

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA – UNICURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *strictu senso* MESTRADO EM DIREITO

ANGELA ALVES SOUSA

**A INCIDÊNCIA DOS DANOS PUNITIVOS POR LESÃO AOS DIREITOS DE
PERSONALIDADE NO ÂMBITO EMPRESARIAL**

CURITIBA

2017

ANGELA ALVES DE SOUSA

**A INCIDÊNCIA DOS DANOS PUNITIVOS POR LESÃO AOS DIREITOS DE
PERSONALIDADE NO ÂMBITO EMPRESARIAL**

**Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientador: Professor Doutor Miguel Kfour
Neto**

Co-orientador: Professor Doutor Clayton Reis

CURITIBA

2017

ANGELA ALVES DE SOUSA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, pela banca examinadora formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Miguel Kfoury Neto

Co-orientador: Prof. Dr. Clayton Reis

Membro Externo: Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu

CURITIBA

2017

(I) A RESPONSABILIDADE CIVIL REDESENHADA NA SOCIEDADE DO SÉC. XXI

(I.1) A complexidade da sociedade atual e a recorrente violação aos direitos de personalidade e ao meio ambiente por grandes corporações

(I.2) O processo de abertura e reformulação da responsabilidade civil e o seu pluralismo funcional

(I.3) Instrumentos civis com funções preventivas: as *astreintes* e a pena civil

(I.4) O *disgorgement* como a terceira via do vértice da culpa

(II) OS DANOS PUNITIVOS POR LESÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

(II.1) Destaque atribuído à cidadania, à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade pela CF/88

(II.2) Breve estudo aos direitos de personalidade: conceito, natureza jurídica e classificação

(II.3) Panorama histórico dos critérios de valoração e quantificação do dano de personalidade na doutrina e na jurisprudência brasileira

(II.4) Repercussões processuais do dano moral no Código de Processo Civil de 2015

(III) O INGRESSO DA PENA CIVIL AOS DANOS MORAIS NO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

(III.1) Conceito, natureza e proteção jurídica ao patrimônio moral

(III.2) Histórico e critérios de avaliação dos *punitive damages* no direito comparado

(III.3) Critérios de aplicação e óbices ao ingresso da pena civil no sistema de direito privado brasileiro

(III.4) O dolo, a culpa e a pena civil: a autonomia da pena civil perante os danos morais

(IV) NOTAS CONCLUSIVAS

(VI) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

(VII) APÊNDICE

RESUMO

Em tempos que a única certeza é a mudança constante, a questão dos danos punitivos por lesão aos direitos de personalidade por parte de grandes corporações, é preciso repensar os institutos que fazem parte do ordenamento jurídico pátrio em um contexto global, inserindo na investigação as questões inerentes à cidadania, direitos de personalidade, direitos humanos, entre outros, com objetivos de se compreender porque mesmo com as conquistas desses pressupostos, consolidados pela Constituição Federal de 1988, pelos Códigos Civil e Penal, e por leis no ordenamento jurídico brasileiro, além de inúmeros acordos internacionais, são facilmente burlados por grandes empresas, a maioria transnacionais. Neste trabalho são investigados institutos como responsabilidade civil, a autonomia da pena civil perante o instituto de danos morais e os desdobramentos deles advindos, face à sociedade do século XXI, suas complexidades e os direitos de personalidade e suas violações no âmbito empresarial. Nesse contexto, busca se compreender o Direito e seus possíveis novos papéis, em especial no ordenamento jurídico pátrio, apontando alterações necessárias à sua evolução.

PALAVRAS-CHAVE: Ordenamento jurídico; Violação de direitos; Constituição; acordos internacionais; Sociedade do século XXI; Reincidência de ilícitos por grandes corporações.

ABSTRACT

In times when the only certainty is the constant change, the question of punitive damages due to injury to personality rights by large corporations, it is necessary to rethink the institutes that are part of the legal order of the country in a global context, inserting in the investigation the issues inherent to citizenship, personality rights, human rights, among others, with the aim of understanding why even with the achievement of these presuppositions, consolidated by the Federal Constitution of 1988, by the Civil and Penal Codes, and by laws in the Brazilian legal system, in addition to numerous international agreements, are easily circumvented by large corporations, most of them transnational. This work investigates institutes such as civil liability, the autonomy of civil penalty before the institute of moral damages and their consequences arising, vis-a-vis the society of the XXI century, its complexities and personality rights and their violations in business. In this context, it seeks to understand the Law and its possible new roles, especially in the legal order of the country, pointing out necessary changes to its evolution.

KEYWORDS: *Legal order; Violation of rights; Constitution; International agreements; Society of the 21st century; Recidivism of illicit acts by large corporations.*

INTRODUÇÃO

Empresas transnacionais ao deslocarem suas sedes de origem, bem como seu setor produtivo, conseguem manter em outros países, especialmente aqueles em desenvolvimento, a permanente violação de direitos de personalidade e de direitos humanos, independentemente de acordos internacionais dos quais seus países de origem também são signatários. Nele observa-se um padrão comportamental reiterado, elevando as questões de responsabilidade civil a um nível vultoso e inimaginável quando se fala sobre a evolução da humanidade através de séculos e sobretudo da ameaça insana de retrocessos e até mesmo a anulação de direitos duramente conquistados.

Cabe ao Direito moderno, assumir novos papéis, atuar com firmeza para mediar complexa sociedade cuja continuidade só poderá conter alguma esperança se tiver através do ordenamento e seus mecanismos, a busca da Justiça e, como não pode deixar de ser, seu acesso amplo.

Visando averiguar em que medida o instituto do *punitive damaes* pode ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, a presente investigação será dividida em três capítulos, seus campos de ação específicos e críticas ao seu pleno funcionamento.

O primeiro deles busca apontar para a Responsabilidade Civil redesenhada na sociedade do século XXI. Essa proposta, levou a uma contextualização histórica, com o apoio de disciplinas correlatas com o intuito de situar no tempo e no espaço questões relativas às transformações sociais e seus desdobramentos.

A partir da observância da incidência de violações aos direitos de personalidade por parte de grandes corporações, notadamente as transnacionais, seguiu – se o caminho histórico, que olhasse o passado do país durante seu regime de exceção que ficou marcado por violações do próprio Estado e consequentemente de instituições privadas a ele ligado.

Chegando – se a essas colocações, será examinado o processo de abertura política que teve como consequência direta alterações no instituto da responsabilidade civil, que no novo contexto passou a assumir novos contornos e funções plurais.

Seguindo os caminhos apontados então, serão examinados os instrumentos civis e suas novas funções tais como as de prevenção de delitos, através das

astreintes e a pena civil, finalizando o primeiro capítulo com o mecanismo do *disgorgement*, adotado como um terceiro vértice da culpa, e com o sentido amplo de desestímulo ao delito.

Dando continuidade a esta investigação, serão privilegiados no segundo capítulo dos danos punitivos por lesão aos direitos de personalidade no instituto da responsabilidade civil, nesse exame, o destaque se deu a partir desses direitos na Constituição Federal de 1988, que enseja em seus pressupostos as garantias à cidadania, à dignidade da pessoa humana, que representou um marco em todos os aspectos da vida social brasileira.

Naturalmente o caminho percorrido até então por essa investigação conduzirá a algumas análises acerca da aplicação da pena civil aos danos morais no sistema de direito privado, as polêmicas que o assunto provoca entre doutrinadores, legisladores e aplicadores, além da sociedade civil, a quem o ordenamento se destina, assuntos estes abordados no terceiro capítulo.

Serão também avaliados o dolo, a culpa, a pena civil e sua autonomia face os danos morais, seus critérios de aplicabilidade, tendo como norteador o histórico e critérios de avaliação dos *punitive damages* no direito comparado.

Todas essas premissas serão embasadas no conceito, natureza jurídica referente a proteção ao patrimônio moral. E, dentro deste escopo, não podia escapar a atenção no tocante à formação do futuro profissional de Direito, em busca de uma também reformulação em sua metodologia educacional com o intuito de fazer valer o que é o verdadeiro objeto do Direito, ou seja, o bem-estar do ser humano, por essa condição.

Em síntese, a proposta dessa pesquisa tem como objetivo geral refletir e colocar questões inerentes à contemporaneidade, situando o ordenamento jurídico pátrio num aspecto amplo, inserido em um contexto global e nas particularidades dessa nova sociedade. Visa levantar situações em que existam favorecimentos para que tais ilícitos desrespeitosos ao ser humano seja de fato protegido e preservado.

Como objetivo específico, se procura conhecer os institutos presentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como a maneira que eles comungam os pressupostos constitucionais no sentido de garantir proteção à cidadania, à dignidade da pessoa humana, e de que maneira cada um desses institutos pode vir a coibir a reincidência de abusos e violações recorrentes a esses direitos.

Será examinado também o novo Código Civil, a pena privada e sua autonomia face aos danos morais, sua aplicabilidade e a possibilidade da pena civil, adotados alguns ajustes, pode funcionar exemplarmente sem que isso represente controvérsias ao ordenamento jurídico do país.

Para tanto, serão investigados os institutos do *punitive damages* e o reconhecimento de sua adoção no ordenamento pátrio, através de diversos mecanismos que até então não satisfaziam completamente a punição via danos morais. O que se percebe é a necessidade de ajustar e aprofundar a discussão sobre o Direito Civil face o instituto de danos morais, seus conceitos e avaliação tendo como base o Direito Comparado.

O exame desses pressupostos e dos instrumentos legais que os ordenam, será decisivo para apontar novas questões, estas pulsantes no tocante não apenas à força da lei e suas interpretações, mas sobretudo apontar lacunas que pretendem ser preenchidas com as alterações contidas no novo Código Civil.

A motivação principal para essa investigação, surge em *primeiro* lugar, na busca da compreensão da pouca eficácia da responsabilidade civil no âmbito empresarial. Tal constatação leva a reflexões que se encontram no seio da chamada globalização e de suas consequências imediatas no presente conturbado em que se vive e que sem dúvida afetam o futuro.

Nessa dissertação, que não se esgota nas questões nela colocadas, se procura entender o instrumental jurídico disponível e nele encontrar possíveis lacunas que permitam violações de direitos já conquistados e consagrados na Constituição. A procura dessas lacunas por vezes se explica pelo domínio de grandes empresas na economia que rege o país e, que em nome do “desenvolvimento”, ultrapassa fronteiras deixando desse modo de ficar sob controle da normativa do país, facultando as violações aqui referidas.

Notório que o Direito não pode mais isolar – se em gabinetes e ficar sob o conhecimento exclusivo de seus doutrinadores, legisladores e aplicadores. Necessário se reinserir através de multidisciplinaridade, levando essa investigação a unir os conhecimentos produzidos por profissionais da área ao entendimento do que é a sociedade do século XXI via autores de ciências correlatas.

Portanto, a pesquisa iniciar – se – a com levantamento bibliográfico não apenas da doutrina e seus derivados através de artigos e livros assinados por nomes

consolidados na área do Direito como também com aportes inestimáveis da sociologia, da antropologia, da história e da economia.

Com o material selecionado, *construirse* – a o trajeto que tentará situar o ordenamento jurídico pátrio tendo como base a Constituição de 1988, observando os processos políticos e socioeconômicos responsáveis por seu desenvolvimento, para então voltar – se para aspectos específicos de institutos e seus mecanismos que apontassem nova direção a ser tomada no sentido de fazer valer os pressupostos consagrados em 1988 de igualdade, cidadania e respeito para além dos tribunais ou das letras das leis.

Desta maneira a temática central desse trabalho terá como foco a investigação da incidência dos danos punitivos, sua aplicabilidade no Brasil levando em conta questões muitas vezes contraditórias na doutrina, buscando – se e ainda compreender interpretações que afetam a aplicação do instituto, uma visão ampliada da responsabilidade civil em seu espectro ampliado dada as alterações que o permeiam.

Para tanto será adotado o método dedutivo/indutivo, pelas razões já apontadas, sendo este o meio mais adequado ao desenvolvimento do presente trabalho, tendo em vista tema atual e patente de interpretações e discussões sob os mais diversos aspectos que demandam diferentes posicionamentos.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL REDESENADA NA SOCIEDADE DO SÉCULO XXI

A sociedade contemporânea tem demandado novos contornos à responsabilidade civil, diante da atual limitação do alcance das leis de proteção a direitos fundamentais, relacionados à personalidade e ao meio ambiente, e das recorrentes violações a esses direitos praticadas por grandes corporações. Por isso torna – se importante a compreensão do processo histórico social que ocasionou essas constantes violações, tanto no âmbito nacional quanto internacional.

Ante a constatação da evolução científica e tecnológica que marcaram o século anterior e têm sido continuadas à luz do século XXI, o empresariado da contemporaneidade não pode mais isolar – se, acreditando – se a única “mola propulsora” do desenvolvimento econômico. Ao contrário, se a empresa deseja

perseguir a lucratividade como meta principal de suas atividades, deve refletir a respeito de suas responsabilidades, sejam elas ambientais, sociais e/ou humanitárias, pensando numa economia global possível a médio e longo prazos.

O “isolamento” não é mais possível levando –se em conta o agravamento da distância entre a empresa, seus comandados e seus consumidores e o mercado global com suas normas que regulam os negócios e seus desenvolvimentos.

Outro aspecto com não menos importância, é a voz da comunidade civil internacional a agir e exigir atitudes, em prol da defesa de interesses que defendem a vida humana, acima de quaisquer atividades. Esse grupo, movimenta uma série de entidades mundo afora e tem um certo poder de influenciar o fechamento de acordos comerciais, ou não, e a eles se deve estar atento principalmente se o desejo é de expansão além-fronteiras.

Num mundo que se pretende globalizado, essas questões não são apenas diletantismos, mas essenciais para o desenvolvimento e crescimento de toda a humanidade, buscando, inclusive, soluções heterodoxas para resolver – las e apontar caminhos para uma nova economia face a novas demandas que possam evitar um novo *kaos*.

Chamada de “pós-moderna”, termo contestado pelo sociólogo Bruno Latour¹, que afirma que “jamais fomos modernos”, a sociedade contemporânea traz consigo muitas questões do passado que não foram resolvidas a contento.

Felizmente é possível detectar movimentos e instituições à frente de decisões políticas já preocupados e interessados no tocante ao reconhecimento dos direitos de personalidade e, como consequência, dos direitos humanos. São organismos internacionais voltados para questões de base econômica e humanitária que alertam para questões cruciais como a preservação e uso do bem comum, buscando soluções sustentáveis e conclamando à responsabilidade civil tanto instituições financeiras como empresas de grande porte, as quais começam a debater o assunto, levar questões à sociedade e procurar ajustes necessários à própria sobrevivência.

A busca pelo equilíbrio passa, sem dúvida alguma, pelo instituto da responsabilidade civil, que em si deveria conter abusos, práticas de ilícitos tanto locais quanto globais.

¹ Antropólogo, sociólogo e filósofo francês, nascido em 1947 em Beaune. Autor de várias obras, inclusive “Jamais fomos modernos”, de 1991, que foi traduzida para mais de 20 línguas e é considerada uma obra renovadora das discussões de antropologia, analisa o conceito de “moderno”, entre outras.

Ao englobar tamanho patrimônio doutrinário, é possível perceber o quanto o instituto de responsabilidade civil tem sido objeto de transformação através dos tempos e como na atualidade o mesmo ganha novas funções, que remetem a reflexões e a uma maneira nova de se pensar esses institutos e sua eficácia.

Em constante modificação o instituto de responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, merece sempre atenção especial, observância de suas alterações e questões que permeiam esses mecanismos.

Além disso, a pouca literatura jurídica ainda é tímida na análise do assunto, muitas vezes limitando – se a reproduzir conceitos alienígenas que não raro entram em confronto com o ordenamento jurídico pátrio.

A demanda social é crescente sob a luz de uma contemporaneidade recheada de incertezas, em meio a necessidade de atender as exigências da classe empresarial ciente de seu poder na movimentação do que chama de “evolução” de “crescimento econômico”.

Na outra ponta da corrente, uma população que não tem outra alternativa a não ser se submeter não somente ao emprego ofertado no mercado por essas empresas, e acaba por se sujeitar a violações de seus direitos para manter seus postos de trabalho.

Conciliar esses dois polos da produção do país, a empresa e a massa de trabalhadores, é a função do Direito, que tem o propósito de mediar conflitos e manter a paz social. Esses são alguns dos assuntos a justificar essa pesquisa.

Em primeiro lugar, um levantamento contextualizado da sociedade em que se vive, fundamental para entender os processos pelos quais ela passa, suas demandas crescentes, seus anseios por transformações.

Se as razões acima ainda forem insuficientes, tem – se a acrescentar o papel do Direito na sociedade do século XXI, multifacetada, com a urgência inegável de que o ordenamento jurídico se adapte aos novos tempos com revisão de seus pressupostos para que possa acompanhar tais transformações.

1.1 A COMPLEXIDADE DA SOCIEDADE ATUAL E A RECORRENTE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E AO MEIO AMBIENTE POR GRANDES CORPORações

Diante do processo de globalização, novas fronteiras e paradigmas foram criadas em relação à defesa dos direitos humanos fundamentais. É um tema que vem sendo amplamente debatido, desde o final da Segunda Guerra Mundial, por organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), Organizações Não-Governamentais Internacionais (ONG's Internacionais) e a sociedade civil internacional de modo geral. Também a discussão influenciou o ordenamento jurídico pátrio, tendo como foco principal a Constituição Federal de 1988, inaugurando, no plano da dogmática jurídica, o paradigma do Estado Social, o que mais tarde veio a influenciar, inclusive, a disciplina dos Direitos de Personalidade no Código Civil de 2002.

Mesmo com a positivação da proteção desses direitos, uma visão panorâmica da sociedade brasileira nos mostra frequentes violações de direitos fundamentais praticadas por empresas, o que nos faz indagar sobre qual deve ser o papel do Direito diante da dinamicidade das estruturas sociais e qual papel/função a responsabilidade civil deve ocupar para melhor proteção das novas demandas sociais.

As empresas, muitas vezes, alegam o não cumprimento das normas jurídicas que impactam sobre os direitos de personalidade e do meio ambiente, ao argumento da dificuldade econômica em atender a todas as exigências governamentais e legislativas. Porém, tais argumentos caem por terra, especialmente quando se trata do uso do bem comum, ou seja, rios, lagos e ecossistemas, dos quais depende a sobrevivência de toda a humanidade, inclusive da pessoa jurídica.

A questão ambiental, enquanto ponto crucial para a evolução econômica e desenvolvimento geral da sociedade, possui grande relevância e preocupação, motivo pelo qual faz-se necessário delinear de que forma é possível conduzir o debate às lideranças das grandes corporações. O debate possui a finalidade de contribuir para alterar o modo de pensar e agir, senão por questões humanitárias, que seja ao menos visualizando um futuro sustentável em curto espaço temporal, sob pena de perder o objeto central de sua existência, que é a lucratividade.

A partir de uma contextualização histórica e sociológica, pode-se traçar um perfil da sociedade atual, com análise de alguns institutos que a compõem, incluindo

uma visão econômica inovadora. Mesmo constatando a evolução do ordenamento jurídico na tentativa de equilibrar interesses tão diversos, pode-se perceber a recorrente violação de direitos, em especial dos direitos de personalidade por parte das grandes empresas.

Fato incontestável é que a organização social vem passando por transformações, significativas que denotam uma ruptura com a fase inicial que foi a característica das sociedades modernas. Essas diferenças são notadas pelo filósofo Gilles Lipovetsky (2016, p.7):

Trata-se de uma mutação global em curso, de uma criação histórica, da combinação sinérgica de organizações e de significações, de ações e de valores que se esboça a partir dos anos vinte- apenas as esferas artísticas e psicanalíticas a anteciparam em alguns decênios – e cujos efeitos não pararam de se amplificar a partir da Segunda Guerra Mundial.

Nesse contexto de mudanças, absorver as transformações, reconhecer um novo tipo de demanda próxima do “instantâneo”, abala não apenas as relações sociais como um todo, mas também os alicerces que as regulam, aumentando a necessidade de adequar as normas às novas demandas que surgem. Essa adequação tem o intuito preventivo de antecipar e evitar conflitos. Compreender essa dinâmica sujeita a transformações cada vez mais velozes é uma tarefa árdua dada a fragilidade dos sistemas sociais e de seus, até então, imutáveis ordenamentos jurídicos.

O controle social parece ser exercido com maior eficácia pelos provedores de domínios da internet, do que propriamente pelo ordenamento jurídico convencional. Tamanha multiplicidade, torna imperioso redefinir aspectos fundamentais de ordenamentos jurídicos e acordos internacionais no tocante a direitos humanos e direitos de personalidade. Direitos estes, consolidados no século XX, mais precisamente a partir da 2ª Guerra Mundial, quando de acordo com os teóricos, deu-se início às mudanças sociais profundas que se refletem nos dias atuais. Conforme a filósofa e cientista política Hannah Arendt (2003, p.8) a questão crucial é:

O problema da natureza humana, “*a quaestio mihi facto sum*” (a questão que me tornei para mim mesmo de Santo Agostinho, 2007 p.8) parece insolúvel tanto em seu sentido psicológico quanto no sentido filosófico geral. É altamente improvável que nós que podemos conhecer, determinar e definir a essência natural de todas as coisas que nos rodeiam e que não somos,

venhamos a ser capazes de fazer o mesmo a nosso próprio respeito: seria como pular a nossa própria sombra. (grifo nosso)

Face a essas constatações, compreender a recorrente violação de direitos de personalidade por parte de grandes empresas requer não apenas a contextualização, mas procurar soluções para identificar de que modo esse tipo de delito prevalece e qual é a forma adequada de combatê-lo.

A mesma mensagem é repetida vezes sem conta: somos todos diferentes – alguns de nós são grandes, outros são pequenos; alguns sabem lutar, outros sabem como fugir –, mas precisamos aprender a viver com essas diferenças, entendê-las como algo que torna mais ricas as nossas vidas. (ZIZEK, 2003, p.86)

Conciliar interesses tão diversos fica cada vez mais difícil e a já complexa estrutura social tem seus alicerces abalados. Vive-se em tempos de individualismo onde o que conta é a satisfação de anseios particulares, a obtenção de bens materiais para causar um bem-estar momentâneo que logo terá que ser substituído por outro e assim por diante e, por vezes, para atingir tais objetivos, o indivíduo não hesita em ultrapassar limites que acabam por afetar o outro.

O reflexo dessa assertiva acontece com frequência nas relações de poder dentro das grandes corporações apesar de todo um ordenamento jurídico reconhecer os direitos fundamentais, os direitos de personalidade, referendados pela Constituição de 1988.

O reconhecimento de direitos em especial dos direitos humanos fundamentais, passa também pelo reconhecimento do Direito Público Internacional, considerando a série de acordos que ao longo do tempo foram sendo acrescentados de novas abordagens e, conseqüentemente, absorvendo as novas necessidades de garantias individuais. Segundo Lipovetsky (2016, p.1- Prólogo), vive-se a “era do vazio”, que significa um esgotamento de preceitos e objetivos, o que contribui para uma mudança radical de ordenamentos e comportamentos sociais:

(...) considerando, com efeito, que o universo dos objectos, das imagens, da informação de dos valores hedonistas, permissivos e psicologistas que lhe estão ligados geraram ao mesmo tempo uma nova forma de controlo dos comportamentos, uma diversificação incomparável dos modos de vida, uma flutuação sistemática da esfera priva da, das crenças e dos papéis, ou, por outras palavras, uma nova fase na his tória do individualismo ocidental. O

nosso tempo só logrou evacuar a escatologia revolucionária levando a cabo uma revolução permanente do quotidiano e do próprio indivíduo: privatização alargada, erosão das identidades sociais, desafeção ideológica e política, desestabilização acelerada das personalidades, **eis nos** vivendo uma segunda revolução individualista. Uma ideia central governa as análises que se seguem: à medida que as sociedades democráticas se desai a sua inteligibilidade revela-se à luz de uma lógica nova, a que chamamos aqui o processo de personalização.

A recongnição de que o coletivo começa a perder importância em detrimento do indivíduo não só denota o risco de uma falência também do capitalismo, mas de toda uma forma de pensar que acompanhou a evolução da humanidade ao longo de milhares de anos. O descompromisso com a ideologia e com a política dão lugar a uma forma de ver e se posicionar cada vez mais distante do coletivo, o que gera o risco de se perder a noção de que o indivíduo para sobreviver, necessita que todos sobrevivam, preferencialmente de maneira humanamente digna.

Essa sociedade voltada para o individualismo, à beira de um colapso, revela uma ruptura com o *modus vivendi* coletivo conhecido até então. Uma série de transformações ocorrem no chamado tempo real, acelerando o já frenético ritmo que impulsiona os avanços da humanidade.

Na panorâmica do direito internacional público, que regula a relação entre os Estados independentes um do outro, o sistema jurídico se inscreve numa ordem mundial que garante a soberania do Estado e o princípio da não interferência. Nesse caso é preciso compreender e delimitar os espaços entre o Direito Internacional Público e os limites internos do país, como ensina a canadense Sophie Rondeau (2008). De acordo com a autora, leva-se em consideração a soberania, isto é, as regras que englobam o direito internacional devem respeitar os limites territoriais e políticos internos e particulares de cada Estado sem que se esqueça, no entanto, que crimes contra a humanidade não devem limitar-se a fronteiras, ou seja, são da ordem do direito humanitário internacional.

No direito internacional, são reconhecidos os direitos humanos fundamentais e admitidas as punições aos crimes de guerra. No ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no código civil são reconhecidos os direitos de personalidade e os direitos humanos fundamentais e ambas as categorias estão presentes na Constituição de 1988, garantindo a dignidade da pessoa humana, seus direitos básicos e integridade física e moral.

