se reconhecer um sistema misto de responsabilidade civil ou intermediário: com cláusulas gerais e, também, tipificação. Num primeiro momento, no Direito alemão, não houve uma distinção entre culpa e ilicitude, mas esses conceitos começaram a ser diferenciados e, com Ihering, não apenas a distinção entre culpa e ilicitude foi realizada, como também as noções de dolo e culpa sofreram distinção. O BGB, em matéria de responsabilidade civil, possui três pequenas cláusulas: a do § 823 I, que prevê a violação de determinados bens jurídicos, referindo-se aos direitos absolutos (tipificação); a do § 823 II, configurador das chamadas normas de proteção e a do § 826, que materializa a violação aos bons costumes (uma das cláusulas gerais), exigindo dolo do agente, além de outras regras especiais.

Já nos sistemas de common law, a exemplo da Inglaterra e dos Estados Unidos, para cada tipo de dano (lesão) há um tipo de ação que a assegura, originando um sistema de *torts*

(noção que se aproxima a de delito nos sistemas romano-germânicos), o que torna a responsabilidade civil nesses países bastante ampla e diversificada, onde cada dano é regulado de forma diferente, com seus próprios requisitos e defesas. Também há uma *fault*, como fundamento da responsabilidade, mas é muito diferente da noção de *faute* francesa, havendo esquemas formalizados.

Há, ainda, a chamada *strict liability*, que corresponderia ao que se conhece nos sistemas romano-germânicos por responsabilidade objetiva, na qual não há qualquer discussão a respeito do comportamento do agente (se foi ou não negligente), dando-se especial atenção aonexo causal o que, no Direito inglês, representa um tipo de responsabilidade de rara ocorrência. Muitas são as diferenças entre o Direito inglês e o Direito americano (naquele há regras rígidas e bem definidas a respeito dos precedentes, por exemplo, enquanto neste as normas são mais flexíveis), mas há algo que cumpre destacar, principalmente para aqueles que se iniciam no estudo dos sistemas de common law: tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, embora haja o uso do precedente vinculativo, a lei também desempenha um papel importante, até mesmo com abundância legislativa nos Estados Unidos da América.

O Direito inglês é considerado a “cabeça de estirpe” do common law, pois influenciou, de sobremaneira, os demais ordenamentos jurídicos dessa família, principalmente (ainda que de forma não exclusiva) o dos Estados Unidos da América. No entanto, essa ausência de exclusividade da influência inglesa nos Estados Unidos, fez com que o Direito americano fosse menos distanciado do Direito dos países de sistema romano-germânico do que o Direito inglês.

O Direito americano, principalmente em razão de quatro fatores, diferencia-se bastante do Direito inglês: em virtude da sua forma de Estado (uma Federação, em oposição ao Estado Unitário inglês); do julgamento da responsabilidade civil pelos atos ilícitos, que no Direito americano é feito pelo Júri, em função da Emenda nº 7 daquela Constituição, enquanto que na Inglaterra (assim como na Austrália e no Canadá) a figura do Tribunal do Júri é praticamente inexistente; quanto às fontes do Direito (nos Estados Unidos, há a figura dos *Restatements of Law*, que possuem uma “aparência de Códigos”, mas que são uma compilação da jurisprudência estadual, fonte essa exclusiva do Direito americano, enquanto o costume ainda desempenha um papel de fonte secundária no Direito inglês, o que inócorre nos EUA, sem mencionar a importância da doutrina americana nas sentenças como fonte subsidiária do Direito, o que não se verifica na Inglaterra e, por fim, quanto ao chamado *tort of negligence* (tipo especial de responsabilidade, que se baseia em um dever de cuidado).

Na Inglaterra, o dever de cuidado (*duty of care*) gerador de responsabilidade civil

possui requisitos bem definidos e rígidos, sendo pouco utilizado na prática; já nos Estados Unidos, pode-se aplicar a Fórmula *Learned Hand*, que aceita a responsabilidade civil sempre que o custo do investimento necessário para evitar o dano é menor do que o valor dos danos multiplicados pela probabilidade de que eles venham a ocorrer ($B < PL$). Ademais, o povo americano é extremamente pragmático. Se houver um dano, há que ser reparado, sem serem feitas indagações a respeito de aspectos filosóficos ou sociológicos que possam envolver a questão. Essa visão não é pior e nem melhor, por si só, do que a inglesa ou, até mesmo, do que a brasileira: é apenas diferente, considerando a cultura e a realidade desses povos.

As influências francesa e espanhola ainda são sentidas (embora em franco declínio) na Louisiana/EUA, um reduto de jurisdição mista (misturas de famílias jurídicas) ainda existente em um país majoritariamente de common law.

Assim, as estruturas da responsabilidade civil são distintas nos diferentes sistemas jurídicos, com métodos e institutos também diversos, mas que não raras vezes, aproximam-se. No entanto, a finalidade colimada, seja qual for o sistema jurídico de responsabilidade civil, é a mesma: salvaguardar os interesses lesados e protegidos por aquele ordenamento jurídico de forma a satisfazer as necessidades humanas.

2. Também quanto à aceitação (ou não) dos chamados danos extrapatrimoniais as diversidades se revelam: no entanto, em maior ou menor escala, os diferentes ordenamentos e sistemas jurídicos aceitam os chamados danos extrapatrimoniais.

No presente estudo, examinou-se, especialmente, os danos com base no seu conteúdo (danos patrimoniais e extrapatrimoniais) e na extensão dos seus efeitos (individuais e/ou coletivos), dando-se destaque aos chamados danos extrapatrimoniais coletivos.

Por dano extrapatrimonial entende-se aqueles que representam uma violação aos chamados interesses existenciais, uma transgressão aos atributos da personalidade, da qual o chamado dano moral (em sentido estrito) é apenas uma espécie. Assim, os danos extrapatrimoniais (que constituem o gênero) se subdividem em: danos morais em sentido estrito (os danos anímicos, relativos à integridade física e a estabilidade da pessoa); dano corporal ou à saúde; dano estético (lesão à integridade física + abalo moral) e dano à imagem.

Outra classificação dos danos está relacionada à natureza dos direitos violados (danos individuais e coletivos), não se tratando, no caso, daqueles danos resultantes da prática por um grupo de pessoas ou nos quais haja incerteza quanto à sua autoria o que, no Brasil, chama-se responsabilidade civil de grupos. São os danos coletivos, entendidos como aqueles que atingem direitos de vários membros de uma coletividade, que pode ser constituída por um grupo determinado ou indeterminado de pessoas. São aqueles que, nas sábias palavras de

Díez-Picazo, possuem “efeitos danosos com multiplicidade de prejudicados”.

Nos sistemas romano-germânicos, como a França, por exemplo, de uma evolução tímida, passou-se, nos séculos XIX e XX, a uma ampla aceitação dos danos extrapatrimoniais, havendo, no entanto, doutrinadores franceses de grande expressão, como André Tunc, que se opunham ao seu uso. No entanto, o fato é que não apenas os textos legislativos franceses, como também a doutrina e a jurisprudência francesas foram dando, cada vez mais, uma ampla admissibilidade aos chamados danos extrapatrimoniais, reconhecendo a sua indenização em diversas situações, como, por exemplo, conforme se referiu, nos casos envolvendo prejuízo ao lazer (*préjudice d'agrément*), os danos específicos decorrentes de contaminação (vítimas de AIDS), danos decorrentes de perturbações ao meio ambiente (que acabou sendo materializado no *Code Civil* francês, após a reforma de 2016, como dano ecológico, embora nele não haja previsão expressa sobre danos extrapatrimoniais em decorrência de lesões ao meio ambiente).

Já na Alemanha, a situação é bastante diversa: apenas excepcionalmente, em casos previstos em lei (o que se depreende da leitura do § 253 do BGB), o povo alemão aceita este tipo de danos, devido ao seu grande senso de privacidade, havendo, em raríssimos casos, o seu reconhecimento pelos Tribunais germânicos.

Nos sistemas de common law, os danos extrapatrimoniais também encontram aceitação, embora com maiores restrições no Direito inglês do que no Direito americano, sendo conhecidos como *pain and suffering*, *personal injury*, *emotional distress* ou *non pecuniary loss*. No entanto, nem sempre foi assim: durante muito tempo esse sistema se negou a dar reparação aos danos extrapatrimoniais, passando, num segundo momento, a admiti-los em casos de danos resultantes de atos intencionais para, depois, finalmente, dar-lhes aplicação em situações decorrentes de negligência. Ainda, as *class actions* do Direito americano contribuem para a instrumentalização da indenização para os chamados danos coletivos, principalmente em matéria de *stress* e doenças decorrentes de problemas ambientais e, também, das fraudes nos meios empresariais, o que não é uma prioridade brasileira.

Mas há um aspecto comum nos diferentes ordenamentos jurídicos de common law: tanto os ingleses quanto os americanos não questionam a que título o dano deve ser reparado, mas apenas se ele existiu, sendo esse um dos motivos que justifica, naqueles países, a ausência de regras uniformes para a reparação de todos os danos extrapatrimoniais.