A globalização trouxe consigo uma situação bastante complexa principalmente no tocante à responsabilização das empresas transnacionais por violações a direitos de personalidade, direitos humanos e direitos ambientais como é o caso exemplar de Bangladesh. Isto porque a estratégia permite que essas corporações atuem fora de seus territórios de origem, escondendo para “debaixo do tapete”, questões que vão desde o trabalho escravo à problemas graves políticos, sociais, econômicos e culturais, além dos destes derivados.

Com mais de 300 fábricas de curtimento de couro que geram anualmente 350 milhões de euros, Bangladesh recebe o ônus à saúde de sua população, à falta de saneamento básico e a péssimas condições de trabalho daqueles que produzem o couro barato que desemboca nas ricas passarelas europeias.

Tendo o foco específico e contemporâneo da exploração do homem pelo homem, dos riscos à saúde local e seus graves danos que ultrapassam fronteiras, e sob a forma de “artigos de luxo” transportam mais do que cores e texturas, o câncer embutido em peças que agredem ao ser humano e claro todo o meio ambiente onde são produzidas. Trata-se de Bangladesh, explorada há décadas de diversas formas, corroborando para o que classificamos como “crime humanitário”, que fere a ética a despeito daquilo que consideramos “evolução da humanidade. (REIS; SOUSA; SETTE, 2016)

O caso citado, que mereceu atenção primeiramente da televisão portuguesa através de documentário, gerando outras denúncias, é aqui apresentada unicamente como ilustração das proporções a que podem chegar as violações aos direitos de personalidade e aos direitos humanos por parte dessas empresas. Estas, que em nome da lucratividade, deslocam suas sedes de seus países de origem e, sob o manto de “investir” nos países, geralmente em desenvolvimento e a uma distância conveniente de fiscalizações que as façam cumprir as normas internacionais, acabam por levar a esses países onde encontram campo fértil para o lucro via mão de obra barata, desrespeito às normas internacionais de responsabilidades civil e ambiental.

A sociedade contemporânea exige uma “reconstrução”, ou melhor dizendo, como o sociólogo britânico Anthony Giddens (1991, p.8) bem definiu, exige um “reencaixe” para que os conceitos como dano moral e danos punitivos nela possam se reinserir.

(...) "modernidade" refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência. Isto associa a modernidade a um período de tempo e a uma localização geográfica inicial, mas por enquanto deixa suas características principais guardadas em segurança numa caixa preta.

Isto significa desconstruir conceitos anteriormente considerados imutáveis e substituí-los por outros mais condizentes com as mudanças sociais e suas aceleradas demandas. Esse “**deslocamento**” que tem um fluxo contínuo, obriga a uma reformulação geral incluindo a organização social completamente. Nessa “nova ordem” todos os segmentos, entre eles a Ciência do Direito, passam a merecer novos contornos, e se preciso, alterando enunciados para adaptá-los aos novos tempos.

Certamente é preciso conhecer o que significou anteriormente responsabilidade civil e em que é premente alterações para que prevaleçam os valores morais e éticos que criaram tal instituto e o justificaram em prol do respeito e da harmonia do viver se em sociedade.

Nesse contexto sujeito a tantas mudanças, há que discutir se o instituto da responsabilidade civil e como consequência do dano moral, já que ambos justificam a existência um do outro, não precisam de alguma reformulação, um novo desenho que promova uma reinserção mais vigorosa para atuarem de fato com o objetivo que as fez surgir no ordenamento jurídico. O instituto da responsabilidade civil é bastante flexível e sofre, a pelo menos um século, constantes transformações, sempre movimentando a teoria jurídica, e talvez seja de todos o mais capaz de comportar alterações.

Nesse panorama, a problemática da recorrente violação de direitos de personalidade e direitos fundamentais por parte das grandes corporações, começou a tomar vulto a partir da década de 1970, quando a temática obteve a atenção de:

(...) “movimentos sociais, organizações da sociedade civil, alguns centros acadêmicos, especialmente na Europa e pelas Nações Unidas – ONU. Tal fato se deve ao crescente reconhecimento das empresas, notadamente transacionais, como importantes violadores de Direitos Humanos, com destaque a sua atuação nos territórios do chamado Sul global. Entretanto, a luta pela responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos enfrenta diversos obstáculos que dizem respeito, tanto à onda de globalização dominante, especialmente na década de 1990, que pouco espaço concede às perspectivas críticas ao capital, quanto ao marco institucional de debate e negociação sobre o tema no âmbito das Nações Unidas, a qual sofre com a captura corporativa”. (HOMA, 2017 p.8).

A atenção da sociedade civil para tais violações, sem dúvida alguma foi aporte necessário para que o ordenamento jurídico e sua aplicabilidade buscassem nova direção para atender as inúmeras demandas no sentido de buscar responsabilizar as empresas por seus atos ilícitos, no caso o de violação tanto de direitos de personalidade quanto de direitos humanos.

Tais institutos parecem estar cada vez mais próximos uns dos outros, tanto por seus objetivos comuns, que são: o de exercer proteção à pessoa e sua dignidade, garantindo lhes direitos à privacidade, à imagem, entre outros, quanto pelos papéis que desempenham respectivamente no ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, o controle social parece ser exercido com maior eficácia pelos provedores de domínios da internet, do que propriamente pelo ordenamento jurídico convencional. Tamaña multiplicidade, tornando se imperioso redefinir aspectos fundamentais de ordenamentos jurídicos e acordos internacionais no tocante a direitos humanos e direitos de personalidade.

O notável é que a proximidade de 1/4 do século XXI, os valores que marcaram o século anterior parecem não chamar mais a atenção daqueles que estão à frente das decisões políticas e econômicas, ou seja, doutrinadores, legisladores e grandes empresas. Muitas estruturas ainda são as mesmas, porém a maneira de tomar decisões tem mudado radicalmente, reforçando o “isolamento” das classes sociais dominantes das menos favorecidas.

Uma corrente de pensamento diferenciada se ocupa de questões que envolvem temas que vão das graves diferenças sociais ao uso de recursos comuns. Dentre eles, destacam se dois prêmios Nobel de economia: o indiano **Amartya Sen** e a norte americana **Elionor Ostrom**, premiados na Suécia em 1998 e 2009, respectivamente. Ambos apontam caminhos diametralmente opostos à economia clássica convencional e demonstram soluções sustentáveis para enfrentar as questões da fome e do meio ambiente, considerando a solução desses problemas cruciais para a sobrevivência do planeta e de sua economia. Em síntese, da continuidade da vida humana e de sua evolução.

Teorias construídas com a ousadia e persistência características dos grandes investigadores que apontam outros ângulos e alternativas viáveis pondo a girar a roda da ciência e a movimentar a humanidade, despertando o olhar para outras direções.

Criador ao lado de Mahbubu ul Haq do Índice de Desenvolvimento Humano-IDH, adotado desde 1993 anualmente pelo programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- ONU, Amartya Sen (2012, p.30) tem uma visão muito clara de conflito eminente. O professor de Cambridge, Oxford e Harvard, aonde leciona atualmente, considera a superação da pobreza um dos problemas econômicos vitais:

O desenvolvimento econômico apresenta ainda outras dimensões, entre elas a segurança econômica. Com grande frequência, a insegurança econômica pode relacionar-se à ausência de direitos e liberdades democráticas. De fato, o funcionamento da democracia e dos direitos políticos pode até mesmo ajudar a impedir a ocorrência de fomes coletivas e outros desastres econômicos.

Reescrever a história econômica do capitalismo apontando como solução justamente o que mantém seu *status quo* que são e as classes dominadas, através de convivência pacífica e sustentável é a proposta em ambos os casos. Os dois cientistas comprovam cada um sob uma ótica peculiar, que é possível pensar em sustentabilidade e desenvolvimento de maneira inovadora que a longo e médio prazo poderão ser bons auxiliares na mediação de conflitos, para que não seja inevitável o “grande confronto” que destruiria a todos.

Aumenta, portanto, a necessidade de novo contorno no ordenamento jurídico, em especial nos institutos de direitos de personalidade, direitos humanos, responsabilidade civil e dano moral, com a intenção de conciliar tantos interesses cada vez mais díspares.

Apesar de todo um consenso internacional que prega: igualdade, imparcialidade da Justiça, acesso à educação, moradia, lazer, saúde considerados direitos da condição humana, na prática esses direitos não são comuns a todos os seres humanos, uma vez que os Estados não conseguem garanti-los por si.

Esta circunstância, especialmente nos Estados capitalistas, que dependem de uma sustentação econômica proveniente das empresas, se ressalta o paradoxo da almejada Justiça igualitária, da “lei para todos” já que o Estado e, como consequência, o ordenamento jurídico que dele emana, é construído por uma parcela da população que define, legisla e aplica as leis. Estes fazem parte de um grupo seletivo, ao qual o historiador **Raymundo Faoro** denominou de “donos do poder”, alijando a maioria da população das decisões que ao menos teoricamente deveriam ter a participação de todos.

Nesse caso, o equilíbrio entre as diferentes camadas populacionais torna-se cada vez mais improvável, e o abismo entre os “grandes” aumenta, se amplia a distância entre ricos e pobres.

A questão ambiental é um dos temas com maior relevância na atualidade, onde o Direito Ambiental vem obtendo destaque como um importante ramo do Direito. Já existe grande e relevante produção doutrinária sobre o tema, inclusive pelo fato de que novos instrumentos processuais têm sido implementados para que o meio ambiente seja efetivamente preservado ou, até mesmo, reparado.

Nas últimas décadas, percebe-se a tomada de consciência da “esgotabilidade” do bem ambiental, o que acarretou em novos paradigmas na Ciência do Direito, a fim de que se proteja esse bem imaterial com o máximo de eficiência possível.

A responsabilidade civil em matéria ambiental merece análise não somente no âmbito patrimonial, como também no seu aspecto extrapatrimonial, que são as duas modalidades de reparação civil admitidas em lei.

Nas lições de Canotilho é indicado como um dos elementos essenciais à efetivação do Estado constitucional ecológico a criação de uma política global, pois

(...) a proteção do ambiente não deve ser feita a nível de sistemas jurídicos isolados (estatais ou não) mas sim a nível de sistemas jurídico-políticos, internacionais e supranacionais, de forma a que se alcance um standard ecológico ambiental razoável em nível planetário e, ao mesmo tempo, se estructure uma responsabilidade global (de estados, organizações, grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental. (CANOTILHO, 2001. p. 10-11).

O dano moral ambiental é caracterizado quando ocorre uma comoção social que atine toda uma determinada comunidade, como o caso mais recente ocorrido em **Mariana/M**, considerado o pior acidente da mineração brasileira, cujo rompimento da barragem acarretou uma imensa devastação, ocasionando, inclusive a perda de vidas.

Mais recente, ainda, foi a condenação obtida pelo Ministério Público de Santa Catarina, onde a empresa Douat Textil Ltda, de Joinville, que terá que pagar R\$ 120 mil de danos morais ambientais e coletivos devido a poluição do Rio Cachoeira.²

² Notícia veiculada e disponível em <https://www.aconteceuemjoinville.com.br/empresa-de-joinville-pagara-indenizacoes-por-danos-morais-ambientais-e-coletivos-por-poluicao-ao-rio-cachoeira-no-valor-de-r-120-mil/>. Acesso em: 07 dez.2017

Em se tratando de meio ambiente, dada sua importância para a sobrevivência da vida em nosso planeta, importante mencionar a Encíclica *Laudato Si*³, que na linguagem medieval significa *Louvado Seja*. A mensagem ambiental do Papa Francisco, que adotou tal nome deixando clara sua simplicidade e humildade, pode ser considerada a mais importante dos últimos anos.

As palavras do Papa retratadas na Encíclica causam forte influência nas atividades **li adas** a proteção do meio ambiente, tal qual os princípios extraídos dos Congressos de Direito Ambiental, a exemplo o de Estocolmo em 1972, marco de grandes transformações.

Como ponto de partida lembra que é preciso debater, de forma sincera e desarmada, como ponto essencial, o desafio ambiental e o impacto em nossas vidas. Refere-se a diversas formas de poluição, muitas vezes consentidas por normas regulamentadoras, recomendando atenção permanente, assim como mudança climática, questões sobre a água e sua escassez, perda da biodiversidade, entre outras.

Deste documento extrai-se a importância e relevância do tema, tornando-se as questões ambientais uma preocupação também do clero.

Imperioso mencionar, ainda, que no centro decisório das empresas, bem como entre doutrinadores e legisladores, a questão da responsabilidade civil por danos ambientais tem sido amplamente discutida, levando se em conta a responsabilidade civil objetiva e solidária. No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, tem-se debatido a extensão do nexo de causalidade. Porém para a desembargadora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (2017 p.203), a questão tem outros desdobramentos:

(...) é preciso avançar para além do sistema de comando e controles estatais e para além da ótica corretivo- repressiva que inaugurou o combate à poluição e à contaminação do ambiente a partir da década de 1970, cujos marcos representativos são a Conferência de Estocolmo (1972) e, entre nós a instituição da Política Nacional de Meio Ambiente-PNMA (Lei nº6.938/81).

De acordo com a autora, não se pode esquecer que as instituições financeiras em especial aquelas que financiam os processos de produção são diretamente

³ (file:///E:/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.pdf).

responsáveis na prevenção do dano ambiental, e nas questões sociais ligadas ao assunto. Portanto, como previsto na PNMA, o financiamento de crédito deve exigir do proponente o cumprimento das normas ambientais, a implementação de controle preventivo e análises de impactos ao meio ambiente, entre outros requisitos.

Implantar a chamada Economia Verde, proposta da Conferência Rio-92, une como responsáveis diretos Estado e empresas, nem tanto no formato anterior de reparação e punição, mas especialmente como ações preventivas, o que facilita a parceria em áreas aonde a atividade estatal apresenta fragilidade como licenciamento e fiscalização, que com a almejada parceria se torna mais fácil e ágil.

Do ponto de vista jurídico, na visão crítica de Yoshida, Hans Kelsen⁴

(...) teve o mérito de atribuir ao ilícito dignidade jurídica, todavia incorreu no extremo de considerar que apenas as normas jurídicas sancionadoras constituíam, verdadeiramente, o Direito, se reduziria exclusivamente a essa proposição, formulada como juízo hipotético ou condicional.

A revisão desse conceito veio através de Carlos Cossio (1963, p.206) que em sua teoria, recoloca o ilícito enquanto fenômeno jurídico, utilizando-se do conceito do juízo- disjuntivo, que valoriza o Direito, a liberdade humana.

Enfim, fica clara a contribuição das instituições financeiras no tocante à preservação da qualidade de vida e do meio ambiente, no tocante a concessões de créditos, vinculando-os à responsabilidade socioambiental, desta forma preventiva, se pode alcançar a proteção com relação aos riscos que estas questões trazem à baila. "Amplia o espaço de tua tenda e nela estende teus tapetes, pois há de te locomover em todas as direções." Isaías. (IN, MATURANA E VARELA, 1995-prólogo).⁵

Por outro lado e na contramão do delito, e no sentido global, existem esforços no sentido de pensar-se e normativas comuns que possam garantir a preservação ambiental como o IYGU (2017) – Conselho Internacional de Ciências Naturais e Ciências Sociais (ISSC), organismo internacional com apoio da ONU, que tem como objetivo promover um melhor entendimento sobre o impacto global das ações locais, estimulando políticas inovadoras que respondam a situações como: mudanças climáticas, a segurança alimentar ou as migrações.

⁴ Se não P (prestação), deve ser S (sanção) - (Idem p.205 Kelsen *in* Yoshida)

⁵ A Árvore do Conhecimento - Humberto Maturana e Francisco Varela- As fases biológicas do entendimento humano - Editorial Psy – 1995 - prólogo)

Entretanto, a violação aos direitos de personalidade e aos direitos humanos é recorrente em especial por parte das grandes corporações, apesar dos mecanismos internos e internacionais que combatem com suas leis e acordos tais questões. O instituto da responsabilidade civil é um desses mecanismos, que devem ser acionados para prevenir, coibir e punir tais abusos, mecanismo este, que faz parte da história e da evolução da humanidade.

1.2 O PROCESSO DE ABERTURA E REFORMULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O SEU PLURALISMO FUNCIONAL

Para entender a responsabilidade civil em Direito é preciso aceitar a definição da doutrina tanto de pessoa física quanto jurídica enquanto responsáveis respectivamente pelo dano causado a terceiros e por consequência da obrigatoriedade da reparação, conceito anterior ao próprio Direito, nas primeiras organizações sociais cujas regras já estabeleciam o conceito de reparação aos danos causados a terceiros.

Em latim o termo *damnum*, define o conceito de tudo aquilo que prejudica um terceiro seja material ou moralmente. E a palavra também latina "*moralis*" representa a questão social, isto é, se refere aos costumes.

A noção de reparação de dano encontra-se claramente definida no Código de Hamurabi. As ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, à causa de ofensas idênticas. Todavia o Código incluía ainda a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário. (REIS apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, pag. 61).

No antigo Testamento é possível identificar traços do instituto através da proteção nele contido como em deuteronomio onde já previa se a punição pelo dano, e, portanto, da responsabilidade civil, já que como duas faces de uma mesma moeda ou seja, não se fala em responsabilidade civil sem imediatamente remeter se ao dano.

Se um homem tomar uma mulher por esposa e, tendo coabitado com ela, vier a desprezá-la, e lhe imputar falsamente coisas escandalosas e contra ela divulgar má fama, dizendo: tomei esta mulher e, quando me cheguei a ela, não achei nela os sinais da virgindade, então o pai e a mãe da jovem tomarão os sinais da virgindade da moça, e os levarão aos anciãos da cidade, à porta; e o pai da jovem dirá aos anciãos: Eu dei minha filha para esposa a este homem, e agora ele a despreza, e eis que lhe atribui coisas escandalosas, dizendo: – Não achei na tua filha os sinais da virgindade;

porém eis aqui os sinais da virgindade de minha filha. E eles estenderão a roupa diante dos anciãos da cidade. Então os anciãos daquela cidade, tomando o homem, o castigarão, e, multando-o em cem ciclos de prata, os darão ao pai da moça, porquanto divulgou má fama sobre virgem de Israel. Ela ficará sendo sua mulher, e ele por todos os seus dias não poderá repudia-la. (DEUTERONÔMIO, 22:13-19)

É sabido que anterior, as regras impostas pela Igreja Católica, força política dominante por muitos séculos, ganhou significativa expressão na Idade Média, a responsabilidade civil e o conseqüente dano moral, existiram de certa forma antes de evoluir inserido em ordenamentos jurídicos:

Remotamente, quando os homens ainda viviam em pequenos agrupamentos, imperava a vingança coletiva, em que, se alguém causasse dano a outro, era punido por todos os membros dessa sociedade primitiva, geralmente com sua exclusão ou com sua morte. Não havia regras nem limites, sendo resultado normal, geralmente, a morte do indivíduo da maneira mais brutal possível. (GUIMARÃES, 1999 p.2).

Antes de ser instituído o Estado, a regulação e punição dos danos morais à época era a Lei de Talião, “olho por olho” “dente por dente”, quando o ofendido reagia à ofensa com suas próprias mãos, o que de fato não resolvia a questão, pelo contrário sendo um agravante nos conturbados conflitos sociais.

Com o surgimento do Estado romano, a noção de responsabilidade civil é extraída da *Lex Aquilia de Damno*, resultado de um plebiscito aprovado entre o final dos séculos III e II a.C, que deu a possibilidade de atribuir se ao ofendido um pagamento em dinheiro daquele que houvesse destruído ou danificado seus bens. Centralizada na ideia de culpa, essa forma de reparação se traduz no dolo, na imperícia, imprudência ou negligência. Através da chamada Lei Aquiliana, o Estado passou a intervir nos conflitos privados passando a fixar monetariamente o valor a ser pago. A distinção entre civil e penal se dá apenas a partir da Idade Média.

A França, protagonizou a noção de responsabilidade civil aperfeiçoando e generalizando o princípio aquiliano, considerando *In Lege Aquilia et levissima culpa venit*, em outras palavras, a obrigação de indenização é um pressuposto ligado à uma culpa caracterizada sem importar com a gravidade da mesma. A concepção moderna e que é o modelo da legislação atual é de 1804, o Código de Napoleão que sistematizou e fez a distinção entre culpa contratual e culpa extracontratual

No Brasil Colônia, por óbvio o que vigorava era o ordenamento do Reino e à época não havia distinção entre reparação, pena e multa. Entretanto, em 1830 é

adotado o Código Criminal que tem preceitos que foram sendo aprimorados ao longo dos tempos e contribuíram para muitas das formulações dos Códigos Civil e Penal no ordenamento jurídico pátrio. Em linhas gerais essa é um pouco da história do dano moral e da responsabilidade civil a partir de sua criação e desenvolvimento.

O que parecia estar estabilizado e controlado pelo ordenamento jurídico começa a ser questionado de várias maneiras e o conflito a emergir com violência manifesta, faz lembrar Michel Foucault (1975) com o seu célebre *Vigiar e Punir*, quando numa análise social a partir do dilema do prisioneiro, o autor demonstra que todos os seres humanos estão condenados a viver prisioneiros de si mesmos, acuados temendo o outro ser humano, o que acabou por tornar-se uma ameaça real e virtual vivenciado com maior intensidade no século XXI, na chamada sociedade pós moderna .

Para melhor compreender tanto a questão da responsabilidade civil, quanto as transformações sociais no chamado “tempo real”, é necessário um acompanhamento das demandas sociais por parte do instrumental jurídico, entendendo que todos esses institutos de certa forma interligados e com objetivos bastante semelhantes em prol da pessoa humana e de sua integridade física e moral. Enfim mecanismos de proteção que deparam-se com o contraditório pela agressiva competição no *ranking* da economia em busca frenética pelo lucro seja qual for o preço a pagar.

A multidisciplinaridade, enquanto proposta, surge no caso desta investigação, num cenário em que as transformações sociais à luz do terceiro milênio, necessitam de diálogo permanente tanto para evitar um colapso causado pelo abismo crescente entre os que dominam o panorama econômico e político e aqueles marginalizados das grandes decisões, aumentando o conflito latente e que parece inevitável.

O Direito tendo como um dos seus grandes princípios e finalidades a proteção da pessoa e a busca de equilíbrio entre interesses diferenciados, deve buscar integrar-se a outras disciplinas que carregam, muitas vezes, o mesmo tipo de indagação, em busca de soluções que, ao menos, acalmem a turbulência nas relações sociais.

Sem dúvida alguma, não é tarefa fácil analisar os institutos de direito à luz da sociedade atual e das suas novas demandas, tendo em vista complexidades tais que necessitam nem tanto de novos regramentos, mas, principalmente, de novas

interpretações e adaptações para que o próprio direito não perca sua razão de ser diante dessa nova era.

Nossa sociedade vive o momento da "cultura empresarial da irresponsabilidade". Muitas empresas preferem expor seus consumidores a diversos riscos, com práticas comerciais abusivas e irresponsáveis, do que investir na melhoria dos seus serviços. Da mesma forma, optam por submeter seus próprios funcionários a determinadas situações, do que gastar com a adoção de alguns procedimentos internos. Isto porque a irresponsabilidade compensa para essas empresas.

A técnica reparatória tradicional da responsabilidade civil vem sendo um estímulo à prática de diversos tipos de ilícitos civis, pois o causador do dano já sabe previamente que o lucro resultante da ilicitude será, em muitos casos, superior à eventual indenização que precisará pagar ao lesionado. Esse uso de uma racionalidade econômica artilosa, analisando o custo-benefício de arcar com uma sanção legal, acontece bastante em casos relacionados à violação de direitos de personalidade.

Face às novas demandas sociais e à plasticidade/mutabilidade da responsabilidade civil ao longo da história da nossa sociedade, alguns doutrinadores têm criticado muito a função reparatória clássica, e ainda dominante, da responsabilidade civil. Acompanhamos o entendimento de Nelson Rosendal de que vivemos um momento em que é de suma importância a substituição da técnica da neutralidade pela ética da efetividade. Essa efetividade do direito é diretamente subordinada à indagação sobre a realidade social que lhe dá conteúdo e substância. Sendo assim, como forma de inibir condutas reprováveis e indesejadas pelo nosso sistema, qualificadas pela malícia e artil, pode-se propor a imposição de uma função da responsabilidade civil para além da meramente reparatória.

O Direito, nas palavras do ilustre professor Miguel Reale (1978, p.52), "não pode deixar de ser estável, sem ser estático; e deve ser dinâmico, sem ser frenético". A sociedade pós-moderna exige nova dinâmica do Direito, a partir da análise de quais modificações vêm ocorrendo no âmago da sociedade desde a Segunda Grande Guerra, oportunidade em que foram reconhecidos, a nível global, os chamados Direitos Humanos Fundamentais, que têm evoluído e ganhado novos contornos através dos tempos. Por isso, o instrumental fornecido pelo Direito deve buscar, cada vez mais, a multidisciplinaridade para cumprir eficazmente com o seu papel principal

de resolver conflitos e, dentro da medida do possível, antecipar-se por meio de regramentos reconhecíveis e adaptáveis a uma realidade social em constante transformação.

Com a evolução da sociedade, a responsabilidade civil ganha novos espaços e funções plurais no ordenamento jurídico brasileiro e também no cenário internacional, tendo como destaque instrumentos civis com funções preventivas, a pena civil e a multa diária para punir e coibir abusos, tendo o *disgorgement* como uma terceira via do vértice da culpa.

A questão da responsabilidade se encontra associada à ideia de reparação de dano, de restauração de equilíbrio. Como as atividades humanas são múltiplas, as espécies de responsabilidade também o são e abrangem todos os ramos do direito e, para além da vida jurídica, com o objetivo de alcançar todos os domínios da vida social. Significa o pressuposto que o responsável na situação de lesante ao violar determinada norma, fica exposto às consequências provocadas por causa de sua conduta danosa

Em síntese, responsabilidade é em si um conceito amplo, que deve estar presente em todos os segmentos da sociedade, para coibir condutas que possam prejudicar tanto a coletividade como os indivíduos que a compõem.

O papel da responsabilidade civil é o de manter a harmonia, o equilíbrio das relações sociais de tal modo que aquele que prejudicar ou causar dano ainda que imaterial a outro, deverá ser punido até mesmo exemplarmente, com o intuito de evitar a reincidência.

O chamado processo de abertura política e redemocratização no país, que culminou com a promulgação da Constituição Federal 'Cidadã' de 1988, embora não tenha sido exatamente aquilo que se entende por 'revolução', representou grandes avanços em termos institucionais, com a participação direta da sociedade civil, que passou a ter uma participação fundamental no processo de redemocratização.

A principal motivação para a abertura política no país se deu num contexto em que a economia estava em crise, nos comércios e nas fábricas, o que acabou por desencadear uma crise política:

A saída da crise apontava para o início de um processo de liberalização da ditadura militar, denominado de abertura política, feito de forma "*lenta, gradual e segura*" pelos militares liderados por Geisel. A liberalização do país interessava, sobretudo, à burguesia que estava fortalecida pela consolidação

do capitalismo possibilitada pela ditadura. A abertura do país substituiria mecanismos da ditadura, porém ainda garantindo que a participação populacional se daria sob controle. A pressão dos movimentos sociais foi fundamental para a abertura do país nesse momento, mas não para garantir que ela seria conduzida de forma democrática, pois isso exigiria profundas reformas nos mecanismos políticos. (SEINO, ALGARVE; GOBBO,2013 p.31-420)

Na década de 1980 quando foi dado o início do chamado processo de abertura política, com a volta das eleições diretas, a constituinte que resultou na Constituição Cidadã de 1988, com a anistia esta “ampla, geral e irrestrita”, segundo o slogan da época, a responsabilidade civil, passou ela própria por um processo de reformulação devido aos fatos novos e à transição de um regime de exceção para um regime democrático.

A partir desse momento ganharam novo impulso os direitos de personalidade e os direitos humanos fundamentais, o que modificaria o panorama do país, da luta pelos direitos civis e do apoio de organismos internacionais de direitos humanos. Nascia no bojo dessas transformações os movimentos: Tortura Nunca Mais, Diretas Já, apoiados pelo organismo Anistia Internacional, levando às ruas multidões ávidas por exercer sua cidadania.

Neste cenário é natural que o sistema jurídico também sofresse alterações profundas e o instituto de responsabilidade civil, tivesse ampliado seu raio de ação. A partir daquele momento quaisquer atitudes que denotassem preconceito, discriminação, perseguição por orientação sexual ou de prática religiosa, passaram a ter uma resposta efetiva da Justiça que não só coibia, mas, através de ações afirmativas protegia as chamadas “minorias”.

O dano moral passou então a ocupar um espaço no domínio público inclusive, pois os cidadãos sentiam se apoiados e com o reconhecimento de seus direitos. Juristas da envergadura do Dr. Sobral Pinto, políticos com a projeção internacional de Ulisses Guimarães, jornalistas entre eles o presidente nacional da Associação Brasileira de Imprensa- ABI, Barbosa Lima Sobrinho foram às ruas mobilizar a população, clamando por eleições diretas.

O clima de euforia tomou conta do país e as instituições ficaram fortalecidas entre elas o sistema jurídico como um todo e em particular os institutos do dano moral e da responsabilidade civil.

O espectro ampliou se considerando responsabilidade empresarial os cuidados com o meio ambiente, o investimento no entorno de suas sedes. O que

chama-se de responsabilidade ambiental, levando-se em consideração o até então indiscriminado uso e desperdício de recursos comuns como água por exemplo.

Como resultado dessas novas atribuições, houve por um lado um desenvolvimento das atribuições sociais do Estado da classe empresarial o que representou um desenvolvimento econômico do país com a saída da linha da extrema pobreza de muitos cidadãos brasileiros.

A contribuição do Direito foi fundamental para que os preceitos constitucionais fossem cumpridos. A chamada à responsabilidade social e ambiental foram decisivas para o crescimento econômico do país que por um certo tempo ganhou o respeito e a visibilidade internacional.

Mas com o tempo e os reflexos das mudanças sociais e da crise do capitalismo que afeta a alguns anos a Europa e os Estados Unidos, chegaram até o país e atingiram em cheio os programas sociais do governo.

Porém, o instituto da responsabilidade civil e do consequente dano moral, têm sido fortalecidos no ordenamento jurídico. Porém, infelizmente a prática não condiz com tais assertivas e por isso a demanda por ações afirmativas ainda é uma necessidade. Constata-se que existe quase um consenso nas grandes corporações de que as mesmas podem burlar as leis, praticar danos aos direitos de personalidade quase que sistematicamente.

O que é considerado pela doutrina é a classificação do instituto da responsabilidade civil em razão da culpa a partir da natureza jurídica da norma violada. Deste modo ela é dividida em objetiva ou subjetiva. Vista sob outro critério a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual. Uma outra visão da responsabilidade civil face a sociedade pós-moderna e seus riscos é a função preventiva/prospectiva, alterando dessa forma a maneira de interpretar seus pressupostos:

Se o paradigma que dominou a dogmática da responsabilidade civil no século XX foi aquele de opor análise de mau uso da liberdade pelo agente (culpa) frente a atividade lucrativa geradora de dano (risco) portanto preso à conduta e à estrutura metodológica de então, em tempos presentes surge nova perspectiva: a fragmentação do instituto, que assume como escopo o cumprimento de múltiplas finalidades. O que agora se opõe é modelo reparatório frente a modelos polivalentes". (FERREIRA, 2004 p. 5).

2.3 INSTRUMENTOS CIVIS COM FUNÇÕES PREVENTIVAS: AS *ASTREINTES* E A PENA CIVIL

Historicamente, o direito civil se distanciou do direito penal pelas funções atribuídas a cada um desses subsistemas. Enquanto no direito penal prevalece a função preventiva de ilícitos, visando desencorajar o ofensor específico e outros possíveis ofensores, ou seja, tendo a missão de contenção de comportamentos, já em sede de responsabilidade civil, o foco é a contenção de danos e a recomposição do equilíbrio patrimonial do ofendido.

Todavia, tem-se constatado uma tendência, ao redor do mundo, de parte das funções de desestímulo de condutas ilícitas tradicionalmente atribuídas ao Estado, também serem agora destinadas à justiça civil. Notam-se dois instrumentos civilísticos que assumem a função preventiva: a pena civil e a tutela inibitória (*astreintes*). Ambos os institutos não aderem à lógica da compensação de danos e compartilham da função de dissuadir comportamentos que não devem ser admitidos pelo sistema jurídico. A diferença que esses institutos guardam entre si tem basicamente um viés estrutural. A sanção da pena civil possui natureza de direito material, ao passo que as *astreintes* têm natureza processual.

Naturalmente, a função desses institutos aqui estudados é o de proteger a pessoa humana de maneira tal que ela sinta se amparada pelo ordenamento jurídico. É em Suzanne Carvalho se encontra aporte para tal afirmativa:

(...) tendo em vista a função da pena privada na responsabilidade civil, enfatiza dois aspectos: um, relacionado à proteção da pessoa humana; outro, relativo à utilização dessa forma de sanção para moralizar a ordem econômica. A proteção à integridade física e moral da pessoa humana, no Brasil (como em muitos outros países), é primado constitucional. Nada obstante tal proteção, ressaltando que esses direitos da personalidade e as liberdades individuais, vezes sem conta, são ignorados – sobretudo pelas grandes corporações. Estas, conscientes de que eventuais demandas judiciais não lhes causam prejuízo significativo, preferem perseverar nas práticas abusivas. Aí, a responsabilidade civil – e, quando a conduta lesiva é tipificada, o próprio direito penal – devem intervir, para assegurar ao lesado a devida reparação ou afastar o transgressor do meio social. (KFOURI NETO; SOUSA, 2017)

A pena civil não tem como foco o dano sofrido pela vítima ou a recomposição do seu patrimônio, tal como a tradicional função reparatória da responsabilidade civil. Ela define-se pelo seu fundamento pedagógico: dissuadir o

ofensor à prática de condutas socialmente reprováveis (prevenção especial), bem como desestimular atuações semelhantes de potenciais ofensores (prevenção geral).

A astreinte é um meio de execução indireto nascido na jurisprudência francesa, nos primórdios do séc. XIX, e que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. Ela é uma sanção indireta ao inadimplemento, um instrumento executivo à serviço do órgão judicante. Consiste na condenação do obrigado ao pagamento periódico (por dia de atraso ou outro interregno) de uma quantia fixada por decisão judicial, a fim de que seja cumprida uma obrigação.

A tutela inibitória, representada pelas *astreintes*, não possui qualquer finalidade ressarcitória. Ela incide antes mesmo da ocorrência do dano e, por isso, prescinde da verificação do dano para sua incidência. A medida coercitiva opera na prevenção de futuros danos, com base na mera ameaça ou da sua reiteração na violação de direitos ou deveres genéricos. Por esse motivo, a *astreinte* é, inclusive, cumulada com a indenização por perdas e danos.

É oportuno ressaltar que a multa cominatória não é uma forma de indenização por inadimplemento, não possui função compensatória ou indenizatória, mas sim inibitória e coercitiva, a fim de coagir a parte ao cumprimento da decisão judicial na forma e prazos determinados. Pune-se o devedor, através das *astreintes*, com o intuito de coagi-lo moralmente a cumprir uma ordem judicial. Por isso, elas não encontram limite temporal, nem tampouco ficam restritas ao valor da obrigação. A pena cominatória somente cessa quando o comando do juiz é cumprido, ou seja, ela perdura enquanto houver recusa do devedor ao adimplemento. Em resumo, a *ratio essendi* da norma é ser um instrumento executivo para desestimular a inércia injustificada do devedor em cumprir a determinação do juízo.

Segundo as lições do jurista português João Calvão da Silva, o carácter cominatório ou coercitivo da *astreinte* é inquestionável, pois se trata de um meio indireto de constrangimento incidente sobre os bens do devedor, a fim de compeli-lo a obedecer uma ordem judicial, através da realização da obrigação a que está adstrito. O objetivo da *astreinte* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas coagi-lo ao cumprimento da obrigação na forma determinada pela ordem judicial. Essa medida coercitiva é um meio de execução indireta, pois não recai diretamente sobre o patrimônio do ofensor. René Savatier exemplifica a utilização dessa coação indireta através da situação onde a determinação judicial visa compelir uma indústria

a não precipitar poluentes sobre as águas públicas (*non facere*) ou um poeta a concluir o prometido soneto (*facere*).

Como anteriormente expusemos, vivemos a "cultura empresarial da irresponsabilidade" e, paralelamente a essa realidade, nota-se a "cultura do descumprimento às decisões judiciais". Grandes grupos empresariais simplesmente ignoram determinadas ordens judiciais, não cumprindo as obrigações (de fazer, não fazer ou pagar quantia) determinadas pelo juízo, tais como: não apresentam dados ou documentos necessários ao deslinde das controvérsias, não excluem de imediato determinados dados do ofendido em institutos de proteção ao crédito, etc.

A fixação de multa cominatória para a hipótese de descumprimento de ordem judicial faz parte do poder geral de cautela do magistrado, isto é, ao juiz é concedida uma vasta discricionariedade para a eleição do meio coercitivo mais adequado para a proteção do direito. Com o propósito de conferir maior efetividade ao processo, o Código de Processo Civil de 2015, no seu art. 139, inciso IV, coloca à disposição do juiz todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetividade no cumprimento das ordens judiciais. Como adverte Ada Pellegrini Grinover, cabe à sensibilidade do juiz optar entre as *astreintes*, cumulá-las com as medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento ou, ainda, decidir pela tomada imediata e exclusiva destas. As *astreintes* exercem uma poderosa pressão patrimonial sobre a vontade do devedor, notadamente nas obrigações de fazer de prestação infungível, mas também se revela bastante útil e aplicável, de forma subsidiária, às prestações fungíveis.

Apesar da *astreinte* ser uma técnica de indução do comportamento do destinatário que se direciona, especialmente, às obrigações de fazer e não fazer, não nos parece impedir a extensão da multa cominatória às obrigações de pagar quantia, o fato da topologia do artigo 537 do Código de Processo Civil de 2015, que trata da multa cominatória, situá-lo junto à execução das obrigações de fazer e não fazer. Há de se considerar a aplicação das *astreintes* para além das obrigações em sentido estrito, ampliando sua incidência às ordens judiciais (eficácia mandamental).

Constatam-se algumas decisões recentes contrárias a esse entendimento, determinando que "em se tratando de obrigação de pagar quantia certa não tem cabimento a fixação de multa para compelir a parte devedora em adimplir a obrigação. E isso porque o Código de Processo Civil estabelece o procedimento

adequado para o cumprimento da sentença [...], com constrição de bens daquela para satisfazer a obrigação caso assim não proceda voluntariamente.”⁶

Não obstante existirem algumas vozes contrárias, nos apoiamos na melhor doutrina de Araken de Assis e Arruda Alvim, e defendemos que a incidência das *astreintes* também às obrigações de pagar quantia. Isto porque elas podem ter grande utilidade prática para, além de induzir o devedor ao pagamento, também pressioná-lo a desempenhar determinadas condutas que acabam por concretizar o fim último de efetiva satisfação do crédito. Pode-se tomar como exemplo, uma ordem judicial determinando que o devedor indique seus bens livres e desembaraçados, sob pena de multa diária, indicação esta que contribuirá para garantir a satisfação do crédito ajuizado.

Pois bem, fora de qualquer dúvida, há uma aptidão das *astreintes* em compelir o executado, a cumprir obrigação de pagar, quando expedida a ordem do juiz com base em deveres acessórios. Essa aplicação das *astreintes* já foi inclusive firmada pelo STJ, em recurso repetitivo julgado pela Primeira Seção, onde se determinou o cabimento da fixação de multa para constranger a Caixa Econômica Federal a exibir os extratos das contas do FGTS na ação em que o titular pretende obter correção do saldo⁷.

No que diz respeito ao *dies a quo* da cominação da *astreinte*, há importantes questões a serem discutidas. Quando uma multa é fixada por dia de atraso ao cumprimento da ordem judicial, ela passa a incidir imediatamente no dia posterior ao descumprimento. Não existe termo final para sua incidência. A multa é infinda. Vence-se dia a dia. Somente se interrompe com a satisfação da obrigação ou, querendo o credor, com a liquidação das perdas e danos. Pode haver liquidação paulatina, para execução por quantia. O credor pode desistir, liquidar as perdas e danos e executar por quantia certa. A obtenção do resultado prático equivalente também faz cessar a multa. Importante ressaltar que a multa só incide enquanto for possível o cumprimento do comando judicial.

Quando evidenciada a impossibilidade no cumprimento da ordem judicial, o magistrado poderá determinar o fim da incidência da *astreinte*. O juiz, de ofício, faz

⁶ TJ-PR, AI 1639939-4, Relator(a): Luiz Cezar Nicolau, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Data do Julgamento: 20/04/2017 16:32:00, Fonte/Data da Publicação: DJ: 2024 10/05/2017

⁷ (REsp 1112862/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 04/05/2011)

cessar a multa, observado o contraditório. Há discussão doutrinária sobre as consequências atribuídas ao caso do réu que, por um longo período de tempo, continua descumprindo a ordem do juiz e o cumprimento daquela ordem continua sendo possível. Para Eduardo Talamini, a multa cominatória continua a incidir enquanto for possível o cumprimento. Por outro lado, Marcelo Lima Guerra defende que, se a *astreinte* não atingiu sua finalidade, ela pode cessar.

No que se refere à periodicidade das *astreintes*, vale a observação de que o artigo 461, § 4º do CPC/1973 trazia a nomenclatura de multa “diária”, palavra que foi suprimida no CPC/2015. Isto porque quando a determinação do magistrado for, por exemplo, para que o réu não derrube uma árvore, por óbvio, a *astreinte* terá um valor fixo. Agora, diante de uma situação de grande urgência, pode o juiz fixar uma multa por hora de descumprimento. Em outros casos, tal como na determinação de não utilização de um nome industrial ou da retirada de um nome no cadastro de inadimplentes, costuma-se fixar a multa numa periodicidade diária. Ainda, pode-se pensar no exemplo de uma decisão judicial que determina a uma revista semanal que publique uma resposta/retratação a uma falsa denúncia veiculada por ela. Neste último caso, a multa será fixada por semana de atraso.

Além de ser imprescindível a determinação da periodicidade da multa através da análise das circunstâncias do caso concreto, para que seja efetiva é também necessária a fixação do seu *quantum* pela análise da capacidade de pressionar psicologicamente o devedor a cumprir a ordem judicial. Como a finalidade precípua das *astreintes* é compelir o réu ao cumprimento do comando judicial, sempre foi consenso doutrinário e jurisprudencial que o valor da multa cominatória deve ser expressivo. Diante das peculiaridades do caso concreto, baseando-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o magistrado determina o valor tendo como norte a potencialidade suficiente de influir na vontade do devedor em adimplir a obrigação. Por isso, caso constatado que o quantum total da *astreinte* se tornou ínfimo ou excessivo, é possível modificá-lo.

O Código de Processo Civil de 1973, no seu artigo 461, §6º, previa que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. O magistrado, sob a égide do antigo CPC, promovia a redução do valor da *astreinte*, englobando nela tanto as parcelas vincendas como as já vencidas. O STJ havia consolidado a tese (tema 706) de que “a decisão que comina *astreintes* não preclui, tampouco faz coisa julgada”. Assim,

como a multa cominatória não integrava a coisa julgada, poderia ser cominada, alterada ou suprimida posteriormente. Essa redução do “crédito” total resultante da incidência das *astreintes* era feita em qualquer momento processual e embasada na necessidade de se evitar o enriquecimento indevido do credor.

Todavia, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, abriu-se divergência jurisprudencial quanto a possibilidade da modificação da multa cominatória produzir efeitos *ex tunc*, atingindo as parcelas já vencidas. Prevê o artigo 537, §1º, I, do CPC/2015 que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa *vincenda* ou excluí-la, caso se verifique que: I – se tornou insuficiente ou excessiva”. Nota-se que o vocábulo “vincenda” foi acrescentado ao texto legal. Algumas decisões judiciais têm entendido que tal dispositivo é categórico, no sentido de que somente o quantum ou a periodicidade da multa vincenda pode sofrer alterações⁸, pois a redução retroativa, da multa que já incidiu, seria ofensivo à segurança jurídica e ao devido processo legal, bem como aniquila a eficácia coercitiva desse mecanismo, violando ato jurídico perfeito e direito adquirido. No corpo dessas decisões é citado o entendimento do STJ de que as *astreintes* não precisam guardar necessária relação de proporcionalidade com o valor da obrigação principal, uma vez que sua finalidade não é ressarcir, mas induzir ao cumprimento da obrigação.

Por outro lado, há decisões defendendo a mesma interpretação dada pelo diploma processual anterior, alegando que é necessária uma interpretação sistemática, buscando extrair o sentido do conteúdo da norma em consonância com todo o restante do ordenamento jurídico⁹. Esses julgados argumentam que o objetivo do legislador de 2015 foi tanto de compelir o réu ao cumprimento da ordem judicial,

⁸ **Há decisões em alguns tribunais estaduais entendendo que, segundo o novo CPC, as parcelas vencidas das *astreintes* não são passíveis de alteração:** TJPR, AI 1536062-4, 10ª Câmara Cível, j. 03.11.2016, rel. Des. Albino Jacomel Guerios, DJe 05.12.2016; TJ-DF, AI 0050489-16.2016.8.07.0000, 3ª Turma Cível, J. 22.02.2017, rel. Des. Flavio Rostirola, DJe 09.03.2017; TJ-RJ, Ap. 0012811-85.2014.8.19.0037, 2ª Câmara Cível, j. 29.03.2017, rel. Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara, DJe 30.03.2017; TJ-RS, MS 71006221030, 3ª Turma Recursal Cível, j. 29.09.2016, rel. Des. Cleber Augusto Tonial, DJe 06.10.2016.

⁹ **Admitindo o efeito *ex tunc* em relação ao valor das *astreintes*, há também julgados nos tribunais estaduais e federais:** TRF-4, APELREEX 0017337-04.2015.404.9999, 5ª T., j. 13.12.2016, rel. Des. Roger Raupp Rios, DJe 16.12.2016; TJSP; AI 2229783-63.2016.8.26.0000, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 13.03.2017, rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, DJe 21.03.2017; TJ-SP, Ap. 0010426-42.2015.8.26.0068, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 31.05.2017, rel. Des. Donegá Morandini, DJe 31.05.2017; TJ-PR, Ap. 1617212-4, 1ª Câmara Cível, j. 12.04.2017, rel. Des. Lenice Bodstein, DJe 27.04.2017.

quanto o de impedir o enriquecimento sem causa do credor que é beneficiado pela imposição de um valor final exorbitante a título de multa cominatória. Além disso, defende-se que a fixação da multa é matéria de ordem pública, cognoscível de ofício e a qualquer tempo.

Apesar dessa atual divergência jurisprudencial, o fato é que a finalidade do instituto é, e sempre foi, de consenso doutrinário e jurisprudencial: prevenir o descumprimento das ordens judiciais, de modo que o processo seja efetivo. Ela tem por escopo assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, garantindo-lhe concreta observância.

1.4 O *DISGORGEMENT* COMO A TERCEIRA VIA DO VÉRTICE DA CULPA

Todos os mecanismos até aqui estudados têm a função de observar o novo contorno da responsabilidade civil, na sociedade chamada de pós-moderna, e todas as transformações que ela trouxe e de que forma o ordenamento jurídico atende à demanda social em especial no caso de lesão a direitos de personalidade e de direitos humanos por parte das grandes corporações. Serão frágeis os mecanismos legais de proteção à pessoa? De que modo as empresas continuam a burlar sistematicamente e impunes os direitos de personalidade que em última instância são também direitos humanos?

A função clássica da responsabilidade civil brasileira é meramente reparatória, excluindo qualquer reflexão para além do dano e do lesado. O artigo 944, caput, do Código Civil de 2002, ao prever que “*a indenização mede-se pela extensão do dano*”, consagra o princípio da reparação integral, ou seja, o parâmetro para fixar a indenização é a própria extensão do dano, experimentado e comprovado pela vítima. Assim, ignora-se, para fins de cálculo da indenização, eventuais lucros que o ofensor tenha auferido com a violação do direito.

Na responsabilidade civil brasileira, tal como já exposto nesse trabalho, existem duas espécies de dano: uma de ordem extrapatrimonial (danos morais) e outra patrimonial. O dano material engloba os danos emergentes e lucros cessantes. Enquanto o primeiro consiste no efetivo prejuízo patrimonial suportado pela vítima, já este é um dano mediato/futuro que corresponde aquilo que ela razoavelmente deixará de lucrar com a violação do seu direito. Já os danos extrapatrimoniais podem

ser danos morais, estéticos, existenciais, que não possuem expressão econômica, mas abalam significativamente o foro íntimo da pessoa.

Todavia, nos últimos anos, doutrina e jurisprudência têm iniciado tímida discussão sobre a possibilidade de dilação dessa função compensatória, de modo que sejam dissuadidos comportamentos nocivos sem que isso se configure como aplicação de uma pena civil.

A realidade dinâmica e complexa da sociedade pós-moderna exige que os institutos do direito civil sejam compreendidos como um processo em permanente abertura e reformulação. Diante das lacunas do direito legislado, buscou-se estudar o instituto do *common law* denominado *disgorgement*, que se define como uma categoria autônoma de dano em que o *quantum debeatur* indenizatório é mensurado a partir do lucro do ofensor obtido com a violação daquele direito. Essa terceira categoria de dano não se enquadra ao conceito de danos morais, mas é aplicada, dentre outros casos, quando a vítima tem afetado seu direito de imagem através de, por exemplo, a vinculação não autorizada ou indevida a uma determinada marca e isto gera lucro para quem violou o direito personalíssimo.

A priori, percebe-se uma barreira ao enquadramento dogmático do *disgorgement* em sede de responsabilidade civil, o que nos leva àquelas recorrentes situações em que os lucros com a violação do direito são superiores aos danos experimentados pela vítima, tendo em vista que, mesmo após quantificar a “devida” indenização, o ofensor encontrar-se-á em situação melhor do que estava antes de ter violado aquele direito. Nesse caso, a técnica do *disgorgement* oferece uma compensação a mais, pois a devolução deverá corresponder a todos os valores (lucros) obtidos pelo autor do delito com a violação do direito de outrem.

Desta forma o mecanismo citado promove uma indenização com valor bem acima do estipulado pelo instituto da responsabilidade civil. Levando em consideração que a vítima precisa ser devidamente compensada com uma participação nesses lucros obtidos de forma ilícita.

E como a compensação será uma via de reparação com a participação nos lucros, mecanismo deverá funcionar como uma terceira via de culpa, protegendo o indivíduo sob variados aspectos já que a aplicação de uma não anula a outra.

Pode-se apreciar que fatores relevantes referentes à contextualização da sociedade atual e do ordenamento jurídico, levando-se em conta o desenvolvimento da sociedade de consumo, o acerbado individualismo do qual falam os filósofos da

contemporaneidade, o controle individual de grupos econômicos, têm reforçado a ideia discutida no início desse capítulo, de que a distância entre ricos e pobres é cada vez maior, com a ampliação do abismo que os separa, e que, os valores humanos como as regras de justiça social, ao invés de serem introjetados com vigor têm servido para acobertar a prática de ilícitos, de perdão de irregularidades, de abusos de direitos.