3. O instituto da indenização punitiva também apresenta “diferentes colorações” nos diversos sistemas jurídicos, com maior aceitação nos sistemas de common law, por diferentes fatores. O primeiro deles diz respeito à formação religiosa de cada país: na França, a ideia de pena está ligada à noção de ato ilícito, de culpa, de castigo, influenciada pela Igreja Católica,

enquanto que na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, com base na religião protestante, adotam-se os princípios morais do Calvinismo, onde somente o indivíduo, pelo seu esforço, pode superar os problemas do cotidiano, sendo a indenização punitiva um presente para os que se esforçam em levar os seus conflitos à apreciação do Judiciário. Um segundo fator que vai determinar a aceitação (ou não) da indenização punitiva diz respeito ao enriquecimento ilícito: nos sistemas romano-germânicos, como a França e a Alemanha, por exemplo, a vítima, ganhadora da indenização, tem o seu patrimônio “acrescido” sem qualquer esforço, o que leva à rejeição da sua aplicação, sendo que a ideia de enriquecimento sem causa sequer é cogitada no common law. Por outro lado, também a colonização oferece uma conotação diferenciada ao instituto: enquanto os Estados Unidos da América se formou a partir de dissidências de colônias inglesas, na tentativa de contraposição às injustiças na Europa, objetivando à construção de uma sociedade fundada no trabalho e no esforço, com o banimento dos *bad players*, os franceses, espanhóis e portugueses queriam extrair tudo o que podiam das suas colônias, para se fortalecerem, não sendo favoráveis a qualquer punição a esse tipo de comportamento. Ainda, nos Estados Unidos da América o papel do Júri nas decisões das indenizações é uma forma do povo se contrapor ao poder do Estado, fortalecendo o uso da indenização punitiva no common law. Ainda, a questão dos pressupostos metodológicos diversos tem um papel fundamental na aceitação ou rejeição dos *punitive damages* nos diferentes sistemas jurídicos: enquanto nos sistemas romano-germânicos a Codificação traz uma dificuldade de delineamento do instituto, ao contrário, no common law, o raciocínio pragmático, de resolução a partir do caso concreto, provoca a sua aceitação e estimula o seu desenvolvimento.

Tanto na França (mesmo após a reforma do *Code* civil de 2016, sendo que no art. 1371 do Avant-Projet Catala o instituto estava previsto, mas não vingou) quanto na Alemanha não há previsão legal expressa a respeito do tema.

Na França, embora haja intensa discussão doutrinária sobre a matéria, a jurisprudência ainda se mostra relutante na sua aceitação, pois os magistrados franceses, ao estabelecerem a reparação integral, não precisam motivar as suas decisões sobre “as questões de fundo” e, então, o caráter punitivo da indenização fica “embutido” na verba compensatória dos danos extrapatrimoniais.

Por outro lado, na Alemanha, a aceitação mínima, excepcional, da indenização punitiva decorre da própria visão restritiva que o povo germânico possui em relação aos danos extrapatrimoniais, não priorizando a compensação, mas sim a reparação *in natura*, tanto quanto possível. Além disso, para os alemães, a aplicação da indenização punitiva ofende aos

princípios constitucionais, dentre eles, o da Proporcionalidade, cabendo, por exceção, em casos envolvendo ilícitos lucrativos.

No entanto, no common law, a situação é diversa: a aceitação do instituto é reconhecida, tendo sua origem no Direito inglês e seu amplo desenvolvimento no Direito americano.

Na Inglaterra, surgiram de forma autônoma (como *exemplary damages*) apenas no século XVIII, sendo que, apenas no decorrer do século XIX, a figura foi se separando dos danos extrapatrimoniais. Contudo, o caso que marcou os limites e funções da indenização punitiva como tal no país foi em 1964 – *Rookes v. Barnard*, limitando-se a sua ocorrência a três hipóteses: condutas opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais por parte de funcionários do governo; conduta premeditada do ofensor para ter lucro em desfavor da vítima e nas situações em que há previsão legal expressa. Naquele país, são muito usados em situações envolvendo propriedade industrial e concorrência desleal, nos ilícitos lucrativos, possuindo aplicações específicas, não sendo o instituto tão difundido quanto nos Estados Unidos da América. Neste país, ao contrário, a matéria é objeto de amplo desenvolvimento, havendo uma aceitação diferenciada nos 50 (cinquenta) estados da Federação americana. Alguns estados chegam a não aceitar a figura da indenização punitiva (Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire e Washington), enquanto outros, como o Alabama e Idaho, impõem uma limitação de valor e um terceiro grupo adota a figura da chamada indenização fluída (*fluid recovery*), onde uma parte do valor é destinado às vítimas e, a outra parte, a fundos estaduais, como ocorre em oito estados americanos (Georgia; Indiana; Iowa; Alaska; Missouri; Utah; Oregon e Illinois).

Também nos Estados Unidos da América, à semelhança do que ocorreu na Inglaterra, os primeiros casos de indenização punitiva envolviam insultos e humilhações sofridos pelas vítimas (por exemplo, *Genay v. Norris* – 1784), nascendo o instituto atrelado aos danos extrapatrimoniais, o que foi se modificando a partir do século XIX.

Hoje, nos Estados Unidos da América, o instituto da indenização punitiva é uma constante em condutas altamente reprováveis, com requisitos objetivos e subjetivos comuns nos diferentes estados da Federação americana. São requisitos objetivos os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil extracontratual, enquanto que os subjetivos são aqueles pertinentes à própria conduta do autor do dano e que não são cumulativos, sendo representados pela malícia (*malicious*- que é uma espécie de dolo, ato intencional), pela imprudência (*recklessness*- envolve o conhecimento e a desconsideração consciente de um risco) ou negligência grosseira (*gross negligence*- ocorre quando o

requerido deveria ter sabido, mas não soube, que um risco de dano substancial e injustificável poderia ocorrer).

Dentro desse cenário, a Suprema Corte americana desempenha um papel imprescindível, tanto no que se refere à quantificação da indenização punitiva, quanto no que tange à definição dos requisitos necessários para a sua aplicação.

A partir de diversos *cases*, destacando-se, dentre eles, *BMW v. Ira Gore Jr.* (1996) e *State Farm v. Campbell* (2003), é possível ressaltar, no mínimo, três parâmetros que a Suprema Corte daquele país utiliza nos casos envolvendo indenização punitiva: investigação acerca do grau de censurabilidade da conduta do réu; proporção entre o valor da indenização punitiva e os danos sofridos pelas vítimas (o chamado dígito único) e a existência de sanções por condutas semelhantes em leis ou regulamentos.

Por tudo o que se analisou neste trabalho, as duas principais críticas ao instituto, dentro ou fora dos Estados Unidos da América, no sentido de que essas indenizações são frequentes e vultosas, não subsistem a um exame criterioso do instituto: segundo estudos realizados por Anthony Sebok, embora requerida em inúmeros casos, apenas em poucos a indenização punitiva é concedida naquela país (de 1% a 5% dos casos postulados, tão somente) e, ainda, os valores estão sendo cada vez mais reduzidos pela Suprema Corte americana, em função do dígito único e pelas legislações estaduais, pois algumas limitam o valor máximo a ser concedido a título de indenização punitiva.

Ademais, é preciso deixar claro, nem sempre as indenizações punitivas são de alto valor se comparadas aos danos inflingidos às vítimas de uma lesão, que são de difícil ou impossível reparação, incluindo os danos extrapatrimoniais, a exemplo do ocorrido nos casos *Exxon Valdez*, no Alasca (1989) e na explosão da plataforma de petróleo *DeepWater Horizon*, no Golfo do México, em 2010.

Tudo isso demonstra que a adoção de um regime de responsabilidade civil puramente reparatório ou compensatório serve como elemento de incentivo à prática de danos, ao menos, de difícil reparação/compensação, tornando necessária a adoção da indenização punitiva como expressão do Princípio da Reparação integral, sendo que nem mesmo nos Estados Unidos da América, há um critério matemático para a caracterização do instituto.

Num segundo momento deste trabalho, passa-se ao exame da estrutura da responsabilidade civil no Brasil, a evolução e a aceitação dos danos extrapatrimoniais e dos danos coletivos, analisando-se a compatibilidade entre a indenização punitiva e aqueles.

4. O sistema de responsabilidade civil extracontratual brasileiro (integrante da família romano-germânica) constitui um misto entre o sistema francês (baseado na cláusula geral, que

teve influência marcante no revogado CC de 1916) e o sistema alemão (através das cláusulas abertas, tão presentes no atual CC de 2002, como, por exemplo, a da boa-fé objetiva, atuando como verdadeiro limite ao exercício de direitos subjetivos). São pressupostos dessa responsabilidade civil extracontratual: a conduta, o nexo causal, o chamado nexo de imputação (para alguns) e o dano, oferecendo-se especial atenção aos danos extrapatrimoniais coletivos, entre eles, os danos ambientais e os danos ocasionados pela corrupção.

No que diz respeito ao primeiro desses pressupostos – a conduta – procurou-se examinar os seus fundamentos, apresentando-se, num primeiro momento, como a culpa, onde o centro das atenções era a conduta do autor do dano, passando-se, posteriormente, para uma presunção da culpa e, mais adiante, para o risco, onde o núcleo das atenções não é mais o autor do dano, mas a própria vítima, até se falar, no século XXI, em responsabilidade por antecipação, onde o fundamento é a prevenção a riscos maiores, para as atuais e para as futuras gerações.

Mas o fato é que o sistema de responsabilidade civil extracontratual no Direito brasileiro nasceu intimamente ligado à noção de delitos e de penas do Direito romano: na noção de delito romana estava enraizada a ideia de vingança (isso explica, em parte, a dificuldade de aceitação da indenização punitiva no Brasil), enquanto que os quase delitos introduziram, no Direito romano, a noção de responsabilidade sem culpa. Nas Institutas de Gaio já se distinguia entre as obrigações por delito e as obrigações por contrato, encontrando-se na chamada *Lex Aquilia* (século III a. C) as origens da culpa da responsabilidade extracontratual ou aquiliana das famílias jurídicas romano-germânicas.