E é esse espectro que se deseja pôr à mostra ao longo do percurso dessa investigação. Algumas questões que foram ganhando dimensão e espaço cada vez mais consolidados especialmente quando pode se observar que a incidência das lesões aos direitos humanos, não importando mais sua classificação se de personalidade ou simplesmente fundamentais, persistem nos seios das empresas em especial transnacionais.

Como se os identificar, para além do que possa ser uma “denúncia ocasional”, e de que modo pode o direito intervir para coibi-los, em seu papel de defender, proteger e regular os comportamentos dos seres humanos na sociedade?

Há na jurisprudência brasileira diversos casos em que a violação aos direitos de personalidade é de certa forma lucrativa ao ofensor, pois os seus lucros são superiores aos valores pagos a título de indenização, a partir da ideia clássica da função meramente ressarcitória da responsabilidade civil e da divisão em danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Há inclusive, casos emblemáticos, envolvendo celebridades como Garrincha, Jogadores da CBF, os cantores Zeca Pagodinho e Tim Maia, apenas para citar os mais conhecidos.

A função desse terceiro vértice da culpa, denominado *disgorgement*, como instrumento preventivo, é comentada por Nelson Rosenvald (2015):

(...) o *disgorgement* é mais adequado para atender ao objetivo de materialização de uma reparação integral, somado a uma óbvia eficácia preventiva de novos ilícitos, desencorajando a prática ou a reiteração de tais infrações, seja por parte do agente, como de outros players do mercado. Há também aqui uma questão de racionalidade econômica: o custo-benefício do esquema de ressarcimento estimula esse tipo de comportamento oportunista.

2. OS DANOS PUNITIVOS POR LESÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Este capítulo tem como função, debruçar-se sobre os direitos de personalidade, direitos humanos entre outros referendados tanto pela Constituição de 1988, quanto pelos acordos internacionais dos quais é o Brasil signatário. Busca se refletir de que forma em tempos de regime de exceção como foram os anos de ditadura militar no Brasil, colaboraram para que esses direitos fossem violados? Sabe se tristemente o quão foram desrespeitados nas prisões, local que deveria ser o mais seguro, por ser obrigação do Estado, cuidar, alimentar e garantir integridade física a todos os que estão sob sua guarda.

Sabe se que isso não é tão fácil uma de mudança de mentalidade, e a adaptação a uma nova ordem, com a mesma rapidez e velocidade para atender as crescentes demandas. Para aprofundar e aproximar do Direito de algumas destas questões, foram acrescentados à bibliografia, autores de outras áreas do conhecimento, com o intuito de fundamentar os pressupostos aqui enunciados.

As consequências de um pensar, agir e reagir maniqueístas, conseguem em todos os níveis produzir uma evolução real? Sem artificialismos é claro. Ou estamos realmente convencidos de que o “o inferno são os outros” para lembrar Jean Paul Sartre e, como nós mesmos nos impusemos, viver divididos e que vier de fora é rejeitado?

A obrigação de ser perfeito que exige uma eficiência que beira à obsessão, entrava as relações sociais, faz com que tenhamos de “caber” em modelos de comportamento social que são quase personagens. Não está isso ligado aos direitos de personalidade?

Em pleno terceiro milênio, com tantas possibilidades oferecidas pelas ciências de todas as áreas, representando uma evolução gigantesca desse acúmulo de séculos que trouxe conquistas inegáveis, mas ainda não atingiu o topo do Direito e de seus pressupostos que não apenas colocam limites bastante claros para que os direitos humanos e de personalidade sejam menos idealizados e mais internalizados e praticados naturalmente no cotidiano.

Razão pela qual, com o apoio da Constituição de 1988 e todo o ideário que seu texto comporta, é a base deste segundo capítulo. O Direito, pode não ser uma ciência exata, como o é a matemática, mas é quem controla ou ao menos coibir: comportamentos inumanos, e desrespeitosos com o outro.

A busca secular por equidade, tem sido mal interpretada. A Justiça não quer o mesmo para todos, e sim o que é justo. Até porque se todos quisessem o mesmo, não haveria diversidade nem conflito, não haveria crescimento possível nem desejos inatingíveis. Em suma, não haveria sequer razão alguma para o Direito existir, porque seria o mesmo obsoleto.

Como vimos no capítulo anterior, somos vigiados o tempo inteiro por câmeras de monitoramento, a título de segurança e com imagens que a qualquer momento poderão vir a ser utilizadas ora para esclarecer um delito cometido na rua em busca de pistas, ora para atender demandas particulares. Nesse caso aonde inserir o direito à imagem, à intimidade previstos nos direitos da personalidade?

A responsabilidade civil no que cabe ao Estado, deve contar com a normativa do Direito para poder assumir seu papel de conciliador, incluindo quando se trata dos riscos inerentes a determinadas atividades, até então consideradas cruciais para o desenvolvimento, algumas hoje consideradas obsoletas.

Para evitar as armadilhas impostas por sua própria estrutura, que remonta ainda aos tempos socráticos, onde o debate entre forças opostas não só era estimulado como levava ambas as partes a uma evolução em suas reflexões primeiras. E talvez seja esse o legado que é preciso resgatar: o exercício do diálogo em prol da harmonia e conciliação.

O Direito deve abrigar críticas a determinadas normas, muitas vezes passíveis de interpretações contraditórias entre seus doutrinadores, em busca de uma conciliação tal que possa evitar conflitos encontrados no seio do próprio ordenamento jurídico, que acabam por se transformar em belos exercícios de retórica, mas que podem na prática, causar certa insegurança. E insegurança jurídica é o oposto daquilo que é desejado.

Compreender então, responsabilidade civil, dano moral, astreintes e outros institutos num contexto contemporâneo global, reconhecendo a instabilidade, e a incoerência entre teoria e a *práxis*, e a recorrente violação da lei por parte das grandes corporações, no tocante a direitos de personalidade, direitos humanos e direitos ambientais é o foco principal desta investigação.

Reconhecer os direitos como: cidadania, dignidade da pessoa e os direitos de personalidade que lhes são precedentes, justifica esse aprofundamento por deixar latente, que apesar de todo um instrumental jurídico, em prol da proteção da pessoa, isso é insuficiente para que a prática do desrespeito, em especial por parte de grandes corporações, como vimos já no capítulo anterior, é sistemática e ainda impune.

Em que as alterações vindas com o novo Código Processual Civil, poderão de fato contribuir para uma eficácia maior na interpretação e cumprimento da lei? É outra das indagações desse capítulo, que por óbvio, do ordenamento jurídico pátrio, a luz da Constituição de 1988.

Por fim, busca se levantar as questões pertinentes a repercussões processuais no Código Processual Civil de 2015, analisando as mudanças que trouxe, e suas conseqüentes alterações no tocante à condução processual e seus reflexos na sociedade contemporânea.

Será que as conquistas de direitos humanos e de personalidade conseguidos à duras penas desde a Segunda Grande Guerra, quando tentando dar um basta à barbárie, cometida pelo próprio ser humano contra seu igual, tornaram se obsoletos?

O direito à vida, à moradia, à saúde, à alimentação adequada, à educação entre tantos outros ficou realmente caro demais para ser custeado pela minoria digamos produtiva? Claro que não se fala em assalariado, este próprio não depende do emprego que lhe é ofertado?

Na visão do empresariado, a massa trabalhadora é parte da engrenagem que lhes pertence. O que se ouve constantemente é que a carga tributária é excessiva e que os encargos trabalhistas são muito pesados e acabam por prejudicar a empresa e seu crescimento, ou seja, sua lucratividade. Visto apenas como negócio, o trabalho no sistema capitalista, acaba por romper com os conceitos de proteção à pessoa, ferindo seus direitos de personalidade e até mesmo humanos.

Fato é que o ônus a pagar pela classe empresarial, é um dos entraves para que a mesma sinta se contemplada o suficiente em seus objetivos para cumprir dignamente o ordenamento jurídico pois sente se injustiçada e mais ainda o único pilar de sustentação do Estado e de seus cidadãos a quem ela emprega assumindo encargos de garantias trabalhistas entre outros impostos pelo Estado e pela comunidade internacional.

A contrapartida é uma classe trabalhadora, numericamente muito maior do que a classe empresarial, com demandas muito claras e definidas bem distantes da meta de seus patrões.

Observar esses dois lados da moeda da produtividade e do desenvolvimento econômico, é também tarefa do Direito, especificamente do Direito empresarial. Tentar à luz da contemporaneidade conciliar esses interesses, promovendo um diálogo a título de conciliação, talvez seja o papel mais relevante do ordenamento jurídico.

Como visto anteriormente, o significado de dano é amplo, e representa todo o mal que se causa a uma outra pessoa, trazendo-lhe prejuízos morais e/ou materiais. A palavra moral, também vem do latim *moralis* e significa “relativo aos costumes”. Há é claro, outros conceitos que se unem às diversas interpretações de dano, considerando se a subjetividade no caso do dano moral.

(...) em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal, ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social. (BITTAR, 1993, p.41)

(...) lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. (SILVA, 1983)

A noção de reparação de dano encontra-se claramente definida no Código de Hamurabi. As ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, à causa de ofensas idênticas. Todavia o Código incluía ainda a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário. (REIS apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, pag. 61).

Independente dos múltiplos enfoques que a questão possa trazer, é sempre importante lembrar a relação íntima entre os temas da responsabilidade civil com o dano moral e os direitos humanos fundamentais e/ou difusos.

Era ele que erguia casas onde antes só havia chão.
Como um pássaro sem asas Ele subia com as casas
Que lhe brotavam da mão. Mas tudo desconhecia
De sua grande missão: Não sabia, por exemplo
Que a casa de um homem é um templo Um templo sem religião
Como tampouco sabia Que a casa que ele fazia
Sendo a sua liberdade Era a sua escravidão. .

Mas ele desconhecia Esse fato extraordinário: Que o operário faz a coisa E a coisa faz o operário. De forma que, certo dia À mesa, ao cortar o pão O operário foi tomado De uma súbita emoção Ao constatar assombrado Que tudo naquela mesa - Garrafa, prato, facão - Era ele quem os fazia Ele, um humilde operário, Um operário em construção. Olhou em torno: gamela Banco, enxerga, caldeirão Vidro, parede, janela Casa, cidade, nação! Tudo, tudo o que existia Era ele quem o fazia Ele, um humilde operário Um operário que sabia Exercer a profissão. Soube naquele momento! Naquela casa vazia Que ele mesmo levantara Um mundo novo nascia De que sequer suspeitava. O operário emocionado Olhou sua própria mão E foi assim que o operário Do edifício em construção Que sempre dizia sim Começou a dizer não. E o operário fez-se forte na sua resolução. Agigantou-se a razão De um homem pobre e esquecido Razão porém que fizera Em operário construído O operário em construção". (Vinícius de Moraes,1992 p.242)

As palavras do poeta deixam à mostra as vísceras do conflito que ora investigamos. O desrespeito aos direitos de personalidade por parte das empresas em particular das grandes corporações que insistem em se contrapor aos pressupostos constitucionais e humanitários por acreditarem que são a única fonte de desenvolvimento econômico possível num sistema que sucumbe a olhos vistos.

Nem mesmo a pressão da comunidade civil internacional da ONU não obteve sucesso em sua tentativa de fazer valer junto a essas indústrias e fábricas, a condição de se tornar efetivamente responsável civilmente e, portanto, passível de punição, até aqui prevista no dano moral seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, pouco importa a sua natureza. Por ser dano, prevê o Novo Código Civil Brasileiro, deve ser punido, preferencialmente exemplarmente para buscar evitar as tão constantes reincidências e uma cristalização da impunidade.

A investigação até a essa altura do trajeto, não encontrou ainda sequer pistas concretas que justificassem tamanho retrocesso para que não sejam respeitados e cumpridos os direitos fundamentais do ser humano, direitos de personalidade, direitos constitucionais.

Não há respostas. Apenas explicações, sociológicas, embasadas histórica e psicologicamente, com apoio da biologia, vindo de Humberto Maturana com a seu e de Francisco Varela, A árvore do Conhecimento, faz uma série de colocações de suma relevância:

É possível explicar a grande dificuldade de poder atingir um desenvolvimento social harmônico e estável (aqui e em qualquer parte do mundo) através do vazio de conhecimentos do ser humano sobre a sua própria natureza? Noutras palavras, será possível que nossa grande eficácia para viver nos mais diversos ambientes se veja eclipsada e por fim anulada diante de nossa incapacidade para conviver com os outros? Será possível que a humanidade, tendo conquistado todos os ambientes da Terra (inclusive o espaço extraterrestre), possa estar chegando ao fim, enquanto nossa civilização se vê diante do risco real de extinção, só porque o ser humano ainda não conseguiu conquistar a si mesmo, compreender sua natureza e agir a partir desse entendimento? Infelizmente, tudo parece indicar que já entramos na etapa final desse caminho em que a incompreensão dos seres humanos entre si ameaça com a destruição sistemática não só a vida humana no planeta, mas principalmente a vida interior, a confiança básica recíproca, que é o suporte fundamental do viver social. (MATURANA; VARELA, 1995 p.10).

Há um bom número de cientistas de áreas diversas dando contribuições muito significativas às reflexões de aspectos relevantes no que concerne a apontar novas direções, a sugerir soluções inovadoras, enfim a repensar o mundo e operar transformações urgentes.

Nesse plano, o direito é ainda o responsável para tentar manter um certo equilíbrio entre tão variados e diversos anseios de uma mesma sociedade. Aqui não se leva em conta a ideologia pura e simplesmente porque é preceito a saudável isenção daquele a quem cabe elaborar, julgar e aplicar as normas, ao menos teoricamente feitas para todos os cidadãos pertencentes àquele território físico, social e político.

Continuar nos enganando na consideração de que o progresso da humanidade repousa na expansão (frequentemente sob coerção) de nossos dogmas e crenças sobre a natureza social humana não é mais que uma trágica perda de tempo, pois de fato tais concepções se revelam incapazes de absorver as crescentes contradições (e suas respectivas tensões sociais) que surgem em virtude da nossa atual forma de convivência. Por isso mesmo é que nós, seres humanos, estamos presos, escravizados e assustados com o presente que geramos, numa condição humana que, ainda não podendo visualizar a si mesma quanto aos seus processos constituintes, não sabe como evitar as tensões autodestrutivas. (MATURANA; VARELA, 2003 p, 26).

Esse questionamento nos remete à postura das grandes corporações em simplesmente ignorarem o que são direitos de personalidade ou direitos humanos, embora alardeiem a todo instante estar a humanidade “evoluindo” via tecnologia de ponta, via descobertas científicas inovadoras a prometer “curas” de mazelas outrora fatais.

Diante desse panorama de demandas não satisfeitas pela sociedade civil, representando a voz dos afetados por violações de Direitos Humanos, em setembro de 2013, Equador e África do Sul lideraram a construção de uma declaração assinada por mais de 80 países, na qual afirmam a importância de um instrumento vinculante que supere a debilidade dos Princípios Orientadores. Em junho de 2014, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, além de renovar o mandato do Grupo de Trabalho, adotou a Resolução A/HRC/RES/26/9, intitulada “Elaboração de um Instrumento Internacional juridicamente vinculante sobre as empresas transnacionais e outras empresas com respeito aos Direitos Humanos. (HOMA,2017, p.11).

As reações a situação das empresas continuarem a violar os direitos humanos, desencadeou na ONU um grupo de trabalho em 2012, com o objetivo de orientar e implementar nos Estados, em seus Planos Nacionais de Ação, os Princípios Orientadores em seus ordenamentos jurídicos. Embora louvável, não houve eficácia nesta ação porque os Estados através desses planos limitavam-se a reproduzir a lógica aceita pelos interesses das empresas. Deste modo, o objetivo de prevenção e responsabilização das mesmas, não funcionava.

Novamente, o clamor da sociedade civil internacional, se fez presente e em setembro de 2013, liderados por África do Sul e Equador, foi elaborada uma declaração assinada por 80 países que reivindicam um instrumento vinculante capaz de suprir as falhas nítidas dos Princípios Orientadores ineficazes.

Diante dessa pressão, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, adotou a Resolução denominada “Elaboração de um Instrumento internacional juridicamente vinculante sobre as empresas transnacionais e outras empresas com relação aos Direitos Humanos” em julho de 2015, apesar das pressões da União Européia numa tentativa de boicote, foi aprovado o tratado.

O Centro de Direitos Humanos e Empresas- HOMA, realizou em abril de 2016 o III Seminário Internacional sobre o tema, ao qual compareceram palestrantes internacionais, ONGs, acadêmicos nacionais e internacionais, representantes dos afetados por violações dos direitos humanos. O saldo desta união que congrega mais de 600 organizações do mundo inteiro unidas em torno do tema, fazendo esforços capazes de desafiar inclusive os fundamentos do direito.

Um dos aspectos levado em consideração foi a “escuta” daqueles que sofrem a violação, ou seja, a palavra da vítima em questão. O objetivo desse novo olhar foi o de trazer essa demanda para vários ramos do Direito como: Direito Empresarial, Direito Penal Internacional, contratual e Processual, entre outros.

Além disso no caso específico do Brasil é necessário se estabelecer um diálogo com a sociedade civil, entidades defensoras dos Direitos Humanos, e dos atingidos diretamente por essas violações oriundas das empresas.

O conhecimento que aqui buscamos parte da experiência empírica e da elaboração do chamado Tratado dos Povos, para que se possa ter capacidade de responder pela responsabilização das empresas. No entanto a perspectiva liberal não é suficiente no chamado Sul Global. Para tanto, é necessário rever variados ramos do Direito como: o Empresarial, o Penal, o Penal Internacional, o Contratual e Processual dentre outros.

E por óbvio, examinar institutos como os *punitive damages*, os direitos de personalidade e direitos humanos inseridos nesse contexto amplo de uma sociedade que se intitula “pós-moderna” termo contestado pelo sociólogo e filósofo Bruno Latour: “Se desdobrarmos ao mesmo tempo a Constituição e o trabalho de mediação que lhe dá sentido, nos apercebemos retrospectivamente que jamais fomos realmente modernos.” (LATOURE, 1994 p.44).

A assertiva traz à esta investigação, conhecer os direitos de personalidade à luz da Constituição Federal de 1988, a eles interligados, os direitos humanos e os mecanismos como os danos punitivos face a constantes violações.

2.1 DESTAQUE ATRIBUÍDO À CIDADANIA, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O marco histórico da Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã, representou um avanço bastante significativo não apenas na consolidação dos direitos civis, entre eles os de personalidade e direitos humanos fundamentais. Mais do que isso, significou a inclusão de todos os brasileiros, de todas as etnias, em seu texto representados, dando a noção de unidade nacional.

A movimentação em torno da então constituinte nos anos 80 durante o processo de abertura política, trouxe consigo um sentimento de Justiça, e o país foi tomado por euforia, com uma mobilização intensa da sociedade civil, clamando por eleições diretas tendo à frente representantes de todos os segmentos da Justiça às artes, mobilizando os cidadãos comuns.

Em meio a esses movimentos nascia A Ação da Cidadania, contra a fome, a miséria e pela vida, tendo à frente o sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, que numa ação civil sem precedentes, colaborou para fazer valer um dos preceitos consolidados pela Carta de 1988, que versa sobre a dignidade da pessoa humana já em seu primeiro artigo prevendo no art. 3º erradicar a pobreza.

Assim, assuntos como fundamentos da Constituinte, já em seu Art. 1º instituíam o Estado Democrático de Direito, levando em consideração: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político que tinha o objetivo de “ouvir” todas as camadas da população.

Avançando mais um pouco no texto da Carta Maior, no art. 3º se encontram como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses pressupostos foram ponto de partida para a própria evolução do ordenamento jurídico em especial no tocante à responsabilidade civil, e ao instituto do dano moral, como leciona o professor Clayton Reis (2002, p.5):

(...) o mundo jurídico brasileiro conquistou avanços extraordinários nessa área do conhecimento técnico conferindo nova visão da responsabilidade civil, quando concedeu proteção ao mais valioso dos patrimônios- a defesa da moralidade e da dignidade humana.

Portanto, a relação estreita entre os preceitos constitucionais e os institutos da responsabilidade civil estão em uníssono da defesa dos direitos de personalidade e direitos humanos em prol da defesa da pessoa, objeto primeiro de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Há ainda e igualmente assegurados pela Constituição direitos à saúde, à alimentação, à moradia, à previdência social, à segurança, à proteção à maternidade e à infância, além da assistência aos desempregados (EC no26/2000, EC no 64/2010 e EC no 90/2015).

Por que então, assim assegurados, esses mesmos direitos ainda são burlados, interna e externamente? Quais seriam então os mecanismos possíveis de senão erradicar completamente ao menos conter a níveis suportáveis as constantes violações aos direitos humanos e de personalidade?

Sob a ótica do direito obrigacional, o instituto da responsabilidade civil demonstra as transformações e evolução do direito. Para a professora doutora Regina Vera Villas Bôas (2011, p.122):

A principal vocação do instituto- imputar o dever de indenizar danos, prescrevendo regras e normas- está atrelada às vocações do direito porque, assim como o direito faz, a responsabilidade civil, também estabelece regras e normas, almejando garantir os interesses, individuais e metaindividuais, e efetivar os postulados da Justiça e da Dignidade da Condição Humana.

Para a autora, o instituto na contemporaneidade, tem denotado tendência a uma ampliação da responsabilidade civil objetiva em indenizações por danos, dispensando o viés da culpabilidade, como no passado, objetivando acelerar a reparação dos danos.

A responsabilidade civil neste novo desenho, tem procurado na atualidade, solucionar os conflitos tendo como base a responsabilidade civil objetiva, nas indenizações por danos sem que seja obrigatório o reconhecimento de culpabilidade como se observa nos julgados contemporâneos. O objetivo nesse caso é contemplar o lesado de todas as classes sociais. Acerca deste contexto Villas Bôas (2011, p. 123), situa o instituto de responsabilidade civil, observando que ele evolui de forma a dar resposta imediata a esse tipo de situação:

Tem se notado o avanço da aplicação do instituto da responsabilidade com o fito de dar equilíbrio e mais celeridade às relações humanas, efetivando os postulados de liberdade, igualdade e solidariedade; e garantindo a Dignidade da Condição Humana. Esse avanço vem se concretizando, principalmente, a partir da promulgação da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil, etc.

O que é considerado pela doutrina é a classificação do instituto da responsabilidade civil em razão da culpa a partir da natureza jurídica da norma violada. Deste modo ela é dividida em objetiva ou subjetiva. Vista sob outro critério a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual.

A distinção entre as duas formas é que na responsabilidade contratual não há a necessidade de se comprovar a culpa do inadimplente sendo suficiente se comprovar a sua insolvência. No caso da responsabilidade extracontratual, cabe à

vítima comprovar a culpa do agente. Entretanto, imputar a responsabilidade civil tendo a culpa como base, passou a merecer contestação por parte da jurisprudência por ser uma resposta insatisfatória ao se ponderar o vínculo dos compromissos sociais no que concerne aos direitos fundamentais.

Na atualidade, o Direito enfrenta o desafio de construir uma maneira de responsabilizar adequadamente à estrutura dos grupos empresariais que tenha a capacidade de contemplar satisfatoriamente as suas vítimas.

Como leciona a professora Regina Villas Bôas (2011), com relação à sociedade moderna, ou pós-moderna como preferem alguns: “A sociedade moderna é composta de indivíduos livres, diferentes entre si, cujos vínculos são estabelecidos com base no consenso (contrato social, contratos privados) e na responsabilidade pelos atos individuais”.

O reconhecimento da pessoa humana como cidadã, e o respeito a ela devido, sem que se considere valores patrimoniais é admitir a pessoa como legítima, fundamento daquilo que se chama cidadania. Isso significa respeitar a pessoa sem levar em conta seu patrimônio, admitindo a reconhece-la como cidadã, atribuir-lhe valor por si própria. No caso, os direitos humanos obrigatoriamente se qualificam como atribuição dos Estados, que devem garanti-los. Essa característica, no entanto, não exclui de forma alguma as relações com outros indivíduos no exercício desses direitos.

A nova postura possibilitou que às reparações fossem incluídas violações da cidadania, redimensionando o direito embasados pelos direitos humanos. Nesse novo desenho, a contratualidade foi superada, ligando a responsabilidade civil e os direitos humanos, através do reconhecimento da cidadania com o intuito de atribuir-lhe culpa, dolo ou responsável, transformando-a em instrumento eficaz enquanto compromisso ético dos institutos jurídicos responsáveis pela cidadania

(...) o Código Civil nacional foi construído sobre três pilstras; liberdade contratual e de testar, propriedade absoluta e responsabilidade civil subjetiva. A legislação solidarizou-se. desenvolveu de modo diferente, construída que foi, sobre três pilares: função social do contrato, a proibição do abuso do direito, exigir a boa fé, o equilíbrio e o respeito aos usos costumes, além da proteção da ordem pública, função social da propriedade, considerando os deveres e direitos do proprietário, a utilidade social da terra, etc, e a responsabilidade objetiva. (VILLAS BÔAS, 2011 p.125).

Foram elaboradas diversas teorias para que fundamentassem um tipo de responsabilidade para além do critério puramente subjetivo, o que deu origem às teorias do risco, que dão suporte à responsabilidade objetiva.

Para CAVALIERI FILHO, a responsabilidade civil, se baseia em três pressupostos divididos da seguinte maneira: a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade, que podem ser identificados no art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A responsabilidade civil objetiva surge no momento em que a vítima tinha que fazer um esforço extra para demonstrar a existência de culpa, conceito ampliado de modo artificial para poder ser suficientemente capaz de abranger situações várias em que comprovada a culpa, podia se exigir reparação. Foram previstas situações específicas em que fosse dispensável a culpa, inspirada na corrente francesa, que ao final do século XIX, passava a utilizar a teoria de risco em contraposição à teoria da culpa.

Foi justamente a teoria de risco, responsável pela concepção da responsabilidade civil objetiva no início de sua fundamentação. Da ideia de risco, muitas outras teorias se desenvolveram como; a do risco profissional (ou da atividade), esta referia-se apenas a questão dos acidentes de trabalho, o que obrigava ao empregador indenizar seus empregados por acidentes com eles acontecidos.

A teoria do risco proveito, punia com reparação, aquele que obtivesse vantagem com o fato que desse origem ao dano, devendo, portanto, ressarcir a vítima que por sua vez era obrigada a comprovar a vantagem ocasionada pelo dano.

A teoria do risco criado não restringe o dever de reparar o dano somente àqueles que tivessem obtido uma vantagem sendo que o relevante nesse caso é a natureza da atividade e sua potencialidade de causar riscos para terceiros.

A teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo, esta responsabilidade do Estado, que a partir de um evento danoso é responsabilizado a reparar completamente o dano causado mesmo não sendo diretamente seu causador.

A prática administrativa que emana do Poder Público, aqui se incluem os atos baixados pelos governos federal, estadual e municipal, se concentram na responsabilidade extracontratual do Estado, este responsável por reparar

monetariamente os danos lesivos a partir de comportamentos unilaterais lícitos ou não, comissivos ou omissos, matérias ou jurídicos como ensina Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 947 *in* LOPES,2017).

Com uma abordagem considerada histórica por muitos doutrinadores, o professor doutor José Joaquim Gomes Canotilho (1974, p. 13), faz a seguinte análise:

Conquista lenta, mas decisiva do Estado de Direito, a responsabilidade estatal é, ela mesma, instrumento de legalidade. É instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a coletividade ao direito dos atos estatais: a indenização por sacrifícios autoritariamente impostos cumpre uma função ineliminável do Estado de Direito Material – a realização da justiça material.

A responsabilidade civil do Estado tanto pela via objetiva quanto pela subjetiva, referendada pela Constituição Federal, representam uma realidade jurídica e diante das teorias que definem a responsabilidade civil, o destaque nesse caso é a Teoria de Risco Integral. Diante do exposto, o sistema jurídico brasileiro, admite situações em que a responsabilidade civil oscila entre as teorias subjetiva e objetiva.

2.2 BREVE ESTUDO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CLASSIFICAÇÃO

Ante a complexidade das relações socioeconômicas, onde o homem como ser social, é regido por uma série de direitos e obrigações, necessário se faz uma tutela do Estado à pessoa humana, a valorização da pessoa como ser humano e a salvaguarda de sua dignidade, recoloca o indivíduo como ponto nuclear, como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica.

O ordenamento jurídico brasileiro recepcionou a concepção do direito geral da personalidade, de forma concomitante da proteção tipificada. O direito geral está expresso na Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, disposto no artigo 1º, III, bem como a garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, contido no artigo 5º, caput.

Há que se mencionar que a proteção mais específica está contemplada em legislações esparsas, bem como no Código Civil 2002, que dispõe em seu artigo 2º que “a responsabilidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. ”

Sendo assim a personalidade tem, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrada na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. (VALLADÃO, 2015, p.34).

Tendo os direitos reconhecidos à pessoa humana, tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, estão previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa “de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros”. (BITTAR, 2015, p.19)

No que diz respeito aos direitos de personalidade pode-se dizer que:

(...) existindo certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais” com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade. (CUPIS, 1961, p. 17)

Criando assim um viés mais humanitário “onde o que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável e, de aceitável, passou a evidente. ” (MORAES, 2003, p. 147).

Os direitos da personalidade possuem natureza jurídica subjetiva, tendo em vista “que são direitos ínsitos na pessoa, em função da sua própria estruturação física, mental e moral. ” (BITTAR, 2015, p. 23)

Denominado – se como direitos subjetivos privados, porque têm seu âmbito de atuação limitado às relações entre particulares, onde qualquer lesão a um bem personalíssimo provinda do Estado atingiria um direito público subjetivo.

Indiscutivelmente, os direitos da personalidade têm por finalidade a proteção dos direitos indispensáveis à dignidade e integridade da pessoa, “as pretensões e ações que dele se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis. São direitos irradiados dele os de vida, liberdade, saúde (integridade física e psíquica), honra, igualdade”. (MIRANDA, 2000, p. 216).

Tutelando assim nos seus aspectos físico, quando protege a vida humana e o corpo humano, aspecto moral quando protege a honra, a liberdade, a imagem e o nome e intelectual, quando protege a liberdade de pensamento, o direito de criação, arte e invenção. Tendo em vista que:

Os direitos da personalidade são próprios do ser humano, direitos que são

próprios da pessoa. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano. Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana consideradas em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade. (BORGES, 2005, p. 21).

Os direitos da personalidade possuem algumas características peculiares, sendo absolutos, inatos, essenciais, inalienáveis, imprescritíveis, é expropriáveis, extrapatrimoniais, indisponíveis e vitalícios.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 11, preconiza que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. ”

A pessoa humana tem os seus direitos e prerrogativas tutelados pelo Estado como a dignidade humana, o direito à honra, ao nome, à imagem e outros havendo assim uma dicotomia do direito público e privado.

2.3. PANORAMA HISTÓRICO DOS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL DE PERSONALIDADE NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A palavra “*responsabilidade*” vem do latim “*respondere*”, que significa responder, que acaba, de certa forma, exprimindo o conceito de “a capacidade de assumir responsabilidade e de a elas se obrigar é um dos traços mais característicos da condição humana (...). Esta responsabilidade tem a ver com a *liberdade* e, portanto, com a possibilidade de escolher entre o bem e o mal, levando cada homem a assumir de forma consciente a *autoria* do seu agir em todas as suas consequências” (GONZÁLEZ,2013).

Denota-se que “termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação a qual alguma pessoa, natural ou jurídica deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negocio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar” (VENOSA,2010).

Dessa forma a responsabilização de ações ou omissões que perturbam o equilíbrio e o direito garantido nas relações dos indivíduos entre si, onerando física,

moral ou pecuniariamente os lesados, é tratada no âmbito jurídico, reguladas por normas do Direito Civil como Responsabilidade Civil.

Embora a doutrina não seja uniforme na conceituação da responsabilidade civil, é unânime na afirmação de que este instituto jurídico firma-se no dever de “reparar o dano”, podendo assim definir a Responsabilidade Civil “como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES,2000).

Sendo assim a regra geral da Responsabilidade Civil, o princípio da responsabilidade subjetiva fundada na culpa está prevista no Caput do artigo 927 do Código Civil: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Na dicção do artigo 186 do Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano patrimonial ou moral a outrem, criando o dever de repará-lo (STJ, Súmula 37).

Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ocorrência de um dano patrimonial ou moral, nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. A obrigação de indenizar é a consequência jurídica do ato ilícito.

A teoria da Responsabilidade Civil evoluiu, com o intuito de garantir a estabilidade social, de um conceito em que se exigia a existência de culpa para a noção de responsabilidade civil sem culpa, fundamentada no nosso ordenamento Artigo 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”.

Sendo assim a teoria subjetiva ou teoria da culpa continua a fundamentar, como regra geral, a responsabilidade civil diante de previsão legal expressa ou de risco na atividade do agente, a teoria objetiva ou teoria do risco no dispositivo em tela.

Acentua-se que vigora em nosso direito o princípio da independência da Responsabilidade Civil em relação à Responsabilidade Penal, conforme regra do artigo 935 do Código Civil, “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Quando se trata de Responsabilidade Penal, o indivíduo infringe uma norma de Direito Público, não havendo necessidade que haja um dano ou prejuízo consumado, mas apenas a tentativa ou intenção ante a sociedade ou indivíduo.

Vale salientar que “por qualquer motivo peculiar à instância criminal quanto a condições de imposição de suas sanções, nada impede que em procedimento civil seja condenado a reparar o dano, assim, a sentença condenatória criminal tem influência na ação cível, e a sentença cível nenhuma influência tem na instância criminal, porque esta funciona em órbita consideravelmente mais estreita” (Dias, 1976).

O Código Civil Brasileiro recepcionou a teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, que pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. A prova da culpa ou dolo do sujeito passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

“Ao imputar a quem incorre em ilícito a obrigação de indenizar aos prejuízos decorrentes, a lei prestigia a noção de que a vontade é a fonte de todas as obrigações” (COELHO,2012).

Responde assim o sujeito por Responsabilidade Civil Subjetiva diante do comportamento ilícito, fazendo assim necessário a presença da culpa ou dolo, relação de causalidade e o dano.

Diante da necessidade do dano consumado “a teoria subjetiva ou teoria da culpa continua a fundamentar, como regra geral, a responsabilidade civil, mas, em face das dificuldades inerentes à sua prova, o novo Código adota, diante de previsão legal expressa ou de risco na atividade do agente, a teoria objetiva ou teoria do risco” (DINIZ, 2014).

Sendo assim, “na Responsabilidade Civil Objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade relação entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, que tenha este último agido ou não culposamente”(RODRIGUES, 2000). O sujeito lesado só precisa provar a ação ou

omissão e o dano resultante da conduta do agente, porque sua culpa já é presumida, baseada no ônus da prova, o qual é dispensado ao sujeito lesado do referido ônus.

“A Responsabilidade Civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, o exercício de atividade cria um risco de dano para terceiros, ora encarada como “risco proveito”, que se fundamenta no princípio que é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*)” (GONÇALVEZ,2003).

“Como se verifica na teoria do risco criado, a responsabilidade civil é realmente objetiva, por prescindir de qualquer elemento subjetivo, de qualquer fator anímico; basta a ocorrência do dano ligado causalmente a uma atividade geradora de risco, normalmente exercida pelo agente” (DINIZ,1993).

Compreende-se que o fundamento da Responsabilidade Civil Objetiva, é de indenizar danos a quem agir conforme deveria ter agido, é a socialização dos custos em que a desigualdade econômica ou social entre o agente e a vítima traz a necessidade de abolir qualquer indagação sobre a subjetividade do lesante.

A responsabilidade civil objetiva está presente no Código Civil que prevê em sua aplicação, como o abuso de direito (art. 187 CC/02), o exercício de atividade de risco ou perigoso (art. 927, parágrafo único, CC/02), os danos causados por produtos (art. 931 CC/02), a responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932 e art. 933 do CC/02), a responsabilidade pelo fato da coisa ou do animal (art. 936, 937 e 939 do CC/02), a responsabilidade dos incapazes (art. 928 CC/02), dentre outras constantes em outras legislações.

Vale salientar que não há razão para que um conceito Responsabilidade Civil Subjetiva exclua o conceito Responsabilidade Civil objetiva uma vez a culpa e o risco se completam, na busca de seu objetivo comum, a reparação do dano.

O Código Civil Brasileiro entende “que a responsabilidade civil pode surgir de duas formas distintas: pelo descumprimento de uma norma contratual ou pela inobservância de uma imposição da lei. Há, portanto, a responsabilidade civil contratual e extracontratual, esta última também denominada de “Responsabilidade Civil Aquiliana”, face à “Lex Aquilia Damno”, que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual” (DINIZ, 2009).

Sendo que em ambas ocorrem à violação de dever jurídico antecedente, mas a distinção entre as classificações é concebida quando da origem do dever de

indenizar, se deriva de um inadimplemento contratual ou de uma violação da ordem legal.

Responsabilidade Civil Contratual está presente no Código Civil de 2002, nos artigos 389 a 395 e seguintes, tendo origem decorrente da inadimplência de uma prestação por uma das partes contratantes – há um liame jurídico entre as partes, a parte tem que ser capaz no contrato. O ônus da prova é do suposto devedor da inadimplência do contrato.

A Responsabilidade Civil Extracontratual encontra sua base legal nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes, sendo aquela em que não há nenhum contrato, mas o agente inflige um dever legal e desse ato decorre um dano. O ônus da prova é do propositor da ação de reparação.

“Outro elemento de diferenciação poderia ser apontado no tocante à gradação da culpa. Em regra, a responsabilidade, seja extracontratual (art.186), seja contratual (arts. 389 e 392), funda-se na culpa. A obrigação de indenizar, em se tratando de delito, deflui da lei, que vale *erga omnes*” (GONÇALVES,2003).

Ante a preconiza o artigo 186 do Código Civil que todo “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima são os elementos essenciais para caracterização da Responsabilidade Civil e, conseqüentemente, do dever de indenizar.

“O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade, deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever” (Venosa ,2003). E no lugar de o agente praticar um ato que a lei lhe proíba, pode ocorrer também de o agente não ter realizado um ato que a lei lhe exigia, ocorrendo assim a omissão (comissiva/omissiva).

A responsabilidade pode derivar de ato próprio, ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

A lei estabelece alguns casos em que o agente deve suportar conseqüências do fato de terceiro, o qual “o ato ilícito pode ser praticado pelo próprio imputado ou a ação ofensiva pode ser praticada por terceiro que esteja sob a sua esfera jurídica. Se

o ato é praticado pelo próprio imputado, a responsabilidade civil classifica-se como direta. Se o ato é praticado por terceiro, ligado ao imputado, sendo que essa ligação deve constar da lei, a responsabilidade é indireta. Assim, há responsabilidade indireta quando alguém é chamado pela lei para responder pelas consequências de fato de terceiro, expressão que também se utiliza na responsabilidade pelo fato provocado por animal ou coisa, com o qual o responsável está ligado juridicamente” (DINIZ, 2003).

O elemento subjetivo "culpa" é requisito importante para a caracterização da Responsabilidade Civil Subjetiva, o comportamento agente não visava causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia resultou um dano à pessoa, sendo assim “culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar” (VENOSA, 2003).

A culpa é dividida pela doutrina em "stricto sensu" e "lato sensu", sendo aquela a conduta do agente cujo resultado não fora intencional, em que não houve à vontade por parte do infrator para que adviesse a consequência lesante, sendo fruto, pois, da imprudência, negligência ou imperícia deste.

Portanto o que deve se observar é se houve ou não da imprudência, negligência ou imperícia por parte de quem involuntariamente causou o prejuízo.

O dever de reparação somente se dará, quando houver o elemento dolo ou a culpa. Para caracterização do dolo a ação e omissão voluntário está diretamente ligado a vontade de agir ou não do agente, “que antevendo o dano que sua atitude vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso” (RODRIGUES,2000).

Para que se possa impor a obrigação de reparação civil necessário se faz que haja uma relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela vítima. O nexos de causalidade é, pois, o liame que une a conduta do agente ao dano, permitindo assim determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso e da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização.

Na Responsabilidade Civil Subjetiva o nexos de causalidade é formado pela culpa genérica ou “lato sensu” que inclui o dolo e a culpa estrita (art.186 C.C.). Na Responsabilidade Civil Objetiva o nexos de causalidade é formado pela conduta cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco. Vale salientar que são excludentes de responsabilidade “a culpa da vítima, o

fato de terceiro, o caso fortuito ou de força maior e, atuando exclusivamente no campo contratual, a cláusula de não indenizar” (RODRIGUES,2000).

Para que haja reparação necessária se faz comprovar o nexo de causalidade “em sede indenizatória por dano patrimonial e moral, mesmo levando-se em conta a teoria da distribuição do ônus da prova, a cabência desta está ao encargo do autor provar o nexo causal constituidor da obrigação ressarcitória, pois, inexistindo causalidade jurídica, ausente esta a relação de causa e efeito” (CHAHALI,2002). Há que se verificar a previa existência do dano na esfera jurídica do lesado.

O “dano é qualquer lesão, injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito, incluindo, pois, o de caráter moral” (BITTAR,2015), sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. “Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem danos” (MELO,2011). Neste contexto, o “dano é um pressuposto da Responsabilidade Civil, entendendo-se como tal qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais” (BITTAR, 2015).

O dano extrapatrimonial ou moral configura uma lesão sofrida pelo sujeito, englobando

(...) tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral. (CHAHALI,1999)

Aqueles danos que atingem diretamente o patrimônio econômico das pessoas físicas ou jurídicas são denominados danos patrimoniais, ou, materiais, configurados através de uma ação ou omissão, através do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo material suportado, sua reparação pode ocorrer tanto pela restituição do bem lesado ao “status quo ante” quanto pela indenização pecuniária, dispõe o art. 944 do Código Civil 2002, que a indenização se mede pela extensão dos danos.

A Responsabilidade Civil decore de uma conduta voluntária, violadora de um dever jurídico, onde aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando, por consequência, obrigado a repará-lo.

Assim é caracterizada a função primária da Responsabilidade Civil, a de ressarcir ou reparar os prejuízos da vítima, uma vez “não sendo possível a reparação *in natura* do dano, busca-se ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima ou compensar o seu dano de um equivalente ou sucedâneo pecuniário” (ANDRADE,2007).

A Responsabilidade Civil funda-se no princípio “*suum cuique tribuere*. Quem causa danos a outrem priva alguém de benefícios a que tinha direito e a mais elementar justiça impõe – lhe o dever de restabelecer as coisas no estado anterior à lesão, com o fim de reintegrar o ofendido na situação patrimonial de que ilegitimamente foi privado” (GONZÁLES,2013). Restaurando o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano, restabelecendo a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano, podendo afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano.

Ante a mudança social “o “paradigma reparatório”, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não possui resposta jurídica satisfatória” (ANDRADE,2007).

Diante da ineficaz função de reparação necessário se fez a evolução jurídica, emergindo assim “a noção de uma responsabilidade civil que desempenhe a função prevenção de danos” (ANDRADE,2007).

Entretanto “o caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio do lesado”. (GONÇALVES,2003)

Parte significativa da doutrina assevera que a função punitiva realmente se vê presente na responsabilidade civil, em especial no que tange aos danos morais, todavia esta característica só está presente por ser uma espécie de consequência da necessidade de compensar o prejuízo ocasionado.

Ante a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, dano, ilicitude e nexos causal a reparação e' devida indenização aos danos morais. “Todavia a questão relevante reside na circunstancia de que os danos imateriais não são avaliáveis da mesma forma que os danos materiais”.(REIS,2010,155)

Sendo assim no Código Civil, no artigo 953, paragrafo único traz que caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso, “em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado, em geral, com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta está mais uma satisfação de indenização.”(REIS,2010,166)

Das causas de diminuição ou aumento da valor do quantum indenizável, que merecem ser levadas em consideração, são: grau de culpa, culpa concorrente, a aplicação da pena no âmbito da responsabilidade civil no quantum indenizatório são culpa concorrente, demora na propositura da ação, intensidade do sofrimento e conduta do ofensor, número de ofendidos, Fazenda Pública.

A reiteração de ofensas ao direito da personalidade amolda-se ao figurino da *culpa grave* – e isso deve ser levado em consideração no momento de se valorar a indenização pelo abalo moral produzido, os “arts. 944 e 945 do CC brasileiro introduzem a análise da gradação da culpa – e do próprio comportamento da vítima – para se fixar a extensão da reparação do dano. ” (NETO)

Vale ressaltar que a indenização por danos morais, fixada em quantum sintonizado ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Nota-se que a aplicação da teoria do desestímulo é pautada nos princípios da Razoabilidade e proporcionalidade, com o escopo de manter um equilíbrio entre o fato ocorrido e o ressarcimento pelo dano, evitando um enriquecimento ilícito. Nota-se que o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da dupla função da indenização (reparação/punição) do dano moral não trouxe, como poderia imaginar, um desequilíbrio econômico e social considerável dos valores indenizatórios referentes ao dano moral.

No caso concreto, a aplicação das indenizações punitivas se divide entre os Tribunais, e as divergências sobre os valores acabam no Superior Tribunal de Justiça, que atua no sentido de reformar, seja quando aplicado um valor ínfimo ou exagerado. Verifica-se que a ausência de previsão legal do *punitive damages*, não pode ser um óbice para sua aplicação, por ser um instituto capaz de dar efetividade a norma constitucional e aos direitos personalíssimos, através da punição e da prevenção, evitando, assim, lesão ou ameaça de lesão a direitos. Surgindo assim

uma reação legítima, necessária e eficaz às ameaças de lesões e prevenção de danos aos direitos de personalidade

Visando garantir a aplicação das indenizações punitivas há de se observar a presença dos seguintes pressupostos: a ocorrência de um dano moral; a culpa grave do ofensor; e ainda, de modo autônomo, a existência de lucro ilícito do ofensor.

Assim, “a indenização punitiva atende a dois propósitos bem definidos que apartam da indenização de natureza compensatória: a punição (no sentido de retribuição) e a prevenção por meio de dissuasão. Essas duas finalidades estão intensamente interligadas e constituem como que duas faces de uma moeda: a punição tende a prevenir” (ANDRADE, 2007, pág. 258).

Vale frisar que “dotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos, vem-se cristalizando orientações na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americanos e inglês.

É a da fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante” (BITTA, 2001, pág. 79).

A doutrina e jurisprudência se divergem no que tange a possibilidade de aplicação da teoria do desestímulo no direito brasileiro.

O argumento utilizado por aqueles que se posicionam contra a adoção das indenizações punitivas no Brasil, é o de que o instituto constitui uma sanção penal em âmbito cível, e sendo sanção penal, deveria ter prévia cominação legal, de acordo com o artigo 5^a, inciso XXXIX da Constituição Federal.

Acrescenta-se que “ademais, o próprio sentido que se outorga presentemente à responsabilidade civil não encontra ressonância na esfera do direito penal. O processo indenizatório do dano não nos parece ser um procedimento destinado a punir o infrator, senão a assegurar a vítima um indiscutível direito à reposição do bem perdido. Na esfera do direito penal há inequívoca pretensão da vítima de que o

delinquente seja punido em razão da sua atividade antissocial e lesiva aos seus interesses particulares” (REIS, 2003, p. 131).

2.4 REPERCUSSÕES PROCESSUAIS DO DANO MORAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A questão da quantificação do dano moral e da sucumbência recíproca no Novo Código de Processo Civil tem provocado inúmeras discussões na doutrina.

O art. 292, inc. V, do CPC/15, prevê que o valor da causa nas ações indenizatórias, *inclusive as fundadas em dano moral*, deve constar na petição inicial ou da reconvenção, valor este que corresponderá ao quantum pleiteado na demanda.

Na vigência do CPC/73 era muito comum no cotidiano forense, em ações dessa natureza, a formulação de pedido genérico, tendo valor da causa atribuição “para fins meramente fiscais”. A jurisprudência do STJ era pacífica no sentido de que esse *quantum debeat* indenizatório deveria ser arbitrado pelo juiz e, mesmo que o pedido de danos morais fosse determinado, a condenação em valor inferior ao pleiteado na inicial não implicaria em sucumbência recíproca (Súmula 326 do STJ).

Com a vigência do novo diploma processual e a sua disposição no art. 292, inc. V, alguns questionamentos surgiram: em ações indenizatórias por danos morais ainda é possível a formulação de pedido genérico? E, havendo nesses casos pedido determinado, a condenação em montante inferior acarretaria em sucumbência recíproca?

A doutrina atual diverge em relação a essas duas indagações.

Todavia, nosso posicionamento é no sentido de que, em se tratando de dano moral, cuja quantificação sempre ocorrerá mediante *arbitramento pelo julgador*, a estimativa feita na inicial ou reconvenção nunca será definitiva. O juiz, por imperativo constitucional, não está jungido a balizas legais – valor mínimo e máximo – porquanto a Constituição Federal (art. 5.º, incs. V e X), assegura a compensação do dano moral, sem limitá-lo de nenhuma forma. Apesar de não haver, também, nos referidos dispositivos, alusão a valor do dano material, a prova do prejuízo patrimonial deve instruir a inicial e não suscita maiores indagações. Recibos, notas fiscais,

comprovantes do pagamento de quaisquer despesas, comprovação razoável de rendimentos (quando se trata de lucros cessantes). Mas nada se equipara à fixação do dano moral. Inexiste prova pré-constituída do abalo moral, tudo deverá ser produzido ao longo da instrução, sob a direção do juiz. E somente a este incumbirá, ao final, avaliar a extensão do gravame extrapatrimonial.

Desse modo, para se evitar sucumbência recíproca, caso a determinação do “*quantum*” relativo ao dano moral represente apenas parcela do que foi pleiteado, deverá, a nosso aviso, prevalecer entendimento já pacificado pelos Tribunais na vigência do CPC/73, a principiar pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: “*Na formação dos precedentes desta Corte, já se firmou que na ação de indenização por danos morais não se exige que o autor certo e determinado quanto ao valor da condenação pretendida, a ser fixada, diante da dificuldade de mensuração, segundo o prudente arbítrio do juiz.*”¹⁰

Consideramos acertada a formulação de alguns advogados, quanto ao pedido de condenação em danos morais, quando pedem ao juiz a condenação do réu “*em valor a ser arbitrado pelo Juízo, mas nunca inferior a tantos mil reais*”.

Conclui-se, portanto, que o valor será definido pelo julgador, tornando-se impossível qualquer estipulação prévia. *formule pedido.*

3. O INGRESSO DA PENA CIVIL AOS DANOS MORAIS NO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Nesse terceiro capítulo se busca compreender a natureza jurídica e a proteção ao patrimônio moral, seja ele público ou privado, no sentido de trazer reflexões sobre algumas questões no ordenamento jurídico brasileiro na atualidade.