Mas a noção de um princípio geral de responsabilidade por danos, separando-se as noções de pena e de reparação, é obra do Direito moderno (embora tenha tido origem no Jusracionalismo), difundida, no século XIX, especialmente, por dois franceses: Jean Domat e Pothier.

No Brasil, a noção de culpa carregava a ideia de pecado, sendo, inicialmente, uma culpa psicológica, vinculada à moral, mas foi a partir da dificuldade da sua prova por parte da vítima que fez com que se buscasse (não apenas no nosso país, mas também em outros de sistema romano-germânico) uma verdadeira ressignificação da responsabilidade civil: da culpa como fundamento passou-se às presunções de culpa, com a inversão do ônus da prova em favor da vítima (primeiro, presunções relativas; depois, presunções absolutas), passando-se de uma culpa psicológica para uma culpa normativa. No nosso país, as obras dos franceses Saleilles e de Louis Josserand tiveram influência decisiva na atenuação da culpa, somando-se a eventos como a Revolução Industrial, que trouxe os acidentes ligados às “novas

tecnologias”, os acidentes de trabalho, passando o risco a ser também fundamento para a responsabilidade civil, desenvolvendo-se a chamada responsabilidade objetiva.

Dentre as diversas teorias que surgiram a respeito do risco, destaca-se a Teoria do Risco-proveito, presente, no Brasil, na atividade do empresário (art. 931 do CCB); a Teoria do Risco Criado, adotada pelo art. 927, parágrafo único, do atual CCB e a chamada Teoria do Risco profissional. De tudo isso, entende-se que no atual Código Civil brasileiro os regimes de responsabilidade civil subjetiva (art. 186 c/c art. 927, *caput*) e objetiva (art. 187 c/c art. 927, parágrafo único e arts. 931, 932 e 933) subsistem.

Mas foi com o surgimento da Constituição Federal brasileira de 1988 que se abriu, decisivamente, os caminhos para um novo regime de responsabilidade civil no país, na busca da sua eficiência.

O segundo elemento caracterizador da responsabilidade civil no Brasil é uma figura de grande complexidade, encontrando barreiras não apenas práticas, mas também naturais e jurídicas: é o nexa causal, esse liame entre a conduta (omissiva ou comissiva) e o resultado danoso. A grande mudança na questão do nexa causal também se deu com o surgimento da responsabilidade objetiva, com uma discussão em torno da causalidade jurídica, através de Teorias generalizadoras e Teorias individualizadoras. Entre essas teorias, merecem destaque: a Teoria da Equivalência das Condições (que aceita quaisquer das causas como eficiente), adotada, no Brasil, pelo Código Penal (art. 13 do CPB), mas porque na seara criminal a tipicidade limita o nexa de causalidade, o que não ocorre em matéria de responsabilidade civil, onde o nexa causal, por essa teoria, é elevado ao infinito; a Teoria da Causalidade Adequada, onde causa é aquela mais apta à produção de um resultado, tendo como principal problema a sua abstração; a chamada Teoria da Causalidade Eficiente (é apenas uma das causas que produz o evento danoso), sendo que o principal óbice a essa teoria é a falta de critérios para determinar o que pode ser considerado como causa eficiente e a Teoria da Causalidade Direta ou Imediata (causa é aquela que tem maior proximidade – lógica e não temporal – com o prejuízo), sendo adotada no atual CCB (art. 403), assim como também o era no revogado Código Civil de 1916 (art. 1060). No entanto, ela também possui alguns obstáculos, sendo o principal deles a figura dos danos indiretos que surgem, muitas vezes, de causas também indiretas. Os seus defensores, no Brasil, utilizam-se da necessidade da conduta causadora do dano como seu principal argumento.

O certo é que estamos vivenciando no país, há algum tempo, uma crise do nexa de causalidade, cujo caminho para a superação pode estar numa nova distribuição do ônus da prova, especialmente como surgimento de um novo Código de Processo civil brasileiro.

Há, ainda, um terceiro elemento, que nem todos os autores brasileiros fazem a diferenciação entre ele e o nexos de causalidade: é o chamado nexos de imputação. No entanto, entende-se essa diferenciação como imprescindível à boa técnica: resumidamente, o nexos causal está relacionado a fatores objetivos e externos, enquanto o nexos de imputação possui caráter subjetivo e interno: significa atribuir a responsabilidade a uma determinada pessoa (pode-se dizer que é a titularização da responsabilidade civil).

O quarto pressuposto configurador da responsabilidade civil é o objeto específico do nosso estudo: o dano, mas não todo e qualquer dano, mas os danos extrapatrimoniais e coletivos, sendo de se ressaltar que a figura do dano extrapatrimonial, no Brasil, nasceu “fusionada” com o dano patrimonial e individual, o que foi se modificando com o decorrer do tempo.

5. E como se deu, no Brasil, a aceitação dos chamados danos extrapatrimoniais? E de que maneira a promulgação da Constituição Federal de 1988 influenciou na aceitação desses danos e na interpretação do chamado Princípio da reparação integral em matéria de responsabilidade civil?

Num primeiro momento, da total inaceitabilidade, passou-se a discutir a aceitação dos danos extrapatrimoniais nos anteprojetos de Códigos Civis do país, destacando-se a Consolidação das Leis Civis de Augusto Teixeira de Freitas (art. 800), que previa, expressamente, a possibilidade desses danos e o projeto de Clóvis Beviláqua, porque este renomado civilista brasileiro teve posições conflitantes acerca do tema. O fato é que, já sob a égide do hoje revogado CCB de 1916, havia diferentes posições doutrinárias sobre o assunto: alguns entendiam que os danos extrapatrimoniais não estavam contemplados no CCB de 1916; outros entendiam que só seriam aceitos excepcionalmente, desde que com previsão no estatuto civil ou em legislação esparsa e, ainda, uma terceira corrente defendia a sua contemplação no CCB de 1916. O fato é que, mesmo antes do CC de 1916, já havia a previsão de danos extrapatrimoniais em legislação esparsa, como, por exemplo, no Decreto nº 2.681/1912 (que tratava da responsabilidade civil nas estradas de ferro), sendo seguido por várias leis, entre elas, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 4.117/1962); o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965); a antiga Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 5.988/73, hoje modificada e atualizada pela Lei nº 9.610/98) e a lei que trata da responsabilidade civil por atividades nucleares (Lei nº 6.453/1977). Ademais, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal foi se formando uma posição favorável à admissão do instituto.

Mas o fato é que todo esse panorama de extrema conflituosidade na admissão dos danos extrapatrimoniais foi alterado com a promulgação da Constituição Federal de 1988,

trazendo uma efetiva aceitação desses danos, em seu art. 5º, incisos V e X e com a sua admissão expressa em microssistemas como o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 15 e 17).

Diante de toda essa nova situação, surgiu um novo CCB – o de 2002 – baseado em três princípios, sintetizados por Miguel Reale como a eticidade, a socialidade e a operabilidade, passando-se de um Código Civil individualista e patrimonialista para um Código Civil coletivo e também voltado para os chamados interesses existenciais, conceito que se desenvolveu, no Brasil, com base na doutrina italiana de Pietro Perlingeri, com resgate a “uma jurisprudência de valores e não apenas de interesses”. Posteriormente, essa ideia também foi desenvolvida por autores brasileiros, adeptos da Escola do Direito Civil Constitucional, que tem como fundamentos básicos a natureza normativa da Constituição, a unidade e complexidade do ordenamento jurídico e a interpretação com fins aplicativos, sem implicar banalização do conceito de dignidade da pessoa humana, umas das tantas críticas dirigidas a essa Escola, que possui o inegável mérito de pensar o Direito Civil contemporâneo de forma a dar tecnicidade e utilidade para os valores constitucionais de forma diferenciada do que até então vinha sendo realizado no nosso país.

A dignidade da pessoa humana (com matriz kantiana), em suas relações concretas, é trazida para o centro do ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III), não no seu aspecto puramente individual, mas em perspectiva solidária e relacional. Esse entendimento não significa, de forma alguma, uma “marginalização” dos interesses patrimoniais, mas sim uma priorização de valores, tendo como estrela guia a dignidade da pessoa humana e a consciência da existência de um dever geral de solidariedade, previsto no art. 3º, I, do texto constitucional.

No que tange à responsabilidade civil, essa nova forma de entender e aplicar o Direito Civil influenciou na ressignificação das funções do instituto, implicando alteração na materialização do próprio Princípio da Reparação integral. O que significa, então, reparar o dano?

É preciso ter em mente que o fundamento do Princípio da Reparação integral, ainda que tenha sido, no início, a justiça corretiva de Aristóteles, num segundo momento, passou a ser a justiça comutativa (baseada na ideia de troca). Então, reparar é restaurar, consertar, sob uma tríplice perspectiva: não se resume à reparação/indenização (quer *in natura* ou em pecúnia), própria dos danos patrimoniais, ou à compensação (inerente aos danos extrapatrimoniais, de difícil recomposição ou substituição), representando também uma punição (pela conduta passada, tão discutida nos sistemas de responsabilidade civil romano-

germânicas e tida por alguns doutrinadores brasileiros como inconstitucional) e uma dissuasão (aqui se consideram as condutas futuras), constituindo um efeito pedagógico, desestimulador para o autor do dano, adotando-se, dentre as muitas classificações possíveis e apresentadas no decorrer deste trabalho, aquela proposta por Eugênio Facchini Neto.