A partir das constatações globais e locais, situados em momentos históricos específicos, foram reveladas dicotomias da doutrina e de seus desdobramentos, situações em que podem prevalecer e, até em alguns casos, facultar a incidência de delitos. Isso ocorre ora por interpretações diferentes de seus aplicadores, ora pela distância do direito de ciências correlatas, de forma a colaborar para que se faça justiça em sua acepção mais profunda, que é a de lhe permitir acesso a todos os

¹⁰ STJ, REsp 1313643/SP, j. 22.05.2012, rel. Min. Sidnei Beneti.

cidadãos para que os mesmos cumpram devidamente seus deveres e reconheçam seus direitos sem prejuízos a terceiros.

A pena civil e sua autonomia em face dos danos morais é aqui apresentada na tentativa de entender como o direito civil absorve as penas e as aplica no direito privado. Para tanto, foi necessário um “mergulho” histórico em conceitos, natureza jurídica do dano moral, seu vínculo com a Constituição de 1988 e suas repercussões na atualidade.

(...) desde a promulgação da Constituição da República, uma verdadeira reviravolta ocorreu no âmbito do direito civil. Na atualidade, poucos civilistas negam eficácia normativa ao texto constitucional ou deixam de reconhecer seu impacto sobre a regulação das relações privadas. Estudos de teoria geral do direito acerca da aplicação dos princípios constitucionais e da metodologia de sua ponderação foram determinantes para afastar definitivamente a cristalizada concepção da Constituição como mera carta política, endereçada exclusivamente ao legislador. (MORAES, 2007).

A reflexão da autora, levou a se pensar o direito de forma mais ampla e integrada a ciências correlatas, longe do habitual isolamento em que costumeiramente se encontrava, para reinseri-lo na sociedade do século XXI, multifacetada e plural.

O reconhecimento de que a ciência do Direito não pode mais se excluir de um contexto global, de demandas sociais das mais diversas e tanto geograficamente quanto culturais, representa um avanço crucial num ponto onde não há retorno possível.

Em uma sociedade demasiadamente complexa o direito civil não pode mais se permitir ao segregacionismo. O isolamento se resolve com a interdisciplinaridade, com o apelo a outras áreas do conhecimento, como, especialmente naquilo que nos interessa, a economia. Isto requer um esforço no conhecimento de diferentes sistemas jurídicos e a resposta por eles conferida em termos de efetividade, no âmbito das relações entre as instituições e o mercado. (ROSEVALD, 2017).

Segundo o autor a multidisciplinaridade aqui defendida ao longo de todo o processo desta pesquisa, é um ponto crucial para que o direito se faça presente, integrado às mudanças sociais e seja desta forma bem mais efetivo.

A diferenciação entre público e privado começa em Aristóteles e sua *polis* ao considerar o homem um “animal político”, portanto um ser social, discorrendo sobre a formação das cidades:

O Estado, ou sociedade política, é até mesmo o primeiro objeto a que se propôs a natureza. O todo existe necessariamente antes da parte. As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções e todas inúteis quando desarticuladas semelhantes às mãos e aos pés, uma vez que separados do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade como uma mão de pedra. O mesmo ocorre com os membros da Cidade: nenhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade. (ARISTÓTELES, 2017).

Para o filósofo, portanto o Estado era composto por população, território e autoridade política, em todas as suas formas de governo, definição ainda presente na atualidade.

Dele não escapou o que hoje conhecemos como responsabilidade civil, ao analisar a economia, considerando que:

(...) observo que é impossível viver comodamente ou mesmo simplesmente viver, sem o necessário. Portanto, como os bens fazem parte da casa, os meios de adquiri-los também fazem do governo doméstico; e assim como nenhuma das artes que têm um objeto preciso e determinado realiza sua obra sem seus instrumentos próprios, a economia também precisa deles para chegar ao seu objetivo. (ARISTÓTELES, 2017)

Sendo o homem um ser naturalmente político, tudo o que faz, seja em sociedade ou no âmbito privado, necessita de regras claras de comportamento e de interação com seus semelhantes. Eis a razão de existirem duas vertentes no ordenamento jurídico que preveem uma divisão entre o público e o privado e também suas penas, quando há violações a normativa estabelecida.

É preciso ter cautela ao “traduzir” o instituto *punitive damages* para o ordenamento jurídico pátrio, colocando-o no centro destes questionamentos, por se tratar de instrumental alienígena, pois sua inserção tem entre outros doutrinadores brasileiros outros significados.

Desse modo, especificamente o patrimônio moral, torna-se objeto desta fase da investigação, considerando que a conceituação é abrangente e que serve de norte para sua aplicabilidade. Se faz necessária uma conceituação, e avaliação do dano punitivo no direito comparado brasileiro, bem como, seus critérios de aplicação na pena civil no sistema privado brasileiro e suas consequências como a pena civil, o dolo e a culpa face aos danos morais.

3.1 CONCEITO, NATUREZA E PROTEÇÃO JURÍDICA AO PATRIMÔNIO MORAL

Para definir o conceito de patrimônio moral, sua natureza e respectiva proteção jurídica, se faz necessário estabelecer distinção entre o público e o privado e, nesta linha, esclarecer um outro conceito que é o do patrimônio moral da pessoa jurídica para diferenciá-lo do patrimônio moral da pessoa física.

O patrimônio público está protegido e explicitado na Lei da Ação Popular de nº 4.717 de 29.06.1965, em seu artigo 1º, que define como sendo o conjunto de bens e direitos que possuam valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, pertencentes à administração pública de forma direta ou indireta. Ou seja, incluem-se nesse patrimônio bens materiais e imateriais cujo pertencimento é de um ente público que pode ser a União, um Estado, um Município, uma autarquia ou uma empresa pública.

Para o Código Civil, no art. 98, a distinção é clara ao classificar como patrimônio público aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, dispondo que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. ”

Incluídos em bens públicos, ou bens comuns, estão os rios, mares, estradas, ruas e praças, bem como edifícios ou terrenos destinados como sedes da administração pública sejam elas municipais, federais, estaduais, inclusive de suas autarquias, estes últimos sendo considerados bens de uso especial.

O patrimônio público é, portanto, um direito difuso, de natureza indivisível e que não tem uma titularidade individualizada, seu pertencimento é da ordem do coletivo, dos cidadãos, do Estado, da administração pública.

No tocante ao patrimônio moral é preciso esclarecer que o mesmo é abrangente e inclui tanto o patrimônio público quanto o privado. O primeiro é regido por princípios éticos, estes resumidos no art. 37 da Constituição, que exige lisura de todos os agentes públicos, que devem agir dentro da moral, da boa-fé, da honestidade, requisitos essenciais para o bom funcionamento da administração dos bens públicos.

As formas de controle da atividade administrativa dos bens públicos devem ser exercidas por órgãos competentes e designados para tal fim, como os Tribunais

de contas, as controladorias e corregedorias entre outros, que devem punir exemplarmente, utilizando os institutos da responsabilidade civil, penal e administrativa.

Lamentavelmente, embora o ordenamento jurídico seja claro no tocante a deveres e condutas de seus representantes, na prática amplamente difundida pela mídia o que se percebe é que o patrimônio público tem sofrido ataques inimagináveis por parte dos que deveriam zelar pela sua integridade.

O conceito de Direito Privado é composto por um conjunto de normas jurídicas de natureza privada, portanto, aquela que disciplina as relações particulares, sendo sua natureza diferenciada das normas jurídicas de natureza pública, como descrito anteriormente.

Por serem distintos no que concerne à aplicação de regimes jurídicos diferenciados, o direito público, anteriormente mencionado, obedece no ordenamento jurídico brasileiro a um outro tipo de regime, diferenciado do direito privado.

No Direito Privado se compreende ainda dois tipos de patrimônio: o físico, representado por bens, e o moral, que significa tudo o que fere os valores fundamentais da personalidade, que ao serem violados podem ser enquadrados no dano moral.

O dano moral, no âmbito do direito civil, representa os efeitos por ele causados, como dor, sofrimento, desconsideração social, no descrédito à reputação, a humilhação, entre tantos outros, justificam o reconhecimento de uma indenização sendo mesmo fundamento para a pena civil.

Ao se inserir na Constituição os direitos de personalidade e por consequência dos danos morais, constata-se que os dois institutos vêm passando por notável evolução. Considerando que se trata de direitos extrapatrimoniais, os direitos de personalidade têm perfeita afinidade com o instituto do dano moral dada a natureza de ambos, que têm em comum a proteção de bens que integram o interior da pessoa, ou seja, aquilo que lhe é inato, por sua condição humana, bens imateriais e que devem merecer a tutela do direito.

A aceitação da função punitiva no Brasil é recente e necessita de uma nova definição no tocante a sua funcionalidade bem como de requisitos para sua aplicabilidade, uma vez que a forma no ordenamento jurídico pátrio diverge da teoria alienígena que não se enquadra na doutrina normativa do Código Civil vigente.

Na conceituação de responsabilidade civil sob a ótica do Direito Privado, a agressão que pode se manifestar de maneiras variadas, se dirige ao interesse de ordem particular e, nesse caso a pena se traduz em forma de compensação pecuniária à vítima no sentido de reparação do dano causado, na tentativa de recolocar o lesado na situação anterior ao dano.

Entretanto o dano ao patrimônio moral extrapatrimonial, por se tratar de bens não mensuráveis, causa um certo incômodo no tocante à definição do *quantum* indenizatório, tendo em vista a necessidade de se manter o equilíbrio, tanto para reparar devidamente a vítima quanto para evitar a possibilidade do enriquecimento ilícito.

Outro aspecto a ser considerado é o dano causado à imagem por meio das redes sociais, ou seja, aqueles praticados via internet, a partir dos chamados “negócios virtuais”,

(...) o direito à imagem é de grande elasticidade, cuidando da proteção conferida à pessoa em relação à sua forma plástica e aos respectivos componentes identificadores (rosto, olhos, perfil, busto, voz, características fisionômicas) que a individualizam na coletividade, deixando antever um amplo espectro, formado por um conjunto de características que permitem a sua identificação no meio social... A tutela jurídica do direito à imagem (CC, art. 20) segue, em linhas gerais, a regra do art. 12 do Código Civil, que tem caráter geral. Basicamente a proteção do direito à imagem se aperfeiçoa através da tutela preventiva (inibitória), com o escopo de impedir que o dano ocorra ou se alastre. Não afasta, de qualquer modo, a possibilidade da tutela repressiva, através de ação de indenização por danos extrapatrimoniais (comumente chamados de danos morais), quando o dano já se concretizou, independentemente de causar prejuízos” (ROSENVALD; CHAVES, 2007, p.140).

A internet não está excluída do ordenamento jurídico. Pelo contrário, existem leis que regem essa “geografia virtual, visando coibir e punir devidamente aqueles que cometem ilícitos nesta área de atuação. Como visto anteriormente, desde o primeiro capítulo, o controle na rede é feito através da identificação Das máquinas (computadores) que deram origem a ofensa se tornando, portanto, possível provar o dano e proceder à sua penalização.

(...) se faz necessário que o Direito Virtual torne-se, cada vez mais, estudado pelos juristas e, sobretudo, tratado pelos tribunais com a seriedade, imputando de forma implacável aos que ali operam a responsabilidade por seus atos. Nesta seara, isto é, na imputação da responsabilidade pelo dano à imagem perpetrado virtualmente, quer na atividade empresarial ou não,

que se faz necessário um estudo mais aprofundado, utilizando-se da Ciência Jurídica e da Informática, para a correta atribuição e efeitos indenizatórios. (REZENDE, 2017).

A questão do dano moral em ambiente virtual, embora já tenha proteção legal, ainda necessita de muitos ajustes e de uma interação do Direito com os profissionais de informática e, claro, de um trabalho conjunto para que seja cada vez mais célere e efetivo.

A distinção de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, têm o mesmo significado. O primeiro trata de prejuízo econômico material e o segundo, versa sobre o abalo psíquico sofrido e que, portanto, não são representativos de danos econômicos.

Na jurisprudência brasileira, são diversos os ordenamentos que protegem os direitos nas duas esferas, tais como a Constituição de 1988, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor entre muitos dispositivos legais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, tem respaldo na Constituição, já em seu 1º artigo, que se baseia na lógica jurídica, através do reconhecimento dos direitos da personalidade e da indenização, preceitos naturalmente acompanhados pelo Código Civil em vigor.

Apesar de todos os mecanismos protetivos encontrados no ordenamento jurídico pátrio, o instituto dos *punitive damages* acabou se evidenciando porque a compensação através da indenização por danos morais não conseguia isoladamente resolver os conflitos existentes.

Assim, atualmente o conceito de *punitive damages* mostra-se desvinculado de sua ligação originária com a indenização dos danos extrapatrimoniais. Porque suas finalidades precípua passaram a ser a punição e a prevenção, o foco passou a incidir não sobre a espécie do dano, mas sobre a conduta do seu causador. (PARGENLER, 2017).

O instituto traz um meio de tornar efetivo o princípio constitucional à dignidade da pessoa humana, além de funcionar também como prevenção no tocante a coibir abusos muitas vezes cometido por empresas, ora contra cidadãos, seus próprios consumidores, ora contra seus próprios empregados/funcionários.

3.2 HISTÓRICO E CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO COMPARADO

O principal questionamento que se apresenta é no sentido de averiguar se os *punitive damages* seriam efetivamente mecanismos eficazes no ordenamento jurídico da lei, burlando as normas em benefício próprio.

Esta expressão foi “utilizada pela primeira vez em 1763, nos casos *uckle v. Money*, quando uma pessoa foi presa sem motivo, tendo permanecido no cárcere por seis horas”. A aplicação do instituto visava punir seus infratores, bem como evitar que viessem a violar direitos do cidadão. (VAZ, 2009, P. 44)

Cumprido salientar que a responsabilidade civil e seu desenvolvimento sempre visou a proteção da vítima, embora anteriormente a conduta ilícita do lesante ficava sem proteção, pois era colocada como uma coisa menor, já que o objeto principal era defender o ofendido. Assim surgiu a teoria dos *punitive damages*, com o intuito de punir o ofensor através de um *quantum* indenizatório majorado que pudesse compensar a vítima de maneira satisfatória.

Mas, relacionado ao dano punitivo, há os já amplamente reconhecidos direitos de personalidade e direitos humanos referendados pela Constituição e também pelo novo Código Civil vigente, antes mesmo de ver a incidência do instituto sob a ótica do Direito Comparado.

Não basta reconhecer os amplos aspectos da personalidade e os direitos inerentes a ela, é preciso, sobretudo, que o instituto jurídico ofereça mecanismos aptos a proteger os importantes valores das pessoas. Isto porque, de nada adiantaria dimensionar a personalidade das pessoas, sem permitir, ao mesmo tempo, normas que sejam capazes de assegurar aos seus titulares a tutela contra agressões de terceiros. (REIS, 2017)

Para o autor o reconhecimento dos aspectos da personalidade e seus direitos são insuficientes e o instituto jurídico deve conter mecanismos que protejam efetivamente os valores das pessoas, uma vez que além de conceituar e definir a personalidade, é preciso que existam normas capazes de assegurar sua tutela contra agressões.

No entanto, se faz imprescindível traçar algumas considerações acerca do instituto *punitive damages*, cuja questão nos é apresentada pelo professor americano

Zirpuski, que nos leva a refletir se a teoria absorvida pelo ordenamento jurídico americano pode ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

The Need for a Theory of Punitive Damages What does the word "punitive" mean in the phrase "punitive damages"? -The standard answer is that punitive damages are intended to punish a defendant who has engaged in a form of tortious conduct that is particularly egregious. (ZIRPUSKY, 2005, p. 105)

Numa tradução livre, podemos compreender a colocação do professor Zirpusky como uma forma de responder à expressão de “dano punitivo”, como sendo aquele que tem a intenção de castigar o ofensor que cometeu uma conduta tortuosa e especialmente odiosa com relação a um terceiro. Para o autor, além dessa definição, a expressão tanto cabe juridicamente no sentido civil quanto no penal, que ele justifica:

The answer is that the word "punitive" has two connotations. One meaning-as already indicated-is that punitive damages are intended to punish a defendant who has acted egregiously. But a more fundamental meaning within tort law is that punitive damages are permitted in light of our legal system's recognition that the plaintiff has a right to be punitive.(ZIPURSKY, 2005, p. 106)

Na visão de Zipursky, a dupla função do termo “punitive” justifica a utilização do sistema, pois a um só tempo serve para punir o ofensor que agiu de forma odiosa, mas a um só tempo permite o reconhecimento do uso do direito de ser punido pelo ilícito cometido.

Para os americanos, o instituto em apreço (punitive damages), refere-se a indenizações excepcionais determinadas por um Tribunal contra um acusado onde o ato ou omissão por ele praticado era de uma natureza particularmente odiosa, maliciosa ou arbitrária. São, portanto, sanções impostas pelo ordenamento ao causador do dano em razão de peculiaridades inerentes nesta conduta. (RESEDÁ, 2008, p228)

Na interpretação de Resedá o instituto dos *punitive damages* é admitido em situações excepcionais, ou seja, quando a indenização é determinada por um tribunal diante de um acusado que teve comprovada sua atitude maldosa.

(...) nos países integrantes da chamada “família do common law”, integrada pelo Direito Inglês e, com algumas exceções, pelos Direitos dos demais países de língua inglesa, essa divisão foi sensivelmente relativizada. É largamente difundido, no Direito norte-americano, o entendimento de que o

tort law tem por finalidade não apenas a reparação ou compensação do dano ocorrido, mas também a prevenção de danos futuros. A idéia de que a responsabilidade civil atuaria como fator de dissuasão (deterrence) de certos ilícitos é recorrente na doutrina e na jurisprudência. (ANDRADE, 2017, p. 4)

A indenização punitiva ou, como vem sendo tratada aqui com o nome original em inglês *punitive damages*, representa o reconhecimento de ato ilícito passível de indenização, mas com o objetivo *a priori* de desestimular a reincidência, uma vez que são aplicadas em ilícitos civis não aceitos e, caso fique clara a intenção de prejudicar terceiros, simplesmente ignorando os direitos da outra pessoa. Os *punitive damages* são comumente aplicados na Inglaterra e principalmente nos Estados Unidos, e é feita por um corpo de jurados. A pena inclui uma indenização pecuniária, que independe de uma ação compensatória.

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

A doutrina dos *punitive damages* nos Estados Unidos faz parte do sistema jurídico conhecido como *Common Law*, ou Direito Costumeiro, isto é, o que tem como fundamento a doutrina do *Stare Decisis*. Este tem origem no direito inglês e decorre da expressão latina *stare decisis et no quieta movere* (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido), sendo também conhecido como Doctrine of Precedents (Regra dos Precedentes), determinando que uma ou várias decisões de uma *appellate court*, devem acontecer no mesmo tribunal, ou entre os juízes a ele subordinados.

Nos Estados Unidos, o Direito Constitucional, faz com que a expressão signifique que as Cortes devem dar o devido peso e valor ao precedente, levando em conta que se a decisão anterior é impositiva, deverá seguir sem reconsideração.

O *stare decisis* e o Estado Democrático de Direito, já que a primeira assegura que o segundo não se altere de forma constante e errônea, favorece para que a

sociedade pressuponha que os princípios fundamentais estão fundados no direito e não nas vontades individuais.

É esta forma de pensar coletiva que mantém a sociedade sob os ditames legais, tanto por ter ciência de que se não o fizer, será exemplarmente punido (a) e também por saber que de outro lado, está protegido enquanto cidadão caso tenha seus direitos de alguma forma ameaçados. A crença de que os princípios estão preservados em comum acordo com os anseios sociais, leva a maioria a agir dentro dos padrões exigidos pelo ordenamento jurídico.

Há ainda que ser mencionado a duas classificações para o *stare decisis*, ou ideia de respeitar seus próprios precedentes, ou seja, tem o efeito vinculante, mas interno, o que seria um *stare decisis* horizontal. No sentido vertical, as decisões vinculam externamente e atingem a todos sendo obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário:

(...) a Common Law constrói se a partir de fatos concretos, ou seja, de experiências vivenciadas, de forma que a evolução das regras e critérios de aplicação dos punitive damages se deu com base em casos concretos e emblemáticos. (ZANON, 2016, p.8)

É consenso, portanto que a Common Law deve ser aplicada a partir de dados concretos, de experiências vividas e não a partir de hipóteses como acontece em outros casos.

Para se compreender a questão do dano punitivo na Europa, é preciso entender que os sistemas europeus continentais geralmente o desaprovam, pois em questões territoriais é preciso estar atendo se aquela região da Inglaterra faz ou não parte da União Européia, pois quando não está claramente definido pode causar certo desconforto. O sistema de direito comum é bem mais familiarizado com indenizações punitivas, embora não com a mesma extensão que os Estados Unidos. Essa diferença é importante porque a lei da União Européia reflete através da incoerência o contraste entre direito comum e direito civil continental na Europa, como nos esclarece KOZIOL:

"Regarding European law, it is true that, in principle, the continental civil law systems disapprove of punitive damages (although one has to confess that there are some departures from this idea). Further more, one has to remember that England and Ireland are part of Europe and the European Union (although England sometimes gives the impression that it prefers to

forget this). The English and Irish common law system is, of course, familiar with punitive damages, although not to the same extent as the U.S. This is important because it seems to influence, to some extent, EU law, which is inconsistent in reflecting the contrast between common law and continental civil law in Europe". (KOZIOL, 2008, p. 748)

A compreensão do sistema europeu e das inúmeras subdivisões entre os países que estão ou não inclusos no bloco dos que pertencem à União Europeia, esclarecem os motivos pelos quais as interpretações dos *punitive damages* ganham contornos tão diferenciados dos Estados Unidos. Essa comparação logicamente depende de questões geopolíticas e seus conseqüentes desdobramentos.

Especialmente no tocante aos danos extrapatrimoniais, o valor é imputado aos bens subjetivos, o que ocorre nas Cortes de Justiça. No direito comparado, é observado que são adotados critérios de fixação das indenizações por dano moral, tais como no direito inglês, no Reino Unido, na Irlanda e em Portugal, cujos ordenamentos oferecem tabelas como parâmetros para a aplicação dos *punitive damages*.

Os critérios adotados em geral são razoabilidade e proporcionalidade, a análise de circunstâncias, as condições socioeconômicas do ofendido e do ofensor, e, no caso deste último os benefícios obtidos com a prática do ilícito.

A jurisprudência consolidada de nossos tribunais superiores é no sentido de se "adotar critérios mais ou menos lineares, escorando-se em julgamentos anteriores e em parâmetros desenvolvidos pela doutrina (...)." (BATISTA, p.157)

No direito brasileiro como leciona o autor, a questão dos *punitive damages* já é aceita com raras exceções. As críticas se encontravam na argumentação, tendo como fundamento o fato de que as mesmas poderiam se transformar em enriquecimento ilícito, fato que é desconstruído pela ponderação da fixação, e assim se evitando a chamada "indústria do dano moral".

Os critérios adotados por nossos tribunais superiores ao fixar o quantum devido são o da razoabilidade e proporcionalidade em relação ao grau de culpa, nível sócio econômico do ofendido e porte econômico do ofensor, de forma suficiente a restaurar o bem-estar da vítima, desestimular o ofensor em repetir a falta, não podendo, além disso, implicar o enriquecimento sem causa ao ofendido.

Deve ser observado que ao assim proceder, diferentemente do sistema norte americano, o foco não é o dano, deixando de observar o comportamento do agente

e sua reprovabilidade pela sociedade, sendo ele a ser punido, não havendo diferença entre o dano patrimonial e o moral. (SANTOS JR, 2007, p. 23).

Adotando-se a função punitiva, o dano moral poderia ser utilizado como forma preventiva, atuando junto ao ofensor como um fator de desestímulo à lesão de direitos humanos de terceiros, o que permite uma certa segurança jurídica.

3.3 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO E ÓBICES AO INGRESSO DA PENA CIVIL NO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

O Direito Privado, à luz da contemporaneidade está interligado à Constituição, ao Código Civil e às leis que os regulam, sendo desejável que sejam construídos modelos na justiça privada de forma flexível que se utilizem desses instrumentos em prol de uma evolução do próprio Direito.

Visto desse modo, é preciso considerar uma nova leitura interpretativa do Direito Privado, face às modificações encontradas no novo Código Civil, em sua louvável conquista ao inseri-las no Direito privado, desta maneira adaptando o ordenamento jurídico civil à Constituição e seus preceitos de tutela e proteção aos direitos fundamentais.

A verdadeira ruptura na experiência do Direito Privado brasileiro não se encontra no advento do novo Código Civil, mas na assunção de uma nova postura hermenêutica, com fundamento na idéia de que a Constituição vige com supremacia também nas relações privadas. Contudo, é evidente o grande desafio de superar uma proclamação apenas aparente, na busca de um ideal de uma democracia verdadeira, com “concreta” efetivação das normas jurídicas e a consolidação de uma cidadania inclusiva. (SANTOS; COELHO, 2017. p.3)

As questões que envolvem a crise do sistema judiciário no Brasil, portanto, não estão apenas limitadas ao volume de processos por decidir, estes já admissíveis no modelo eletrônico, mas também se deve ao que diz respeito ao modo e critérios para solucionar tais situações. O que é muito discutido é a proposta de reforma do judiciário, para que leis e códigos sejam atualizados de forma a apresentarem resoluções adequadas para tal, de acordo com os autores acima citados.

Uma reflexão importante é no sentido de que o Direito Privado é a área específica do Direito voltada para as áreas de restituições, compensações e

reparações, tendo no *punitive damages* a função de desestímulo ao ilícito, cobrando restituição em dobro por cobrança indevida, por exemplo, se o dano for cometido por má fé.