6. Através dessa evolução de conceitos no panorama civilístico brasileiro, chega-se à delimitação do objeto do nosso estudo: o dano extrapatrimonial coletivo.

O dano deve ser entendido como qualquer lesão à esfera jurídica alheia, que poderá atingir bens materiais e/ou imateriais, sendo esta uma classificação atinente ao conteúdo dos danos, não havendo uma correspondência precisa entre danos patrimoniais e lesão a bens materiais ou entre danos extrapatrimoniais e ofensa a bens imateriais, pois, como visto, pode um dano extrapatrimonial advir de uma lesão a bem material, desde que este esteja marcado, para o seu titular, por uma especial afeição.

E dentro dessa classificação de conteúdo dos danos, embora se tenha conhecimento da ampla utilização doutrinária, no Brasil, da expressão danos morais como sinônima de danos extrapatrimoniais, sem diferenciá-los dos danos morais em sentido estrito, optou-se por adotar a classificação proposta por Bruno Miragem, dada a sua tecnicidade.

Conforme se advertiu ao longo deste trabalho, no rigor científico, direitos e interesses não são sinônimos, mas na classificação adotada tendo em vista a extensão dos efeitos dos danos, as expressões são aqui adotadas como sinônimas. Assim, há que falar em direitos coletivos lato senso (que são o gênero), dos quais são espécies: os direitos ou interesses difusos (de natureza indivisível e de que são titulares toda a coletividade, um número indeterminado de pessoas, não possuindo qualquer vínculo associativo entre os interessados); os direitos ou interesses coletivos em sentido estrito (que apesar de atingirem um número indeterminado de pessoas e serem também indivisíveis, possuem uma esfera mais restrita de indeterminação do que os difusos, pois pertencem a um grupo ou categoria, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base) e os direitos individuais homogêneos (que não são verdadeiros interesses coletivos, mas interesses individuais que, devido à sua origem comum, a tutela coletiva é autorizada pelo ordenamento jurídico, mas que por serem individuais, não são examinados neste trabalho), previstos, respectivamente, no art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III, do CDC (Lei nº 8.078/1990).

Esses tipos de direitos, interesses, quando violados, dão origem aos chamados danos coletivos, que tiveram a sua aceitação, no Brasil, mesmo antes da atual Constituição Federal, através da Lei nº 4.717/65 – Lei da Ação Popular e da Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública. Contudo, foi a Carta Magna vigente que, no nosso país, não apenas reconheceu

diversos direitos coletivos em sentido lato, como também criou diversos instrumentos para a sua defesa, como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e atribuindo ao Ministério Público a legitimidade para a sua defesa em juízo (art. 129, III) embora, como se disse, o conceito legal tenha sido dado posteriormente à Carta Política, pelo CDC.

A classificação legal, no entanto, não tem impedido o surgimento de novos estudos e classificações no que tange a esses direitos e respectivos danos, sendo oportuno ressaltar a proposta por Edilson Vitorelli, baseada no conceito de sociedade apresentado por Anthony Elliot e Bryan Turner.

Há, ainda, que se mencionar a vinculação entre os danos extrapatrimoniais coletivos e os direitos humanos, constituindo aqueles verdadeiros direitos fundamentais de terceira dimensão, porque se “despreendem da figura do homem como seu titular, para se destinarem à proteção de grupos humanos”, justamente o que ocorre nos direitos de titularidade difusa e coletiva em sentido estrito.

Com o panorama brasileiro delineado, escolheu-se dois exemplos de danos extrapatrimoniais coletivos bastante presentes na sociedade contemporânea: os decorrentes da degradação ambiental e os causados pela corrupção.

7. O dano extrapatrimonial coletivo ambiental está diretamente relacionado, na sociedade contemporânea, com as questões do risco ambiental e do desenvolvimento sustentável, tornando cada vez mais necessária a reflexão acerca da delicada relação entre o homem e o meio ambiente. Todo o cenário de transformações ambientais que se presencia produz efeitos nocivos (até mesmo de caráter transnacional) sobre o ser humano não apenas como indivíduo, mas como membro de uma coletividade, impondo uma abordagem ética sobre o assunto. Em virtude disso, vários diplomas europeus foram surgindo para tratar das questões relativas ao meio ambiente, destacando-se, entre as pioneiras, a Convenção de Estocolmo de 1972, na Suécia, inédita, até então, por abordar o tema ambiental não apenas sob o ponto de vista científico, mas contextualizando-o nos meios políticos e econômicos. Mas foram acidentes como o do navio Exxon Valdez, na costa do Alasca, em 1988, bem como o derramamento de 1.290 toneladas de óleo na Baía de Guanabara – Rio de Janeiro/Brasil, que fizeram com que surgissem, cada vez mais, conferências ambientais, como a Conferência do Rio de Janeiro de 1992, da qual resultaram como diplomas normativos a Convenção da Diversidade Biológica e a Convenção sobre Mudanças Climáticas, de suma importância na atualidade.

O acidente nuclear em Chernobil corroborou e evidenciou a presença de danos extrapatrimoniais coletivos ambientais, ao expor para o mundo os danos ocasionados não só à

integridade corporal, como também à saúde e à integridade psíquica de inúmeras pessoas, ocasionando abortos, deformidades e doenças crônicas à toda uma população.

O mundo despertou (ainda que após uma dura realidade, com tragédias humanas) para a existência de um direito humano fundamental de todos a uma qualidade de vida que permita a realização e a concretização dos demais direitos humanos, inclusive com a discussão a respeito da formação e desenvolvimento de um terceiro Pacto Internacional de Direitos Humanos ao Meio Ambiente, a fim de estabelecer direitos e obrigações entre países em matéria ambiental, incluindo a reparação integral possível dos danos ambientais.

No Brasil, com a Constituição Federal de 1988 (art. 225), o direito ao meio ambiente sadio constitui um direito fundamental, de 3ª geração, envolvendo o direito à vida, à saúde e à própria dignidade da pessoa humana e, quando a Carta Política brasileira fala em qualidade de vida, está interligando o direito ao meio ambiente com a saúde física e psíquica dos seres humanos. O direito ao meio ambiente sadio é de titularidade difusa, projetando-se para o futuro e representando a inexistência de um direito adquirido à reparação e à poluição, principalmente, através dos princípios da Precaução, ligado à ideia de incerteza e que o ônus da prova é do degradador ambiental e não da população e o do Poluidor-pagador (“quem suja, limpa”, diz o Ministro Herman Benjamin).

Dessa forma, no nosso país, em matéria de danos ambientais, adota-se a responsabilidade objetiva, com base na Teoria do Risco Integral, não se admitindo prova em contrário do nexo de causalidade, ao contrário do regime do nexo causal adotado no CCB que é o do Risco Criado.

No entanto, a lesão ao “macrobem” ambiental não provoca apenas danos extrapatrimoniais individuais, mas também os danos extrapatrimoniais coletivos, usando-se a nomenclatura esclarecida ao longo do presente trabalho, admitindo-se, como bem lembra o jurista argentino Ricardo Lorenzetti, “o Direito Privado como proteção de bens coletivos”: não é só a poluição da água, do mar, os efeitos nocivos causados na vida de toda uma comunidade, mas também afetando a imagem que toda uma população ou Nação tem perante os demais países, havendo doutrinadores que sustentam a independência entre os danos extrapatrimoniais ambientais individuais e os danos extrapatrimoniais ambientais coletivos, posição com a qual se concorda, embora, como visto, haja quem, na doutrina brasileira, ainda que minoritária, não admita a existência desses danos ambientais extrapatrimoniais coletivos. E a maior comprovação desses danos, em termos práticos, evidencia-se, infelizmente, como rotina, na sociedade brasileira, bastando lembrar-se os casos de rompimento das barragens de Mariana e de Brumadinho, em Minas Gerais, com seus diversos prejuízos à população,

impondo uma reflexão urgente sobre uma ressignificação da responsabilidade civil em atendimento às necessidades contemporâneas.

8. Também o dano extrapatrimonial coletivo decorrente da corrupção se mostra cada vez mais aparente na sociedade de massas, com amplitude internacional. A corrupção, conhecida desde a antiga civilização romana, foi acompanhando o homem no decorrer da sua evolução, sem limites de fronteiras, raças ou religião.

O seu combate está relacionado não apenas à exigência de um desenvolvimento sustentável, mas também a boa gestão de recursos públicos. O conceito de corrupção é, sem sombra de dúvida, complexo: envolve aspectos sociológicos, econômicos, políticos e éticos, abrangendo agentes públicos e privados, não havendo um significado unívoco sobre o termo.

No âmbito internacional, na luta para a sua contenção, cabe lembrar o *Foreign Corrupt Practice* (1977), a Convenção da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (1997) e a Convenção da ONU sobre corrupção, ratificada pelo Brasil em 2006 que, no seu art. 35, trata do aspecto específico da indenização por corrupção.

Discute-se, como visto, não só no Brasil, mas pelo mundo, se haveria um direito humano fundamental a ser livre da corrupção (para os que admitem, um direito de terceira dimensão), mas não há um consenso, ainda, sobre o assunto. O importante é que a sociedade contemporânea está retomando a discussão da aplicação da ética em diferentes ramos e, principalmente, na rediscussão sobre os limites morais de mercado, como lembra Michael Sandel.

No entanto, os custos sociais e políticos decorrentes da corrupção impressionam, não sendo uma exclusividade brasileira: segundo dados obtidos pelo Relatório da Transparência Internacional, numa lista de 176 (cento e setenta e seis) países no mundo, em 2017, o Brasil estava na 79ª posição.

No cenário brasileiro, a corrupção esteve presente em todas as Constituições, inclusive na do Império (de 1824), bem como em leis esparsas, mas no que diz respeito à responsabilidade civil pelos danos causados pela prática de atos de corrupção, destacam-se as Leis Pitombo Godoi Ilha (Lei 3.164/1957), Billac Pinto (Lei 3.502/1958), a Lei da Ação Popular (lei 4.717/1965), a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), a Lei de Improbidade Administrativa (lei 8.429/1992) e a mais recente Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

Embora, como se afirmou, o conceito de corrupção seja multidimensional, o art. 5º da Lei 12.846/2013 define o que, no Brasil, deve ser entendido como ato de corrupção, sendo seus elementos indicativos (mas não determinantes) a presença do desvio de poder e do enriquecimento ilícito (mas, é preciso ressaltar, pode haver ato de corrupção sem que haja

enriquecimento ilícito).

Os arts. 1º a 3º da Lei 12.846/2013 definem o seu âmbito de aplicação, estabelecendo que são os atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas de direito privado (nacionais ou estrangeiras) contra a Administração Pública (também nacional ou estrangeira), podendo ter como sujeitos ativos: sociedades empresárias; sociedades simples; fundações (menos as de direito público); associações ou sociedades estrangeiras. Ou seja: essa lei se aplica às pessoas jurídicas de direito privado (e não às pessoas físicas) que se relacionam com a Administração Pública (União, estados e municípios), incluindo organismos internacionais, restando caracterizada uma responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, baseada no seu art. 2º.

Contudo, na Lei Anticorrupção, à semelhança do que ocorre na Lei de Improbidade, a responsabilidade das pessoas físicas é subjetiva (art. 3º), sendo uma responsabilidade independente da administrativa e, também, da criminal, por força do seu art. 30.

O seu principal ponto de diferenciação em relação à Lei de Improbidade Administrativa é que nesta há um agente público e/ou um particular (pessoa física) que recebe verbas públicas e que se beneficia com o ato daquele ou, pelo menos, com ele colabora, atuando ou se omitindo em detrimento do patrimônio público. Na Lei 8.429/1992, em ponto de contato com a Lei anticorrupção, a responsabilidade da pessoa física também é subjetiva, podendo ocorrer a título de dolo ou culpa (art. 10) ou apenas na modalidade dolosa (arts. 9º e 11).

Então, como se dá a reparação do dano na Lei 12.846/2013 e quando se pode considerar a corrupção como causa de um dano extrapatrimonial coletivo?

A Lei 12.846/2013 fala em reparação integral do dano e assegura a independência de instâncias para a aplicação de sanções (arts. 6º, § 3º e 21, parágrafo único), o que significa que a indenização civil por danos extrapatrimoniais coletivos pode ser aplicada cumulativamente com outras sanções, de caráter administrativo, como a multa (no caso, de 0,1% a 20% do faturamento mínimo da empresa) e a publicação da sentença condenatória, o que não obstaculiza a indenização por responsabilidade civil na esfera judicial.

A corrupção se evidencia como causa de um dano extrapatrimonial coletivo toda a vez que ela desperta um sentimento de desmoralização das instituições, implicando desgaste da democracia em um país, além de quando ela afeta direitos dos cidadãos das mais variadas formas, seja através da prestação de um serviço deficiente do Poder Público, tanto na área da saúde quanto na área da educação ou quando há demora na realização de obras essenciais à população ou, ainda, quando se utiliza a coisa pública como um verdadeiro “balcão dos negócios privados”, atingindo a coletividade. A corrupção provoca o abalo reputacional não

apenas da própria instituição, mas conduz à frustração profissional das pessoas que nela trabalham e não pactuam com os seus “esquemas”.

A jurisprudência brasileira começou a admitir os danos extrapatrimoniais coletivos, inicialmente, em casos envolvendo improbidade administrativa, como o da “Cidade da Música”, em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, mencionado no decorrer deste trabalho.

Nestes casos (de danos extrapatrimoniais coletivos decorrentes da corrupção), caberia a cumulação da indenização punitiva (na responsabilidade civil) com outras formas de sanção?

Entende-se que sim, inclusive, na espécie, com fundamento legal (os citados arts. 6º, § 3º e 21, ambos da Lei 12.846/2013), pois há uma complementariedade entre a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado e a responsabilidade administrativa dessa pessoa jurídica pela conduta ilícita que os seus agentes tenham causado ao Poder Público. Isso corrobora a reparação integral dos danos extrapatrimoniais coletivos em sua tríplice função (compensatória, punitiva e dissuasória), consoante se vem afirmando e examinando ao longo do presente estudo. E, ainda, seriam os acordos de leniência impeditivos para a aplicação da indenização punitiva?

Entende-se que também não. Os chamados acordos de leniência, de origem no Direito americano na década de 70, são, em síntese, pactos celebrados entre o Poder Público e pessoas que se envolveram, de alguma forma, com a prática da irregularidade: mediante o fornecimento de informações, há um abrandamento da lei.

No Brasil, a Lei anticorrupção exige vários requisitos para a celebração desses acordos, previstos em seu art. 16, e, expressamente, referem que eles são causa de diminuição da multa administrativa (art. 16, § § 2º e 3º), mas que não impedem a reparação integral do dano (interpretação conjunta dos arts. 6º, II; 16, § 2º e 19, IV). Ademais, conforme ressaltado pela doutrina brasileira, esses acordos de leniência celebrados em razão da prática de atos de corrupção que ocasionem danos extrapatrimoniais coletivos, por atingirem a coletividade, envolvem direitos indisponíveis, não cabendo ao Poder Público qualquer forma de disposição.

9. Por fim, passa-se ao exame das perguntas cruciais que nos motivaram na realização deste trabalho: são os danos extrapatrimoniais coletivos e a indenização punitiva realidades conciliáveis? Em caso positivo, quais são os fundamentos e os critérios prospectivos para a sua aplicação no Brasil?

No nosso país, ainda há bastante oposição à aplicação da indenização punitiva, tanto por parte da doutrina quanto da jurisprudência.

Na doutrina, há quem não admita a sua aplicação de forma peremptória, desde os

autores mais clássicos (posição compreensível, já que, naqueles tempos, não havia uma sociedade de massas como hoje, tais como, José de Aguiar Dias e Clóvis Veríssimo do Couto e Silva) até os mais recentes (como Anderson Schreiber, Judith Martins-Costa e Nelson Rosenvald, por exemplo), como aqueles que admitem a sua utilização por exceção, nos casos de danos coletivos (Maria Celina Bodin de Moraes) e extrapatrimoniais (Eugênio Facchini Neto) e, ainda, os que adotam uma posição distinta, como Paulo de Tarso Sanseverino, que admite a função punitiva da indenização nos casos de danos extrapatrimoniais coletivos, mas entende que a função punitiva da responsabilidade não pode ser “confundida” com o instituto dos *punitive damages*, falando em arbitramento equitativo do instituto.

Todavia, em uma quarta posição, há doutrinadores nacionais e, até mesmo, latino-americanos, que possuem grande influência no Direito privado brasileiro, como é o caso do jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti (o qual se refere, expressamente, à sua aplicação nos danos extrapatrimoniais ambientais e, ainda, à utilização do que reconhece como “a tese anglo-saxônica dos danos punitivos”), que admitem a aplicação do instituto dos *punitive damages*, igualando-os à função punitiva da indenização. Entre os nacionais estão Raul Araújo Filho, Caio Mário da Silva Pereira (em obra atualizada por Gustavo Tepedino), Daniel de Andrade Levy (com quem se concorda literalmente, pois o autor afirma que a função punitiva “já vem sendo exercida há tempos por detrás das máscaras”), Antônio Junqueira de Azevedo, que falou em danos sociais e afirmou que, na realidade, o que chamam de pena, nesses casos, “é uma reposição à sociedade” e, ainda, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que admite, expressamente, a aplicação da indenização punitiva nos casos envolvendo corrupção (da Lei 12.846/2013).

Na jurisprudência brasileira, o cenário que se configura também não é menos tormentoso. Fala-se, na maior parte dos casos, em “proporcionalidade”, “razoabilidade”, “indenização por equidade”, “desincentivo para a prática de atividades irregulares”, “desestímulo à reincidência”, “pedagógica punição”, usando-se as palavras “punir” ou indenização punitiva, claramente, como exceções, para se referir ao que, com base nas razões desenvolvidas ao longo deste estudo, é uma verdadeira aplicação do instituto, ainda que de uma forma adaptada à realidade nacional, não caracterizando um mero transplante jurídico, sem qualquer reflexão.

Também foi possível constatar, através do exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos últimos cinco anos (de 13.10.2013 a 13.10.2018), que a questão da indenização punitiva ainda aparece muito atrelada aos casos de danos extrapatrimoniais

coletivos nas relações de consumo (envolvendo tanto direitos individuais como direitos coletivos), sendo pouco discutida em outros direitos metaindividuais como, por exemplo, o direito ao meio ambiente sadio e ao combate à corrupção: de um total de 561 (quinhentos e sessenta e um) acórdãos analisados, excluídas as relações consumeristas, apenas 8 (oito) faziam referência à indenização punitiva em outros ramos jurídicos, o que representa, apenas, 1,42 % do total desses acórdãos examinados. Esses dados evidenciam e comprovam que a questão é minimamente discutida nos outros direitos metaindividuais que não sejam atinentes às relações de consumo, o que não se justifica diante da gravidade dos danos extrapatrimoniais coletivos ocasionados aos cidadãos brasileiros na contemporaneidade.