Outro aspecto a se considerar é que a pena privada, para ser assim considerada, deve distinguir no instituto do dano moral, as diferenças entre o que é a simples reparação ou compensação, daquilo que é o valor adicional, este como efeito de punição.

Um dos problemas é o fato de não existir uma correlação entre dano moral e punição, ou seja, a pena privada é aplicada acumulando o dano material, este já consenso a respeito de merecer indenização e o dano não material, também já aceito como indenizável, o que pode trazer algumas dúvidas quanto a pena no Direito Privado.

A dimensão punitiva do *jus privatum* demanda uma série de debates que há muito são feitos na Common Law e na Civil Law em território europeu. Afinal: a) dada a personalidade da pena, a morte do condenado extingue o débito oriundo da condenação?, b) o valor de uma pena deveria ser entregue para a vítima, para o Estado, para um fundo?, c) a função punitiva deve ser desempenhada em situações específicas ou seria possível uma cláusula geral repressiva?, d) dependendo de razões específicas, quais?, e) a responsabilidade objetiva é compatível com um juízo punitivo?, e) a pena privada é aplicável cumulativamente com a sanção administrativa? f) deduz-se da responsabilidade civil punitiva o quantum já pago a título de sanção administrativa ou até mesmo de pena pecuniária criminal? (DE DAVID, 2017).

Com os questionamentos feitos pelo autor, é possível detectar alguns tópicos do que seriam impedimentos para a aplicabilidade da pena civil ao sistema do Direito Privado, com argumentações bastante consistentes.

Na doutrina há distinções do ponto de vista jurídico a respeito da divisão entre Direito Público e Direito Privado. Isso se deve ao tipo, forma e conteúdo, o que significa dizer que a relação jurídica em questão depende de; a) se o tutelado e seus interesses se encontram em situação de igualdade, isso se dará no âmbito do Direito Privado, no caso contrário, o pertencimento será da ordem do Direito Público. b) a ordem imperativa pertence igualmente ao Direito Público e apenas se houver autonomia entre as partes será do Direito Privado.

Entretanto, essa divisão entre o direito público e o privado traz alguma polêmica, uma vez que alguns doutrinadores ponderam não haver precisão nesta distinção e defendem uma classificação que seja capaz de absorver e se ajustar às

suas finalidades, além da necessidade de que os direitos sejam específicos de cada sociedade aos quais pertencem levando se em conta que na prática não existiria essa divisão.

Acontece que a sociedade pós-moderna, como preferem alguns autores, tem outras exigências e nem todos os interesses coletivos atendem às demandas individuais, sendo necessária a divisão entre público e privado, o que põe por terra as argumentações contrárias.

A separação entre os direitos penal e civil normalmente aparece como um pressuposto, quer nos estudos de dogmática penal, quer nos de dogmática civil, de modo que a separação em si é pouco tematizada ou questionada. Ela é ainda hoje considerada como uma conquista que devemos a um processo iniciado no século XVIII e consolidado no século XIX e, como tal, não é contestada pela doutrina - ou pela jurisprudência -, ainda que haja mais de um critério proposto para fundamentar tal separação; que esses critérios tenham certa mobilidade; não tenham se apresentado sempre constantes; e, além disso, tenham os seus limites cada vez mais desafiados pela edição de novas leis e pela jurisprudência. (PÜSCHEL; MACHADO, 2017).

Na matéria existem duas correntes, onde uma delas defende que os danos morais se limitam pura e simplesmente a compensar, punindo indiretamente o ofensor naquilo que acarreta dano ao patrimônio imaterial. Essa visão vem de autores como Clayton Reis¹¹ e Rui Stoco, entre outros, e representa uma maioria. Por outro lado, Carlos Alberto Bittar, e outros autores, identificam como sendo um aspecto punitivo, o desestímulo advindo das indenizações por danos morais.

Essa última colocação, encontra aporte no Superior Tribunal de Justiça, que defende a teoria do desestímulo, mas com ressalvas, uma vez que não absorveu integralmente as indenizações por danos morais, ficando as mesmas, como já foi dito, dependente da Corte.

(...) se a repressão é função do direito penal e a indenização, incumbência da responsabilidade civil, por vezes ocorre uma interpenetração entre as funções reparadora e punitiva. Nos dias atuais, mesmo o direito penal não se preocupa apenas com a punição, mas igualmente com a reparação do prejuízo causado à vítima ou à própria coletividade (prestação de serviços à comunidade, reparação do dano "*ex delicto*"). Assim, *v.g.*, os serviços comunitários, ainda que se trate de pena, distingue-se das sanções

¹¹ Pós Doutor e autor de várias obras, possui posicionamento no sentido de que o dano moral não repara, em razão de que a dignidade humana é princípio máximo da nossa civilização. Sua finalidade é de compensar visando reparar a dor. Disponível em: www.oabpr.org.br/professor-clayton-reis-se-opoe-fixacao-de-limite-para-dano-moral-na-reforma-trabalhista/. Acesso em: 07 dez.2017. Ver, também, Dano Moral. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

repressivas clássicas, porquanto permite ao delinquente pagar sua dívida por meio de atividade socialmente útil, uma contribuição positiva, que visa a compensar os dissabores causados pela infração. (KFOURI; SOUSA, 2017)

Desse modo, a aplicação das indenizações punitivas, para que alcance verdadeiramente o papel da responsabilidade civil, deve obedecer primeiramente aos fundamentos da Constituição, para se realizar tanto como advertência ao ofensor, quanto para validar sua forma de ação, o cuidado de ter sempre como foco central a dignidade da pessoa humana.

3.4 O DOLO, A CULPA E A PENA CIVIL: A AUTONOMIA DA PENA CIVIL PERANTE OS DANOS MORAIS

Antes de entrar no mérito da pena civil e de sua autonomia face aos danos morais, é preciso estabelecer as diferenças entre dolo e culpa e os desdobramentos deles advindos. Assim o dolo, é o resultado do ato ilícito intencional, ou seja, aquele que tem o objetivo de causar o dano ou a atitude de cometer o ilícito que poderá levar o dano.

A culpa pode ser originada do mesmo ato ilícito, com a diferença de que não há a intenção, porém, neste caso a intenção pode não ser causar o dano e sim se limitar a cometer o ilícito que leva a tal. Na realidade dolo e culpa têm em comum o fato de serem atitudes voluntárias de quem pratica o ilícito, sendo que no primeiro caso a atitude é consciente e no segundo pode ser por descuido, imprudência ou negligência ou, ainda, imperícia.

Pode ser definida como descuido ou desleixo a negligência, que se caracteriza pela responsabilidade que começa de modo subjetivo, mas ao causar o dano, resulta em culpabilidade pelo ato. Já a imprudência pode ser definida quando o agente causador do dano tem consciência do risco da atividade, mas assim mesmo a realiza acreditando que não vai causar danos a terceiros. A imperícia, se dá em casos aonde a falta de experiência e de prática para determinadas atividades (erro médico ou técnico, por exemplo), e ao executar o serviço ou o atendimento acaba causando dano a alguém. Em quaisquer das três situações a culpa está presente, do ponto de vista jurídico.

Formado por um elemento intelectual (consciência) e por um elemento volitivo (realizar) o dolo significa a vontade livre e consciente de querer

praticar uma conduta descrita em uma norma penal incriminadora. Assim, bastará apenas que o agente queira a realização dos componentes objetivos do tipo naquele caso específico e concreto e saiba exatamente aquilo que faz, para que se possa atribuir-lhe o resultado lesivo típico a título de dolo. Para que uma ação dolosa pressuponha a existência de um crime é necessário que a conduta criminosa se amolde em um injusto penal. Eis que o injusto penal é a confirmação da presença do fato típico com a ilicitude.(MIASHIRO, 2009).

Para efeitos de conceituação, a culpa é um elemento do fato enquanto a culpabilidade é a análise do crime. No dolo o que é levado em conta é a vontade, ou intenção do agente para a prática do ilícito, enquanto na questão da culpabilidade o que se analisa é a reprovação da conduta, levando em conta as circunstâncias em que foi aplicado, de acordo com a autora.

O dolo e a culpa no ilícito civil assumem significados distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o ilícito penal, fazendo parte integrante do elemento subjetivo da culpabilidade, não sendo duas espécies de um mesmo gênero.

No sistema brasileiro a função punitiva foi eliminada pela evolução da responsabilidade civil, contribuindo para a neutralização de qualquer distinção entre culpa e dolo, “à medida que a transferência dos danos ao ofensor passa a se exprimir objetivamente pela extensão dos danos que causou o ofendido, sem qualquer relevo para a intencionalidade ou não de seu agir.” (ROSENVALD, 2017, P. 222)

Contudo, necessário que os legisladores se ocupem de fundamentar a legalização do instituto, ainda inexistentes no ordenamento jurídico pátrio. O novo Código Civil, abre espaço com suas alterações para que isso aconteça, no sentido de ampliar a ação da responsabilidade civil, com o devido ajuste legal visando não apenas compensar danos, mas, sobretudo, prevenir antes que os delitos se deem continuamente.

No sentido de ser averiguado o elemento subjetivo do comportamento do autor do ilícito, passou-se a utilizar o art. 944 do Código Civil Brasileiro com a finalidade de reduzir o montante da compensação devida. O argumento é que o objetivo principal seria de evitar a desproporção entre a ação e o dano, porém se a função da responsabilidade civil fosse apenas de reintegração, sem se destinar a punir, seria irrelevante apurar-se a culpa. (LOURENÇO, 2006, p. 252).

Paralelamente à proposta de discussão e reflexão no âmbito da doutrina e da jurisprudência, a formação de novos profissionais e as metodologias para o ensino do Direito, merecem também atenção especial, uma vez que num mundo em

permanente mutação, essa questão é crucial tanto para se pensar a Ciência do Direito, em permanente (re) construção em prol de sua própria evolução:

Em seguida à Segunda Guerra Mundial, a metodologia positivista, promulgadora de um direito civil patrimonial e absolutista, começou a se enfraquecer. De acordo com a versão mais acreditada, o processo jurídico de valorização da pessoa humana foi guiado pela interpretação das normas de direito civil à luz da Constituição, cuja supremacia encontra fundamento no próprio sistema democrático. Nesta metodologia, conhecida como pós-positivista ou constitucionalista, ganham importância proeminente os princípios jurídicos, que, reconhecidos como normas ao lado das regras, devem guiar o intérprete, desafiado a ponderá-los entre si em caso de colisão, através de uma fundamentação da decisão que é essencialmente argumentativa. (MORAES, 2002).

A postura humanística da autora, nos reaproxima das questões que foram desenvolvidas ao longo dessa investigação. Entre elas a do papel do Direito numa sociedade em mutação permanente, após conquistas inegáveis da humanidade em todas as áreas do conhecimento, sem dúvida representativas da evolução após séculos de aperfeiçoamentos tanto de técnicas quanto de práticas, todas visando o próprio ser humano como o centro e o objetivo de todas essas transformações. Com o Direito, não seria diferente, já que ele é o próprio norteador dos comportamentos sociais em todas as áreas de sua atuação e para que tal ocorra é necessário se rever não só conceitos, mas principalmente as atitudes.

A expectativa geral quando leigos fazem referência à Justiça, tem ora o pretenso poder de uma arma (o advogado) cuja munição se concentra nas leis, na Constituição, nos códigos Civil e Penal, em ementas e/ou medidas provisórias, enfim uma série quase infindável de “regras de comportamento social”, capitaneado pelo Direito, que age como aquela mãe zangada que ameaça seus filhos ‘se não obedecer, vai ver o que lhe acontece’, que sempre soa como uma ameaça.

Mas se são reconhecidos os direitos humanos e os de personalidade por que se faz necessário, ainda, o emprego da força, da culpa entre outros requisitos, para punir e condenar, juridicamente falando?

A Justiça só necessita ser equilibrada e isenta em sua aplicabilidade e não ser um semideus que veio imolar-se na terra para salvar a humanidade, para redimi-la. Séculos de regulações adequadas a orientações dogmáticas, a história já o provou, não fizeram Justiça adequada, sequer permitiram-lhe o acesso a cada um de seus cidadãos.

A ideia genérica que se faz de Justiça, deve ser revista para que sirva a seu fim primeiro. A educação em todos os níveis é a chave da transformação que se deseja. E que a aplicação dos instrumentos legais seja a ignição do ponto de partida para um mundo melhor com qualidade de vida e de Justiça.

CONCLUSÕES

1. Há autores, como o insigne HUMBERTO THEODORO JUNIOR, que enfatizam a impossibilidade de se atribuir à compensação do dano moral finalidade punitiva, ou sancionatória. Invoca-se o princípio insculpido no art. 5.º, inc. XXXIX, da Constituição Federal (não há crime, sem lei anterior que o defina, nem pena, sem prévia cominação legal), que veda imposição de pena sem expressa previsão legal. Também o art. 5.º, inc. V, da Lei Maior, ao se referir a direito de resposta, equivalente ao agravo – ou o art. 944, “caput”, do Código Civil (a indenização se mede pela extensão do dano) – vedariam essa função punitiva da compensação do dano moral.

Entendemos que o *nullum crime, nulla poena sine lege* possui aplicabilidade restrita às penas de natureza criminal. A sanção civil, nada obstante a finalidade de exercer coerção sobre o autor da ofensa – e atingi-lo em seu patrimônio – afasta-se do universo penal, para atuar em campo delimitado, de natureza civil.

Quanto à equivalência entre agravo e indenização, decorrente da interpretação já referida do inciso V do artigo 5.º - ou, mesmo, a atenção que se deve ter à extensão do dano, como medida da indenização –, não vislumbramos, aí, óbices à finalidade punitiva do dano moral. Justamente pelo fato de a lesão atingir o patrimônio moral do ser humano, ofender direitos da personalidade, a integridade psicofísica, os valores mais relevantes que compõem o conceito de dignidade humana, o imensurável patrimônio da consciência, a imposição de valor em pecúnia, com finalidade punitiva, justifica-se amplamente.

2. O exemplo anglo-saxônico dos *punitives damages* ou exemplar *damages* é transposto, com real proveito, ao ordenamento jurídico brasileiro. Infligir-se ao causador do dano um *plus* compensatório, a título de punição exemplar, a fim de dissuadi-lo a perseverar no comportamento danoso, constitui passo adiante, na moderna concepção de responsabilidade civil.

3. Ao Direito não pode satisfazer, apenas, o papel de tornar a vítima indene, sem danos – ou de mera recomposição patrimonial. O passo além é a prevenção, o

desestímulo, o fim pedagógico. E as grandes corporações somente aprendem essa lição quando atingidas no que lhes é mais caro: o lucro.

4. As empresas devem integrar ao seu cotidiano a prática do respeito ao ser humano, do tratamento correto ao consumidor, das práticas onde prevaleça a boa-fé objetiva e o respeito aos direitos da personalidade.

5. Razão assiste a FARIAS, BRAGA NETO E ROSENVALD, quando assinalam que as “funções da responsabilidade civil variam entre a contenção de danos e a contenção de comportamentos. No primeiro caso, o ordenamento jurídico mira o olhar nas consequências lesivas do fato do agente, especialmente na repercussão patrimonial e na esfera da personalidade do ofendido. (...)”

A seu turno, na contenção de comportamentos, o magistrado desviará as lentes para a pessoa do ofensor e a reprovabilidade de sua conduta. Ele assumirá um enfoque prospectivo, para inibir a reiteração do ilícito, seja pelo próprio ofensor como por outro agente que pretenda se conduzir de maneira semelhantemente desprezível. ”

6. Entendemos que a reiteração de ofensas ao direito da personalidade amolda-se ao figurino da culpa grave – e isso deve ser levado em consideração no momento de se valorar a indenização pelo abalo moral produzido.

Nosso professor MIGUEL KFOURI NETO enfatiza que os “arts. 944 e 945 do CC brasileiro introduzem a análise da gradação da culpa – e do próprio comportamento da vítima – para se fixar a extensão da reparação do dano. ”

Diversas codificações estrangeiras, dentre as quais o Código Federal Suíço das Obrigações, consideram, para a fixação da indenização, a gravidade da culpa. Na lei suíça encontramos: “Art. 43. (III. Fixação do dano) (1) O modo e a extensão da indenização pelo dano causado, estabelece o juiz que, no caso, tem de considerar não só as circunstâncias como a gravidade da culpa. (...) Art. 44. (IV. Motivos de redução) (1) se o lesado concordou com o ato danoso, ou se circunstâncias, pelas quais deve ele responder, atuaram para criar ou aumentar o dano ou agravaram, de outro modo, a situação do obrigado à indenização, poderá o juiz minorar a obrigação de indenização ou, inteiramente, não a reconhecer. (2) Se o obrigado à indenização que não causou o dano, nem intencionalmente nem por negligência grave, ficar, pela prestação da indenização, reduzido a estado de necessidade, poderá o juiz, também por esse motivo, minorar a obrigação de indenizar”. O grau da culpa, por conseguinte, influencia a quantificação. KFOURI cita, ainda, lição de ARRUDA

ALVIM, para quem o exame dessa gradação da culpa permitiria melhor e mais justa individualização da culpa e, conseqüentemente, do dever de indenizar.

7. Por óbvio, a culpa assume excepcional gravidade, tangenciando o dolo, quando a ofensa é perpetrada com o intuito de obter lucro, vantagem econômica. E ainda se amplifica na exata proporção do descaso demonstrado pelas pessoas, que se transformam em simples números, sem mínimo respeito à individualidade do ser.

8. KFOURI lembra, ainda, o escólio de STARCK, ROLAND e BOYER, os quais “identificam quatro degraus na hierarquia da culpa: intencional, inescusável, grave e leve. Na culpa intencional – ou dolo –, a vontade incide sobre o ato e suas conseqüências. Não somente a vontade de agir de tal maneira, mas ainda querer o resultado danoso. A intenção de prejudicar, de causar o dano, é inerente ao dolo. Como visto, algo raro no domínio da culpa médica.

Restam, portanto, os demais graus de culpa, acima referidos. Inescusável é a culpa de excepcional gravidade, derivada de ato ou omissão voluntária, da consciência do perigo que o autor deveria possuir, e da ausência de qualquer causa justificativa. Distingue-a do dolo – ou culpa intencional – o fato de a vontade não se aplicar às conseqüências danosas do ato em questão.

Quanto à culpa grave, apresenta grau de importância menor que a da culpa inescusável. Também é despojada de malignidade, e tampouco se equipara ao dolo. A culpa grave exige julgamento mais severo da conduta do agente, seja pelo comportamento em si, seja pelas conseqüências advindas dessa conduta. Intrinsecamente, revela erro grosseiro, imperícia imperdoável, incúria patente (não perceber o que todos perceberiam). Extrinsecamente, a gravidade decorre da importância do dano causado, da previsibilidade desse dano e do esforço para evitá-lo.

A culpa leve – ou levíssima – é o erro de conduta ao qual todos os indivíduos estão expostos. Apresenta-se mais frequentemente sob a forma de negligência, revelando falta de atenção, ou imprudência, devido à falha ou insuficiente reflexão sobre a conseqüência de seus atos. ”

9. Reforça-se, dessa maneira, a constatação de que a gravidade da culpa se reflete, sim, na quantificação do dano.

10. Força é convir que as compensações alvitadas pelos nossos tribunais, tirante raras exceções, ainda podem ser consideradas irrisórias, incapazes de

desestimular a prática de atos atentatórios aos direitos da personalidade, perpetrados por empresas, sobretudo pelas grandes corporações.

Esta é a tese que tentamos defender, ao longo deste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AÇÃO DA CIDADANIA. Disponível em: <http://www.acaodacidadania.com.br/> Acesso em: 14-08-2017.

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Ed. Forense Universitária- Rio de Janeiro. 2007.

BATISTA, Francisco Moreira. **Critérios para Fixação dos Danos Extrapatrimoniais**. Revista de Direito. 2017

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. **Código civil e legislação civil em vigor**. Org. Theotonio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BÍBLIA SAGRADA. **Antigo Testamento**. Editora CPP- Casa Publicadora Paulista 2017 – Livro deuteronomio.

BODIN DE MORAES, Maria Celina de. **A Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf>. Acesso em: 18-07-2017.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Por um ensino humanista do direito civil**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-um-ensino-humanista>>. Acesso em: Acesso julho/agosto 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do estado por actos lícitos**. Lisboa: Almedina 1974.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1994.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso julho/agosto 2017.

DE DAVID, Tiago Bitencourt. *Função Punitiva e Direito Privado: outros rumos para uma discussão*. Estado de Direito. Coluna Direito Privado. Maio 2017

DELLORE, Luiz. **Pedido de indenização e o Código Processual Civil**. Fim da Indústria do Dano Moral? – JOTA 2016

DUARTE, Victória Albertão Duarte. **As Hipóteses de Aplicação do Disgorgment na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul- 2016

FARIZEL, Davi. **Pessoa Jurídica e direitos da personalidade**. Disponível em: JusBrasil.com. 2015. Acesso em: agosto de 2017.

FAVARETTO, Celso. **A Tríplice Função do Dano Moral**. Disponível em: www.favareto.filesl-2010. Acesso em: setembro de 2017.

YOSHIDA, Consuelo, KISHI, Sandra Akemi Shimada, PIAZZON, Renata e VIANNA, Marcelo Drugg Barreto. **Finanças Sustentáveis e a Responsabilidade Socioambiental das Instituições Financeiras** - Editora Fórum- Belo Horizonte- 2017

FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade Civil Preventiva: Função, Pressupostos e Aplicabilidade**. Faculdade de Direito de São Paulo- USP- 2014

FUJITA, Jorge Shiguemitsu, **Dano Moral Causado à Pessoa Jurídica no Direito Brasileiro**- Moral Damage caused to the legal person in the Brazilian Law Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 9(16-17): 117-139, jan.-dez. 2009

HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re) invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**- Editora UNESP – São Paulo, 1991

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. **Responsabilidade Civil: Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade**- Instituto Toledo de Ensino- ITE , Bauru- São Paulo 1999.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re) invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2009.

HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas Direitos Humanos e Empresas: o estado da arte do direito brasileiro- Faculdade de Direito de Juiz de Fora- 2017

HONDIUS, Eward; JANSEN, André. **Disgorgement of Profits: Gaim- Based Remedies Throughout the world** (Part of us Corporation- Global Studies in Corporation Law- Book Series- Volume 8 (2016)

IYGU. Disponível em: www.global-understanding.info/pt/- Acesso em março de 2017.

JUNIOR, Luiz Carlos Silva. **A Batalha de Davi contra Golias: uma análise neogramsciana da agenda das Nações Unidas em Direitos Humanos e Empresas**- HOMA- Juiz de Fora, 2017

KFOURI NETO, Miguel; SOUSA, Angela Alves de. **As Grandes Empresas, o Cidadão e a Função Punitiva do Dano Moral: Breves reflexões à luz da obra de Suzanne Carval**- UNICURITIBA 2017.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do vazio**. Ensaios sobre o individualismo contemporâneo- Ed. 70 – Extracoleção- 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos Morais e Direitos da Personalidade**. Disponível em: Jus.com.br. Acesso em julho de 2017

LONGHI, João Victor Rozatti; SILVA, Letícia Rezende. **A Função Punitiva da Responsabilidade Civil: uma análise da indenização punitiva por dano social no Brasil**- Universidade de Uberlândia- Minas Gerais- 2014

LOPES, Hállison Rodrigo- A responsabilidade civil no estado e a teoria do risco integral- [Ambito Jurico.com.br](http://AmbitoJurico.com.br)- 2017

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco G. **A Àrvore do Conhecimento- as bases biológicas do entendimento humano**, Editorial Psy (1995, Campinas – São Paulo).

MELO, Leandro. **Astreintes no novo CPC**. Uma necessária e bem- vinda retificação interpretativa, 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atual. Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I.

MIASHIRO, Cynthia Pola- **O Dolo e a Culpa fazem parte da culpabilidade ou da tipicidade de Ambas**. Disponível em: Jurisway- 2009

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Disponível em: egov.ufsc.br/portal/sites.

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective actions**. Indiana University- Ed. Cambridge University Press-1990

PARGENDLER, Mariana. **O caráter exemplar da indenização e o Direito Civil Brasileiro: pena privada ou punitive damages- Universidade Federal do Rio Grande do Sul -www.ufrgs.br- 2017 pdf**

PEREIRA, Daniel Queiroz. **Direitos da Personalidade e Pessoa Jurídica: Uma abordagem contemporânea - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro- UERJ- V . 2 , n . 2 2 , j u l . / d e z . 2 0 1 2**

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Ed. Renova 2007

PERROT, Abeledo. **La Teoría Ecológica Del Derecho Su problema e SUS problemas**. Buenos Aires. Argentina- 1963

PORTELA, Irene. **Os novos horizontes do constitucionalismo global**. IPCA- Instituto Politécnico do Cávado e do Ave- 2017- II CONDIT – Congresso De Direito Internacional Constitucional- Barcelos, Portugal.

REALE, Miguel. **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito**. Ed. Saraiva- São Paulo. 1978.

REIS, Clayton. **A proteção da personalidade na perspectiva do novo Código Civil brasileiro**. Âmbito Jurídico. Com. br. 2017.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2001.