Os principais argumentos direcionados contra a aplicação da indenização punitiva são: a insegurança e a imprevisibilidade das decisões judiciais; a “mercantilização” das relações existenciais, com o enriquecimento sem causa da vítima; a ausência de previsão legal expressa para a aplicação “de uma pena”, contrariando o Princípio da Tipicidade e que a redação dada ao art. 944 do CCB seria o fundamento legal para a sua proibição.

No entanto, admitindo-se a aplicação da indenização punitiva aos chamados danos extrapatrimoniais coletivos, como de fato se entende perfeitamente possível, é imprescindível esclarecer os fundamentos e os critérios prospectivos para a sua utilização no Brasil, refutando-se os argumentos que lhe são contrários.

10. Examinando-se a questão por três ângulos diversos de interpretação, chega-se à mesma conclusão: a possibilidade de aplicação do instituto.

Fazendo-se uma interpretação puramente dogmática do art. 944, *caput*, do CCB não se extrai uma proibição absoluta para a aplicação do instituto. A redação do dispositivo foi idealizada para situações puramente individuais. O *caput* do citado dispositivo do CCB fala, apenas, em “danos”, sem especificar quais são os danos aos quais se refere. Isso tanto é uma realidade que o legislador brasileiro, em projetos de lei hoje arquivados, tentou modificar a redação do dispositivo, mas não obteve êxito. E quem vai identificar e fixar esse dano é o juiz, que assim também atua em outras inúmeras situações no Brasil, não podendo se confundir, aqui, arbítrio judicial com arbitrariedade que não são (e nunca foram) expressões sinônimas na nossa língua portuguesa.

Ainda, ao se fazer uma interpretação teleológica, baseada no método funcional, tendo-se por base as funções da responsabilidade civil, o art. 944 do CCB não proíbe a indenização punitiva. A sua admissão está relacionada ao entendimento que se tem do Princípio da Reparação Integral do dano. Reparar um dano, no caso, extrapatrimonial coletivo, não significa restaurar o *status quo ante*, porque devido à natureza dos danos extrapatrimoniais a

reparação é praticamente impossível, devendo se falar em compensação, admitindo-se a função punitiva intimamente vinculada à função dissuasória: não basta apenas oferecer alguma forma de suavizar a lesão sofrida pela vítima, mas também é necessário coibir e punir o autor do dano, de forma a conscientizá-lo e a desestimulá-lo da prática de atos que tragam prejuízos ao coletivo.

Nessas duas formas de interpretação (dogmática e teleológica) o magistrado, fundamentadamente, utilizando-se apenas do preceituado do CCB, faz uma aplicação legal da indenização punitiva, com base no art. 944, pois o Direito não pode premiar/incentivar o ato indevido.

Ainda, não se configura o enriquecimento sem causa da vítima mediante o pagamento de uma indenização por dano extrapatrimonial coletivo. Ao se fazer esse tipo de afirmação, confundem-se duas figuras distintas: o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. No Brasil, a responsabilidade civil decorre da obrigação de indenizar, enquanto o enriquecimento sem causa é fonte autônoma do Direito obrigacional (decorre da obrigação de restituir), embora o nosso diploma civil (art. 886) utilize o mesmo termo “lesado” para definir situações que são tecnicamente distintas. Aqui, ao contrário do que ocorre na França, por exemplo, mostrando que os institutos jurídicos estão intrinsecamente relacionados à cultura dos diferentes países, não há uma correspondência entre o enriquecimento de uma parte e o empobrecimento de outra. Em suma, o enriquecimento sem causa implica a retirada de acréscimos indevidos ao patrimônio, sugidos em decorrência de uma obrigação de restituição; enquanto a indenização está ligada à obrigação de reparação em sentido amplo, ou seja, relacionada à ideia de responsabilidade civil em sua multifuncionalidade (reparar/compensar, punir e dissuadir).

Ademais, no caso dos danos extrapatrimoniais coletivos, os recursos obtidos com as ações coletivas devem retornar ao público lesado, através dos Fundos de Reparação, não havendo falar em “acréscimos indevidos”, “enriquecimento sem causa”. É o caso, aliás, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/1985 – art. 13), que criou o Fundo dos Interesses Difusos e da própria Lei Anticorrupção (art. 24 da Lei 12.846/2013), que dispôs que as sanções pecuniárias obtidas a partir de sua aplicação deverão ser destinadas, preferencialmente, aos órgãos ou entidades públicas lesadas. É uma forma de recomposição para a sociedade daquilo que foi dela indevidamente arrancado.

Todos esses argumentos dogmáticos e legais já seriam suficientes para a aceitação da indenização punitiva no Brasil. No entanto, há que se fazer uma interpretação sistemática e valorativa do ordenamento jurídico brasileiro, quer se utilizando o método do Direito Civil

Constitucional, quer se adotando a Teoria do Diálogo das Fontes.

Com base no Direito Civil Constitucional, é possível fazer-se uma leitura conjunta dos arts. 1º, III e 5º, X, ambos da Constituição Federal brasileira, que tem como centro de normatização a figura da dignidade da pessoa humana, que se irradia por todo o ordenamento jurídico, sopesando os interesses patrimoniais e existenciais com base em fundamentos técnicos, embora muitos não admitam a aplicação desta Escola de Direito Civil, como visto, que, em momento algum, tem como fundamento “a banalização do conceito de dignidade da pessoa humana”, uma das críticas as quais lhe é dirigida.

Mas também é possível fazer uma interpretação sistemática e valorativa atinente à aplicação da indenização punitiva nos danos extrapatrimoniais coletivos com base na Teoria do Diálogo das Fontes, que é uma interpretação constitucional, repaginada por uma visão internacional e cultural do Direito, assumindo uma perspectiva humanista em relação à aplicação das normas. Pode-se dizer, resumidamente, que é uma interpretação baseada em três pilares: coerência (fornecida pelos valores constitucionais e pela prevalência dos Direitos humanos); uma nova especialidade (que afasta a ideia anterior de revogação – exclusão – aplicando a complementariedade ou a subsidiariedade das normas) e adaptação, consistente no reconhecimento de que é preciso adaptar o sistema quando uma nova lei é introduzida pelo legislador. Representa uma atitude de coordenação, harmonia e coerência entre a Constituição Federal brasileira e seus valores, o CCB e a legislação especial (como, por exemplo, a Lei 6.938/1981, em matéria ambiental e as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013, em questões envolvendo improbidade e corrupção).

Mas como estabelecer limites para esses valores fixados a título de indenização punitiva? Através de critérios técnicos e científicos.

Nos Estados Unidos da América, conforme visto, sugere-se o chamado dígito único. Já no Brasil, entende-se que essa fixação de critérios não é papel do legislador, mas sim da doutrina e da jurisprudência, sugerindo-se alguns preceitos ligados tanto à figura do autor do dano, quanto à da vítima, além de alguns outros relacionados à própria situação concretamente configurada.

11. Portanto, uma das tarefas do jurista pós-moderno é “abrir-se” ao novo de forma reflexiva, técnica e fundamentada. O movimento social é extremamente dinâmico, impondo ao operador do Direito, nos mais diversos ramos, soluções também dinâmicas e eficientes.

Nenhum sistema, entre eles o de responsabilidade civil, é perfeito, o que é aceitável na medida que traduz uma obra do ser humano. Mas os institutos jurídicos que “vivem” dentro dos diferentes sistemas têm que crescerem e se desenvolverem como se fossem seres vivos,

não apenas assegurando um desenvolvimento sustentável, mas um crescimento, nos mais diversos ramos, ético, plural e com respeito às diferenças. E um importante instrumento para essa finalidade (mas não o único, porque tudo funciona melhor quando tomado em seu conjunto) é o instituto da indenização punitiva em matéria de responsabilidade civil, que já vem sendo aplicado no Brasil, ainda que de forma velada.

Na sociedade de massas em que vivemos, com tantos riscos e medos, não há como se negar a utilidade/necessidade de aplicação do instituto que, conforme visto, não possui as barreiras legais apontadas pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Os *punitive damages* são uma poderosa arma de combate dentro desse cenário, não apenas brasileiro, mas internacional, onde, frequentemente, assistimos à degradação ambiental, com repercussões inolvidáveis na saúde humana e a prática de atos de corrupção, que privam tantos indivíduos dos mais elementares recursos para o seu desenvolvimento integral.

Assim, aceitar o novo e adaptar os institutos jurídicos às necessidades da pessoa humana são os imperativos da sociedade atual: esta é a tarefa do jurista pós-moderno. Cabe a nós, como operadores do Direito, a escolha.

REFERÊNCIAS

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Lições de história do Direito romano, peninsular e português*. Coimbra: Almedina, 2016.
- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Quantificação do dano da corrupção*. II Seminário Internacional de Direito Privado, Contratos e Responsabilidade Civil nos 15 anos do Código Civil de 2002. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, em 22 de novembro de 2017.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Moraes. *Introdução ao Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Direito romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955.
- ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do Direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980.
- ANDRADE, Roberto de Campos. Desenvolvimento sustentável e Direito internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. São Paulo: Manole, 2005, p. 325-389.
- ANECHIARICO, Frank. What's Corrupt? In: ANECHIARICO, Frank et al. *Legal but corrupt*. A new perspective on public ethics. Maryland: Lexington Books, 2017, p. 1-14.
- ARAÚJO FILHO, Raul. Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista do Superior Tribunal de Justiça- doutrina - edição comemorativa - 25 anos*, Brasília, p. 329-345, Abr. 2014.
- ASFOUR. Nahel. *Wrongful enrichment*. A study in comparative law and culture. US and Canada: Hart Publishing, 2017.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 19, p. 211-218, jul./set. 2004.
- AZUELA, Antonio. Em torno dos fundamentos socioculturais do Direito ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito ambiental em evolução*, n. 4. Curitiba: Juruá, 2005, p. 95-122.
- BARBOSA, Ana Paula Castanheira Neves de Miranda. *Uma leitura personalista da responsabilidade civil*. Cascais: Principia, 2018.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 977, p. 113-174, mar. 2017.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social. Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 50, p. 19-56, abr./jul. 2003.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130.

_____. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. *BDJur*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8632>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BEZERRA, Juliana. Desastre de Mariana. Disponível em: <www.todamateria.com.br/desastre-de-mariana>. Acesso em: 20 abr. 2019.

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

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44-62, out./dez. 1994.

BONILLA MALDONADO, Daniel. Introducción. Teoría del derecho y transplantes jurídicos: la estructura del debate. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (org.). *Teoría del derecho y transplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 11-35. Disponível em: <<http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/03/dos-libros.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

BORGHETTI, Jean-Sébastien. Punitive Damages in French. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 55-73.

BRAGA NETTO, Felipe. Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O Estado como vítima de atos lesivos. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 17-33.

CAMARGO, Paulo Sérgio Uchôa Fagundes Ferraz de. *Dano moral coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos*. São Paulo: Almedina, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARVAL, Suzanne. Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs. *Revue des contrats*, n. 3, p. 822-825, 01 juil. 2006.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASMERE, Edward *et al.* Recent developments in toxic torts and environmental law. *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, vol. 49, capítulo 1, Outono 2013, p. 453-473.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. I.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O Princípio da reparabilidade dos danos morais: análise de direito comparado em um corte horizontal e vertical no estudo dos ordenamentos jurídicos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, p. 189-200, jul./set. 2003.

COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. v. I.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. *EU LAW*. Text, Cases and Materials. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2011.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005.

_____. Reparação integral (A correlação entre o dano e a indenização). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 1166-1172.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *O direito inglês*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DAVIS, Frederick T. Where are we today in the international fight against overseas corruption: an historical perspective, and two problems going forward. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 23, n. 2, Inverno 2017, p. 337-344.

DE CASTRO, Julia Ribeiro; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 157-188.

DE CASTRO, Marcílio Moreira. *Dicionário de Direito, Economia e Contabilidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Tort law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. principes. doctrine, jurisprudence. Bruxelles: Émile Bruylant, 1947-1953. t. 2.

DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidade extracontratual*. 5. ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000. t. 1.

_____. *La responsabilidade extracontratual*. 5. ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000. t. 2.

DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002.

DESAI, Nimish R. BP, Exxon Valdez, and Class-wide punitive damages. *CADS Report*, vol. 21, n. 1, p. 1; 18-19, 2010.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madri: Civitas, 1999.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2018. v. II. t. 2.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. vol. XIII (arts. 927-965).

DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. *Prosser and keeton on the law of torts*. 5. ed. St. Paul/MN: West Group, 2004.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos para uma teoria geral da responsabilidade civil no Brasil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. São Paulo: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 45-71.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171-218.

_____. Circulação de modelos jurídicos: o caso do *Code Civil* francês. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos de Direito civil, internacional privado e comparado*. São Paulo: LEUD, 2014, p. 123-166.

_____. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012.

FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de

combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 253-279.

FILGUEIRAS, Fernando de Barros. Notas críticas sobre o conceito de corrupção: um debate com juristas, sociólogos e economistas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 164, p. 125-148, out./dez. 2004.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FISCHER, Thomas B. *et al.* Implications of BREXIT for environmental assessment in the United Kingdom – results from a 1-day workshop at the University of Liverpool. *Impact Assessment & Project Appraisal*, vol. 36, capítulo 4, p. 371-377, Jul. 2018.

FLETCHER, George P.; SHEPARD, Steve. *American law in a global context*. The basics. New York: Oxford University Press, 2005.

FORELL, Caroline. Comparing the United States to Australia, Canada and England. *Willamette Law Review*, v. 36, p. 865-898, 2000. Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/LuceneSearch?terms=Statutes+and+Torts&collection=all&searchtype=advanced&typea=text&tabfrom=&submit=Go&all=trueHeinOnline>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Cíveis, v. I. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496206>>. Acesso em: 28 out. 2018.

GAIUS. *Institutas do jurisconsulto Gaio*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. *Revista da Escola da Magistratura*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 203-245, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa. *Los daños colectivos*. Prospectiva general. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009, Colección internacional n. 10.

GHERSI, Carlos Alberto. *Valor de la vida humana*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GORDLEY, James. *Foundations of private law*. Property, tort, contract, unjust enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GROTIUS, Hugo. *Le droit de la guerre e de la paix*. Tradução de P. Pradier-Fodère. Paris: PUF, 2005.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HARPWOOD, Vivienne. *Modern tort law*. 7. ed. London and New York: Routledge-Cavendish, 2009.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

JANSEN, Nils; RADEMACHER, Lukas. Punitive Damages in Germany. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 75-86.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, p. 24-40, jan. 1999.

JAYNE, Andrew C. The impact of recent U. S. Supreme Court punitive damages jurisprudence on Oklahoma's punitive damages statute and jury instructions. *Oklahoma Law Review*, v. 57, p. 874-898, 2001/2002. Disponível em: <<http://adams.law.ou.edu/olr/articles/vol57/vol574/jayne574.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 454, p. 548-559, abr. 1941.

JUSTINIANO. *Institutas do Imperador Justiniano*: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KIRCHER, Jonh J.; WISEMAN, Christine M. *Punitive damages: law and practice*. Estados Unidos da América: Thomson Reuters, 2017. 2 vols.

KLEIN, Andrew R., *Damages in U.S. Tort Law*. 2018. Palestra realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 06 de novembro de 2018.

KOFELE-KALE, N. The right to a corruption – free society as an individual and collective human right: elevating official corruption to a crime under international law. *International Lawyer*, v. 34, n. 1, p. 149-178, Abr. 2008.

KRELL, Andreas Joachim. Comentários ao art. 225, caput. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2178-2183.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado,

1958. t. 1.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no Direito brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional. IV Congresso do IBDCIVIL. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 617-632.

LEITE, José Rubens Morato. Comentários ao art. 225, § 3º. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2207-2209.

LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos Punitive Damages. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 45, p. 165-216, jan./mar. 2011.

_____. *Responsabilidade Civil: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para interpretação do art. 187 do novo código civil. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 99-134. 2004.

LIPARI, Nicolò. *Le categorie del diritto civile*. Milão: Giuffrè Editore, 2013.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957-62. v. V.

LORENZETTI, Ricardo Luis. O Direito e o desenvolvimento sustentável – teoria geral do dano ambiental moral. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 28, p. 139-149, out./dez. 2002.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts*. A comparative treatise. 4. ed. Oregon: Hart Publishing, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

_____. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de defesa do consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTÍN-CASALS, Miquel. Os ‘Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil’ – PETL no início de uma segunda década. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 359-389, jul./set. 2017.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Dano Moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, nº 9, 2014, p. 7073-7122.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. *Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MAZEUD, Henri; MAZEUD, Léon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: EJE, 1977. v.1. t. 1.

MAZEUD, Henri; MAZEUD, Léon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: EJE, 1977. v. 2. t. 2.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MCGREGOR, Harvey. Personal injury and death. In: TUNC, André (Ed.). *International Encyclopedia of comparative law*. Torts. Tübingen J. C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1979, v. XI, cap. 9.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTR Editora, 2012.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil*. Parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015. v. 5.

_____. *Tratado de direito civil*. Direito das obrigações, gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2016. v. VIII.

_____. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1953.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos

conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, ano 13, p. 9-35, Abr. - Jun./2004. p. 12 e 13.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no Direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67-109.

_____. *Direito das obrigações*. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRAGEM, Bruno; BADIA, Ana Lúcia Seifriz. *Repensando o abuso de direito: limites e interpretação*. In: Simpósio Internacional de Direito – CONSINTER, V, 18 out. 2018, Universidade Complutense de Madrid.

MIRANDA, Jorge. *Textos históricos de direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional. Cada da Moeda, 1980.

MOLLER, Erik K.; PACE, Nicholas M; CARROL, Stephen J. Punitive Damages in financial injury verdicts. *Journal of Legal Studies*, n. 28, p. 283-339, 1999. Disponível para compra em: <<http://www.journals.uchicago.edu>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad colectiva. In: MOSSET ITURRASPE *et al.* *Dano y proteccion a la persona humana*. Buenos Aires: La Rocca, 1993, p. 101-141.

_____. El daño fundado em la dimension del hombre em su concreta realidad. In: STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas essenciais*. Dano moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 285-313.

_____. *Responsabilidad por daños*. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. t. 2.

_____. La antijuridicidad. In: _____ (Org.). *Responsabilidade civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 343-380.

NALLAR, Florencia. *Daños punitivos*. Facetas preventiva y sancionatória de la responsabilidade civil. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Interpretação: uma visão entre o passado e o futuro. In: _____. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181-265.

NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A supressio (verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993.

_____. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PALMER, Vernon Valentine. O Despertar francês no século XIX. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p. 225-241, out./dez. 2016.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERES, Tatiana Bonatti. *Solidariedade e abuso de direito: a urgente necessidade de retomada dos valores morais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Editora RENOVAR, 1999.

_____. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Editora Roncarati, 2018.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RISEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo LIII.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180-200.

PORTO, Sérgio José. *A responsabilidade civil por difamação no Direito inglês*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

PRIEUR, Michel. O Terceiro pacto internacional de Direitos Humanos ao meio ambiente. Palestra realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, em 06 de setembro de 2018.

RAMASASTRY, Anita. Is there a right to be free from corruption? *U.C. Davis Law Review*, v. 49, capítulo 2, p. 703-739, Dez. 2015

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAPOPORT, David E.; RICHTER, Paul D. *Punitive Damages after State Farm v. Campbell: the first year*. Disponível em: <<https://www.rapoportlaw.com/Helpful-Information/Publications/PDF-PunitiveDamageAfterStateFarm.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2018.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código civil. In: TAPAI, Gisele de Melo Braga (Coord.). *Novo código civil brasileiro: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Estudo comparativo com o Código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 9-19.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REIS, Suely Pereira. *Dignidade humana e danos extrapatrimoniais*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12271/12271_1.PDF>. Acesso em: 02 jun. 2018.

REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, a. 4, v. 11, p. 213-238, abr./ jun. 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/318402006_Dogmatica_e_incerteza_normativa_critica_ao_substancialismo_juridico_do_direito_civil-constitucional?ev=prf_high>. Acesso em: 24 nov. 2017.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O Federalismo numa visão tridimensional do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: L.G.D.J., 1949.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. A reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Leonardo Augusto de Andrade Cezar dos. Fixação do dano moral coletivo na sentença condenatória penal em casos de corrupção. In: AZAMBUJA, Edson; BALLAN JÚNIOR, Octayhdes; SILVA, Vinícius de Oliveira e. *Combate à corrupção na visão do Ministério Público*. São Paulo: JH Mizuno, 2018, p. 219-252.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHEUERMAN, Sheila B. Two worlds collide: how the Supreme Court's recent punitive damages decisions affect class actions. *Baylor Law Review*, v. 60, capítulo 3, p. 880-940, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Dano moral coletivo por corrupção*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/01/30/dano-moral-coletivo-por-corrupcao>>. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-23.

SCHWARTZ, Victor E.; GOLDBERG, Phil. Carrots and sticks: placing rewards as well as punishment in regulatory and tort law. *Harvard Journal on Legislation*; v. 51, n. 2, p. 315-363, jun. 2014.

SEBOK, Anthony. Punitive Damages: from myth to theory. *Iowa Law Review*, n. 92, p. 958-1036, mar. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894380>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 155-196.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A doutrina estrangeira e o jurista brasileiro: usos, estratégias e recriações. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTENA, Carolina Alves (Coords.). *Direito e experiências jurídicas*. Temas da história do direito. v. 3. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 1-17.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Coimbra: Almedina, 2012.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SHREVE, Lewis Robert. Lessons from Exxon-Valdez: employing market forces to minimize the psychological impact on oil spill plaintiffs. *Law & Psychology Review*; v. 35, p. 239-255, 2011.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 667, Maio, 1991, p. 7-16.

_____. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile em Droit bresilien et compare*: cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XIII). Manuscrito. 1988.

_____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 11-30.

SOMMER DOS SANTOS, Marco Fridolin. Breves anotações sobre a interpretação da cláusula geral de responsabilidade civil. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MARTINI, Sandra Regina (Org.). *O movimento do saber: uma homenagem para Claudia Lima Marques*. Porto Alegre: Editora RJR, 2017, p. 247-252.

_____. Os acidentes no trabalho e a sua reparação: a contribuição de Evaristo de Moraes. *Revista AMATRA XV*, Campinas, São Paulo, v.2, p. 285-297, 2009.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*. As dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

STIER, Byron; TZANKOVA, Ianika. The culture of collective litigation: a comparative analysis. In: HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika. *Class actions in context: how culture, economics and politics shape collective litigation*. Reino Unido/Estados Unidos: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 23-50.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código civil francês e no Código civil brasileiro. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas essenciais – responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2010, p. 1031-1100.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão os interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica*, n. 296, p. 7-18, jun. 2002.

TETLEY, William. Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified), *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 677, p. 677-738, 2000. Disponível em:

<https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/Page?handle=hein.journals/louilr60&div=32&start_page=677&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso: 09 mai. 2018.

THIBIERGE, Catherine. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir. *Recueil Dalloz*, Paris, n. 9, p. 577-582, mars. 2004.

TUNC, André. Introduction. In: _____ (Ed.). *International Encyclopedia of comparative law*. Torts. Tübingen J. C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1979. v. XI, capítulo 2.

_____. Liability for One's Own Act. In: _____. *International Encyclopedia of comparative law*. Tort or torts. Tübingen J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1979, v. XI, capítulo 2.

VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

VANLEENHOVE, Cedric. *Punitive damages in Private International Law: lessons for the European Union*. Bélgica: Intersentia Publishing, 2016.

VARANDAS, Maria José. Para uma ética ambiental: percursos fundamentais. In: NEVES, Maria do Céu Patrão; MARQUES, Viriato Soromenho. *Ética aplicada: ambiente*. Portugal: Edições 70, 2017, p. 31-56.

VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil*. Da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016. vol. I.

VINCENTI, Umberto. *Categorie del diritto romano*. 3. ed. Napoli: Jovene Editore, 2014.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil*. Introduction à la responsabilité. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2008.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*. Les conditions de la responsabilité. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 49-107.

VOLOK, Alexander. Punitive Damages and environmental law: rethinking the issues. *Policy Studies*, n. 213, p. 1-91, 1996. Disponível em: <<https://reason.org/wp-content/uploads/files/76a01f43ff7eec045e97b61c0f23caf5.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2018.

WALD, Arnaldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no Direito francês e brasileiro. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas essenciais – responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 951-970.

WATANABE, Kazuo. Comentários ao artigo 81 do CDC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et*

al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 621-636.

WATSON, Alan. *Legal transplants: An approach to comparative law*. 2 ed. Athens and London: University of Georgia Press, 1974.

WHALEN-BRIDGE, Helena. The Reluctant Comparativist: teaching Common law reasoning to Civil law students and the future of Comparative legal skills. *Journal of Legal Education*, v. 58, n. 3, p. 364-371, set. 2008. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/heinonline/HOL/Page?handle=hein.journals/jled58&div=29&start_page=364&collection=journals&set_as_cursor=5&men_tab=srchresults>. Acesso em: 15 fev. 2018.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WILCOX, Vanessa. Punitive Damages in England. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 7-53.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual*. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias. 4. ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhardt. Direito Romano e Cultura Europeia. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, n. 7, p. 243-278, abr./jun. 2016.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

SITES CONSULTADOS

<http://diegolopezmedina.net>

<https://www.britannica.com>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.textes.justice.gouv.fr>

<http://www.fd.ulisboa.pt>

<http://www.bundesgerichtshof.de>

<https://www.cardiff.ac.uk>

<http://www.egtl.org>

<https://www.senate.gov>

<http://www.lslj.org>

<https://portal.mpf.mp.br/heinonline>

<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br>

<https://caselaw.findlaw.com>

<http://fenacon.org.br>

<https://www.supremecourt.gov>

<https://www.nytimes.com>

<http://www.greenpeace.org>

<http://www.journals.uchicago.edu>

http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf

<https://reason.org>

<http://adams.law.ou.edu/olr/articles/vol57/vol574/jayne574.pdf>

<https://supreme.justia.com>

<http://www2.senado.leg.br>

<http://www.planalto.gov.br>

<https://nacoesunidas.org>

<https://www.gazetaonline.com.br>

<http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-de-la-responsabilite-civile-29782.htm>

<http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>

<https://www.rapoportlaw.com>

<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/desastre-do-exxon-valdez-uma/>

<https://cidce.org>

<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8632e/2011/8632>

<http://www.stj.jus.br>

<https://www.unodc.org>

<http://genjuridico.com.br/2018/01/30/dano-moral-coletivo-por-corrupcao>

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 59.940. Relator: Min. Aliomar Baleeiro, 26 abr. 1966. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-71, jan./mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22164-0/SP*. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, 30 out. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1269494/MG*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 24 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1355574/SE*. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região). Brasília, 16 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1666454/RJ*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 27 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1626443*. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 16 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1242792*. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 16 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1088820*. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 07 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1161016/RS*. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 15 mai. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1355574*. Relatora: Minsitra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região). Brasília, 16 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 737887/SE*. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, 03 set. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 dez. 2018

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70070198742*. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 14 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70080022213*. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 18 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70074909250*. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, 20 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70077239051*. Relatora: Laura Louzada Jaccottet. Porto Alegre, 14 nov. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70078927001*. Relator: Des. Marcelo Bandeira Pereira. Porto Alegre: 26 set. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 12 dez. 2018

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70075573261*. Relator: Des. Sérgio Luiz Grassi Beck. Porto Alegre, 22 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 19 set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais. *Recurso Inominado nº 71001249796*. Relator: Juiz Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre: 27 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Ação Civil Pública nº 9132172-45.2003.8.26.0000*. Relator: Des. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 29 abr. 2015. Disponível em: <esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 05 dez 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação nº 0008148-11.2012.8.26.0024*. Relatora: Des^a. Silvia Meirelles. São Paulo, 09 dez. 2013. Disponível em: <esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 05 dez 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1000055-29.2016.8.26.0274*. Relator: Des. Coimbra Schmidt. São Paulo, 20 ago. 2018. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação nº 1001938-58.2014.8.26.0281*. Relator: Des. Marcelo Martins Berthe. São Paulo, 08 fev. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 19 out. 2018.