REIS, Clayton, SOUSA, Angela Alves de SETTE, Sandra Mara Franco. **Bangladesh: A exploração do trabalho humano e a degradação do meio ambiente a partir do curtimento e tingimento do couro exportado para a Europa** artigo publicado pela PUC- São Paulo- 2016

RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do punitive damages nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro.** 2008- Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri1.pdf>>

RESPONSABILIDADE CIVIL -HISTÓRICO E E CÓDIGO CIVIL – Planalto
www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406

ROSENVALD, Nelson e CHAVES, Cristiano. Direito Civil - Teoria Geral, 06^a. Ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2007

*ROSENVALD, Nelson. **Você conhece o disgorment?** Disponível em: www.nelsonrosenvald.com.br. Acesso em julho de 2017.*

*ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil.** Disponível em: www.nelsonrosenvald.com.br. Acesso em julho de 2017.*

REZENDE, Elcio Nacur. **O Uso da Imagem das pessoas naturais e seus reflexos nos negócios virtuais.** Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2009/Docentes/O%20USO%20INDEVIDO%20DA%20IMAGEM%20DAS%20PESSOAS%20NATURAIS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NOS%20NEGOCIOS%20VIRTUAIS.pdf> Acesso em 2017.

RONDEAU, Sophie. **Violation du Droit International Humanitaire et Réparation a place de la victim individuelle.** Université Québec à Montréal. 2008

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil:** origem e pressupostos gerais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site>>

SANTOS, Fernanda Barbosa dos; COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos. **Nova Hermenêutica e Constitucionalização:** A revisão paradigmática do Direito Privado e a Construção do Estado Democrático de Direito- Parlatorium- Revista Eletrônica da FAMINAS BH- 2017

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e a sua Reparação.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Companhia das Letras. 2012

SOUTO, Letícia Alves Ferreira. **O Dano Moral e a Teoria dos Punitive Damages.** Revista Jurisvox nº 15 vol. 1, jul. 2014

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. Disponível em: <<http://www.transparency.org>> Acesso em 2.09.2017

VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Marcos históricos relevantes da História da Responsabilidade Civil**. Revista dos Tribunais. Ano 100. Junho/2011, Vol. 908.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Concretização dos postulados da dignidade da condição humana e da justiça: vocação contemporânea da responsabilidade civil**. Revista de Direito Privado - Coord. N. Nery e R. M Nery - Ed. Revista dos Tribunais – Ano 12 - nº 47 – Jul/set – 2011

VILLAS BÔAS, Regina Vera Villas. **Perfis dos conceitos de bens jurídicos**. Revista de Direito Privado - Coord. N. Nery e R. M Nery - Ed. Revista dos Tribunais – Ano 10 - nº 37 – Jan/mar – 2009, p.209-241.

ZIZEK, Slavoj. **Bem vindo ao deserto do real**. Ed. Boitempo - 2003

ZIZEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. Ed. Boitempo - São Paulo - 2011.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília., nº 28, p 15-32, jan./mar. 2005.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009 (pg. 225).

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed., Rio de Janeiro, Forense. 1979, (v. 1, p. 521-3)

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V.7: Responsabilidade Civil. 23ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009/214/2003/2014. (v. 7, p. 32 - 33; 119-120)

VENOSA, Silvio de Sávio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003/2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por danos morais**. – 4.ed., rev., aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar – São Paulo: Saraiva, 2015/2001.

MELLO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral – problemática: do cabimento a fixação do quantum/ 2.ed.rev., atual e aum.** – São Paulo: Atlas, 2011.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização punitiva**. Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro, n. 37, p. 107-135, jan.-abr./2007, p. 107; Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do comon law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONZÁLEZ; José Alberto. Responsabilidade Civil, 3.ed.-Lisboa: QJ Quid Juris,2013 – (citação pg.18).

BAHIA. Processo: APL 00007484920098050245 BA, 0000748-49.2009.8.05.0245, Julgamento: 10/2/2014, Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível, Publicação: 12/02/2014

TJ- -SP - APL: 00081143920098260445 SP 0008114- 39.2009.8.26.0445, Relator: Marcia Dalla Déa Barone, Data de Julgamento: 26/03/2014, 14a Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/03/2014.

SANTA CATARINA. AC 20120407380 SC, 2012.040738-0 (Acórdão), Relator(a): Saul Steil, Julgamento: 13/8/2012, Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil Julgado.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Responsabilidade Civil, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012/2003.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil, vol.2: Obrigações Responsabilidade Civil – 5 ed. – Sao Paulo: Saraiva, 2012/2005.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização por dano moral**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.2.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 3.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2011

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3.ed. ver., ampl. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

APÊNDICE JURISPRUDENCIAL

1. No tocante à quantificação do dano extrapatrimonial, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se pronunciado no sentido de que a indenização deve ser suficiente a restaurar o bem estar da vítima, desestimular o ofensor em repetir a falta, não podendo, além disso, implicar o enriquecimento sem causa ao ofendido.

“AGRAVO INTERNO NA TUTELA PROVISÓRIA NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROGRAMA VEICULADO AO VIVO EM RÁDIO. CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR ARBITRADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS EXORBITANTES. REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NOS LIMITES LEGAIS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. No caso dos autos, o eg. Tribunal local fixou a indenização por danos morais. decorrente de "trote" em programa de rádio transmitido ao vivo, em 200 (duzentos) salários mínimos para cada um dos autores em acórdão publicado em agosto de 2008, o que equivale, aproximadamente, a R\$83.000,00 (oitenta e três mil reais) à época daquele julgamento e a R\$140.000,00 (cento e quarenta mil reais) atualizado monetariamente até a presente data, o que se mostra desproporcional à gravidade do caso.

2. Impõe-se a redução do montante reparatório a patamar que atenda aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de evitar o indesejado enriquecimento sem causa dos autores da ação indenizatória, sem, contudo, ignorar o caráter preventivo e repressivo inerente ao instituto da responsabilidade civil, de modo que reduzido o valor da reparação moral para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para cada autor, a ser acrescido de juros e correção.

3. Quanto à alegação de que a condenação ao pagamento de 15% sobre o valor da condenação a título de honorários sucumbenciais é excessiva, em suposta ofensa ao art. 20, § 3º, do CPC/73, verifica-se que se encontra dentro dos limites legais impostos pelo citado dispositivo legal, considerando-se "o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço", razão pela qual não merece ser alterado.

4. Agravo interno a que se nega provimento.”

(AgInt na TutPrv no REsp 1408369/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO APELO EXTREMO. INSURGÊNCIA DA RÉ.

1. Para o acolhimento do recurso, seria imprescindível derruir a afirmação contida no decisum atacado, no sentido de que não há prova da culpa exclusiva ou concorrente da vítima pelo acidente, o que, forçosamente, ensejaria rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça, sendo manifesto o descabimento do recurso especial.

2. A incidência da Súmula 7/STJ impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual deu solução à causa a Corte de origem.

3. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp 1437458/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

Trecho da decisão:

“Desta forma, se o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa – caso se trate de responsabilidade subjetiva -, e ao nível socioeconômico do recorrido, orientando-se a Corte de piso pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, o STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida.”

2. Não obstante o grau de subjetivismo que engloba o tema da quantificação do dano moral, uma vez que não há critérios predeterminados em lei, há reiteradas decisões do STJ que determinam o arbitramento da compensação por dano moral a partir dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade em relação ao grau de culpa, nível sócio econômico do ofendido e porte econômico do ofensor.

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS JULGADA PROCEDENTE - DELIBERAÇÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO ANTE A INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA 7/STJ. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ.

1. A Corte local, mediante análise soberana do contexto fático-probatório dos autos, concluiu devidamente caracterizada os requisitos para a reparação civil moral e material. Sendo assim, para acolhimento do apelo extremo, seria imprescindível derruir a afirmação contida no decisum atacado, o que, forçosamente, ensejaria em rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça, sendo manifesto o descabimento do recurso especial. Precedente: AgInt no AREsp 751.514/MS, desta Relatoria, Quarta Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 22/06/2016.

2. Com a apreciação reiterada de casos semelhantes, concluiu-se que a intervenção desta Corte ficaria limitada aos casos em que o quantum indenizatório fosse irrisório ou excessivo, diante do quadro fático delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição, circunstância inexistente no caso dos autos porquanto a indenização a título de danos morais restou fixada no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Assim, se o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrido e, ainda, ao porte econômico do recorrente, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, o STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida (RESP 259.816/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 27/11/2000).

3. Agravo regimental desprovido.”

(AgInt no AREsp 588.316/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CADASTRO INDEVIDO EM ÓRGÃOS DE INADIMPLENTES - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO - INSURGÊNCIA DA AUTORA.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por dano moral pode ser revisto, no âmbito de recurso especial, tão somente nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou excessiva, distanciando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no AREsp 569.765/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 19/02/2015)

“CIVIL E PROCESSUAL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. PROGRAMA DE TELEVISÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DA LEI DE IMPRENSA. DESCABIMENTO. NÃO RECEPÇÃO DA LEI N. 5.250/1967 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. SUPERVENIENTE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE PELO C. STF (ADPF N. 130/DF). DANO MORAL. VALOR. EXCESSO. REDUÇÃO.

I. Orientou-se o Superior Tribunal de Justiça, por reiterada jurisprudência, que o prazo decadencial previsto no art. 56 da Lei de Imprensa não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por incompatível com o preceituado em seu art. 5º, inciso X.

II. Ademais, em recente julgamento, o Colendo Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, declarando a mesma incompatibilidade, já agora de toda a Lei n. 5.250/1967 (ADPF n. 130/DF), de modo a ratificar, definitivamente, a pretensão de obstaculizar o curso da ação pela decadência.

III. Reconhecido o dano moral, cabível a indenização, porém em patamar razoável, a fim de evitar enriquecimento sem causa.

IV. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.”

(REsp 1095385/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 15/04/2011)

Trecho do comentário a essa decisão no informativo jurisprudencial nº 0468 (Período: 28 de março a 8 de abril de 2011):

“Trata-se de ação de indenização por danos morais pelo uso indevido de imagem em programa de TV (recorrente) que filmou a autora após despejar baratas vivas quando ela transitava em via pública, o que, segundo o TJ, não se poderia confundir com mera brincadeira devido ao terror imposto - que, inclusive, repercutiu na atividade psíquica da vítima. Para coibir esse tipo de conduta, o TJ fixou a indenização em montante equivalente a 500 salários mínimos. Agora, no REsp, a TV alega a ocorrência da decadência nos termos da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) e a necessidade de redução do valor da indenização. Para o Min. Relator, a limitação do prazo decadencial disposta na citada lei não foi recepcionada pela CF/1988, uma vez que incompatível com seu art. 5º, X, que erigiu o dano moral a direito fundamental do cidadão, de sorte que é inadmissível tratamento temporal diferenciado e privilegiado para essa espécie de lesão, apenas porque perpetrada pela mídia, seus agentes e colaboradores. Ademais, observa que o Plenário do STF declarou inconstitucional a Lei de Imprensa por inteiro. Por outro lado, considerou elevado o quantum arbitrado, embora ressalte não desconhecer a situação de absoluto constrangimento, pavor e ridicularização sofrida pela recorrida, que teve despejadas inúmeras baratas vivas sobre seu corpo, agravada pelo fato de que essas imagens foram veiculadas em programa televisivo sem a devida

autorização. Assim, devido aos constrangimentos sofridos pela recorrida, adequou a condenação em proporcionalidade à lesão e fixou o valor indenizatório em cem mil reais, englobando os danos morais e a exposição indevida da imagem, corrigidos a partir da data desse julgamento. Diante do exposto, a Turma conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento, apenas para reduzir o valor da indenização. Precedentes citados do STF: ADPF 130-DF, DJe 6/11/2009; do STJ: AgRg no Ag 871.254-RJ, DJe 1º/7/2009; REsp 625.023-PE, DJ 26/2/2007; REsp 547.710-SP, DJ 10/5/2004; AgRg no Ag 605.917-RJ, DJ 1º/2/2005, e REsp 72.343-RJ, DJ 4/2/2002. REsp 1.095.385-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 7/4/2011.”

“ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM VALOR EXORBITANTE. NECESSIDADE DA REDUÇÃO. RESPEITO AOS PARÂMETROS E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES.

1. Cingindo-se, a hipótese em análise, a dano à imagem da falecida, *remanesce aos herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide.*

2. *O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.*

3. *A aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.*

4. *Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.*

5. *In casu, o Tribunal a quo condenou às rés em R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), tendo dividido o valor entre as rés, arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente excessivo.*

6. *Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinqüenta reais), devendo ser ele rateado igualmente entre as rés, o que equivale a R\$ 72.625,00 (setenta e dois mil, seiscentos e vinte e cinco reais) por litisconsorte passiva.*

7. *Evidencia-se que a parte agravante não apresentou qualquer argumento capaz de infirmar a decisão monocrática que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida íntegra por seus próprios fundamentos.*

8. *Agravo regimental a que se nega provimento.”*

(AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.

1. É presumível a ocorrência de dano moral aos filhos pelo falecimento de seus pais, sendo irrelevante, para fins de reparação pelo referido dano, a idade ou estado civil dos primeiros no momento em que ocorrido o evento danoso (Precedente: REsp n.º 330.288/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 26/08/2002) 2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

4. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

5. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

6. In casu, o tribunal a quo condenou os recorridos ao pagamento de indenização no valor de 10 salários mínimos a cada uma das litisconsortes, pela morte do pai e esposo das mesmas que foi vítima fatal de atropelamento pela imprudência de motorista que transitava em excesso de velocidade pelo acostamento de rodovia, o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente ínfimo.

7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, impõe-se a majoração da indenização total para o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que corresponde a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por autora.

8. Encontra-se sedimentada a orientação desta Turma no sentido de que inexigível a prova da realização de despesas de funeral, em razão, primeiramente, da certeza do fato do sepultamento; em segundo, pela insignificância no contexto da lide, quando limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária; e, em terceiro, pelo relevo da verba e sua natureza social, de proteção à dignidade humana (Precedentes: REsp n.º 625.161/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 17/12/2007; e REsp n.º 95.367/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 03/02/1997) 9. Recurso especial provido.”

(REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008)

3. Na fixação da reparação do dano moral, tanto por ato doloso como culposo, as decisões dos tribunais estaduais brasileiros também se atentam aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração o bem jurídico lesado e, ao mesmo tempo, as condições financeiras do ofensor e do ofendido, sempre com vista à

gravidade do ilícito e ao grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social.

“BEM MÓVEL. COMPRA E VENDA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INDEVIDO BLOQUEIO DE SALÁRIO. DANO MORAL CONFIGURADO. ARBITRAMENTO QUE DEVE GUARDAR RAZOABILIDADE. NOVA FIXAÇÃO EFETUADA. RECURSO DA RÉ IMPROVIDO, PROVIDO O DO AUTOR. 1. O indevido bloqueio de salário constitui causa de aflição e angústia, manifestações que identificam o dano moral, ante a perspectiva do risco de virem a ocorrer graves repercussões na vida da pessoa. 2. Procurando estabelecer um montante razoável, adota-se o valor de R\$ 3.000,00, por identificar a situação de melhor equilíbrio, de modo a guardar relação com o grau da culpa e influenciar no ânimo do ofensor.”

(TJSP; Apelação 1001854-25.2016.8.26.0269; Relator (a): Antonio Rigolin; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itapetininga - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/08/2017; Data de Registro: 29/08/2017)

Trechos da decisão:

“Diante dessa constatação, resta fixar o valor da indenização, que traduza a finalidade de compensar a vítima e, ao mesmo tempo, se apresente como reprimenda para a ofensora, de modo a motivá-la a não reiterar esse tipo de comportamento abusivo.

(...) Na fixação do dano moral, recomenda a doutrina que o juiz atente para as condições das partes, de modo a possibilitar, de forma equilibrada, uma compensação razoável pelo sofrimento havido e, ao mesmo tempo, também traduzir uma sanção ao ofensor, tendo em vista especialmente o grau da culpa, de modo a influenciá-lo a não mais repetir o comportamento.

Vale lembrar, segundo a lição de Carlos Roberto Gonçalves que “em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau da culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau da culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima” (“Responsabilidade Civil”, nº 94.5, pág. 414, 6ª ed., Saraiva).

Além disso, observa Carlos Alberto Bittar: “A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.” (“Reparação Civil por Danos Morais”, pág. 220, 2ª ed., RT.)

A partir dessas considerações e diante do contexto dos autos, reputa-se mais razoável a adoção do valor de R\$ 3.000,00, que melhor atende à finalidade de servir de compensação pelo mal propiciado ao demandante e, ao mesmo tempo, de incentivo à não reiteração do comportamento.

Enfim, não comporta acolhimento o inconformismo da ré e comporta acolhimento o apelo do autor, para a finalidade de se elevar o montante da indenização por dano moral, fixando-o em R\$ 3.000,00, com atualização monetária a partir desta data e juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação”

***AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.** Compra e venda de bens móveis modulados mediante financiamento. Rescisão do contrato, com a quitação das parcelas pendentes. Restrição anotada no cadastro do Serasa contra a autora. SENTENÇA de procedência para

condenar a ré a pagar para a autora indenização moral de R\$ 15.000,00, com correção monetária a contar do sentenciamento mais juros e mora a contar da citação, arcando a ré com o pagamento das custas e despesas processuais além dos honorários advocatícios, que foram arbitrados em quinze por cento (15%) do valor da condenação. APELAÇÃO da ré, que visa à reforma da sentença para a exclusão por danos morais, com pedido subsidiário de redução do "quantum" arbitrado. ACOLHIMENTO PARCIAL. Relação contratual, inclusão indevida em cadastro de restrição e solicitação de baixa dessa "negativação" bem comprovadas. Dano moral configurado "in re ipsa". Indenização que comporta redução para R\$ 10.000,00, ante as circunstâncias do caso concreto e os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Correção monetária que deve ser contada do arbitramento na sentença e juros de mora que devem ser contados da citação, por versar a questão responsabilidade civil contratual. Aplicação da Súmula 362 do STJ e do artigo 405 do Código Civil. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."

(TJSP; Apelação 1016910-23.2016.8.26.0003; Relator (a): Daise Fajardo Nogueira Jacot; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/08/2017; Data de Registro: 18/08/2017)

Trechos da decisão:

"Aliás, a própria ré, ora apelada, admitiu a cobrança indevida, argumentando que quem promoveu a negativação indevida foi a Financeira, tanto que após revisão houve exclusão no tocante (v. fls. 22/23).

Como é sabido, a inclusão indevida nos cadastros de maus pagadores gera dano moral ao ofendido. Nesse sentido: "no sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, imagem, honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado" (REsp. 506437 / S P - Quarta Turma - Rel. Ministro Fernando Gonçalves - J. 16/09/2003 - DJU 06.10.2003 p. 280 - RT vol. 824 p. 180).

Tem-se, portanto, que a restrição anotada contra o nome da autora revela-se mesmo indevida, restando bem configurado no caso dos autos o dano moral reconhecido na sentença, pois a autora, ora apelada, sofreu evidente restrição com a inclusão de seu nome no cadastro negativo por dívida indevida.

Conforme pacífico entendimento jurisprudencial, o dano moral decorrente de "negativação" indevida se configura "in re ipsa", portanto independente de prova de qualquer prejuízo efetivo. É mesmo possível vislumbrar o sofrimento, a angústia, a agonia e a sensação de desamparo sofridos pela autora, que foi submetida a abalo no mercado de crédito em decorrência da conduta culposa da ré, ora apelante. Assim, era mesmo de rigor a condenação da ré no pagamento de indenização pelos danos morais padecidos pela consumidora (v. artigos 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e 186 do Código Civil).

Contudo, no que tange ao valor da indenização moral, que foi arbitrada em R\$ 15.000,00 na sentença, o Apelo da ré comporta parcial acolhimento para a redução dessa indenização à quantia de R\$ 10.000,00, que revela-se moderada ante as circunstâncias do caso concreto e os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos valores indenizatórios determinados na prática Judiciária deste E. Tribunal de Justiça. Demais, tal arbitramento não avilta o sofrimento da autora nem implica enriquecimento sem causa e servirá ainda para desestimular a reiteração dessa conduta pela ré, considerando as circunstâncias do caso, a gravidade da conduta da ré, os inconvenientes suportados pela autora como "negativada" no mercado de crédito por um dia e ainda a necessidade de intervenção judicial (v. artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal)."

“CONTRATO BANCÁRIO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL. Autor que contratou com o banco o recebimento de um cartão universitário que seria isento de anuidade, mas, mesmo sem a utilização do cartão, teve cobranças bancárias, vindo a quitar a dívida do cartão e posteriormente recebeu outra carta de cobrança, tendo também efetuado o pagamento, na importância de R\$105,00, requerendo o cancelamento do cartão, porém, teve seu nome inscrito no SCPC em virtude de dívidas referentes ao mencionado cartão, já adimplidas. Sentença de procedência. Pleito recursal de ambas as partes. Dano moral. Ocorrência. O dano moral em sentido amplo é agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, é agressão à dignidade humana. A inscrição indevida do nome do autor/apelante nos cadastros de inadimplentes, deflui em indenização a título de dano moral (in rem ipsam), hipótese de dano moral presumido. Quantum arbitrado majorado para R\$10.000,00, valor suficiente a reparar o prejuízo suportado pelo autor e desestimular a reiteração da conduta por parte da instituição financeira ré, em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Sentença reformada. Apelo da instituição financeira ré desprovido, apelo adesivo do autor provido.”

(TJSP; Apelação 0009677-84.2012.8.26.0438; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/02/2017; Data de Registro: 23/02/2017)

Trechos da decisão:

“O dano moral pode ser definido como aquele que afeta a personalidade, ofendendo a moral e a dignidade da pessoa. Segundo abalizada doutrina, o dano moral ‘em sentido amplo é agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, é agressão à dignidade humana’ (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p.111.)

Na lição de Wilson Melo da Silva: "Danos morais, pois, seriam, exemplificativamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal" (2 O dano moral e sua Reparação, Forense, 2ª edição, 1969, p.13)

(...) A inscrição do nome do autor em cadastro de inadimplentes, sendo indevida, deflui em indenização por danos morais, uma vez que o crédito “em sentido amplo, representa um cartão que estampa nossa personalidade, e em razão de cujo conteúdo seremos bem ou mal recebidos pelas pessoas que conosco se relacionam na diuturnidade da vida privada” (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2ª Ed., São Paulo:RT, 1998, p.358), consistindo, portanto, o abalo desse crédito num efetivo prejuízo moral.

Importante ressaltar que essa questão já foi sumulada por este Egrégio Tribunal de Justiça (Súmula 27), publicada no DOJ de 12.06.2006, que reza: “O cadastro indevido em órgãos de restrição ao crédito é causa, por si só, de indenização por danos morais, quando se tratar de única inscrição e, de forma excepcional, quando houver outras inscrições regulares”.

(...) No caso em testilha, repise-se, o dano moral decorre da mera demonstração da existência dessa anotação, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

(...) No que pertine à fixação do quantum indenizatório, observa-se que o dano moral não encontra, na legislação parâmetro para sua fixação, competindo o seu arbitramento ao magistrado, que “deverá fazê-lo de modo impositivo, levando em conta o binômio 'possibilidades do lesante condições do lesado', cotejando sempre com as particularidades circunstanciais do fato danoso, tudo com o objetivo de alcançar: a) um valor adequado ao

lesado, pelo vexame, ou pelo constrangimento experimentado; b) uma compensação razoável e equitativa não para apagar os efeitos da lesão, mas para reparar os danos, sendo certo que não se deve cogitar de mensuração do sofrimento, ou da prova da dor, exatamente porque esses sentimentos estão ínsitos no espírito humano” (Humberto Theodoro Júnior, *Dano Moral*, 7ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p.55.)

Sergio Cavalieri Filho leciona que o valor “deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Enfim, razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes”

O eminente Desembargador Antonio Rigolin, da 31ª Câmara deste Egrégio Tribunal, já deixou anotado que “A indenização pela reparação do dano moral deve ser fixada em valor que permita propiciar uma compensação razoável à vítima, a guardar conformidade com o grau da culpa e a influenciar no ânimo do ofensor, de modo a não repetir a conduta. Reconhecida a ocorrência da devida proporcionalidade, deve prevalecer o critério adotado pela sentença” (AC c/ Rev. 589.890-00/1)

Insta ressaltar que os danos morais têm caráter compensatório e punitivo, eis que o arbitramento da reparação pelos danos morais deve alicerçar-se no caráter punitivo e pedagógico da compensação, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima (STJ Quarta Turma, REsp 839.923/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, j.15.05.2012, DJe 21.05.2012)

Nesse diapasão, a condenação deverá assumir caráter pedagógico à instituição financeira ré, sem incidir no enriquecimento sem causa do autor, não sendo cabível o valor pretendido pelo autor (cem salários mínimos fls.06), posto que excessivo.

Verificados os danos, o valor arbitrado pelo magistrado de primeira instância (R\$5.000,00) merece ser majorado (com baldrame no princípio da lógica do razoável) para R\$10.000,00 (dez mil reais), montante que estará em consonância com o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para o caso concreto, servindo de desestímulo à instituição financeira ré e compensatório ao autor, observando-se as condições sociais e econômicas das partes litigantes, a conformação dos fatos e a natureza do dano, de forma a não haver locupletamento indevido de uma parte e empobrecimento da outra, quantia que não pode ser considerada insignificante ou excessiva, situando-se em patamar condizente com os fatos específicos do caso em testilha, reformando-se a r. sentença nesse capítulo.”

4. O STJ, ao analisar diversos casos envolvendo responsabilidade objetiva por dano ambiental, informada pela Teoria do Risco Integral, entendeu que a fixação por danos morais deve ser arbitrada atendendo ao princípio da razoabilidade e proporcionalmente ao grau da culpa e ao porte da empresa ou nível socioeconômico do ofensor. Os principais

critérios para arbitramento da compensação por danos morais nesses casos são: a intensidade do risco criado, a gravidade do dano, o tempo durante o qual a degradação persistiu, a reversibilidade ou não do dano e o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado.

Porém, apesar de se admitir a função preventiva da responsabilidade civil aos danos ambientais, através da eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis, O STJ defende que a função punitiva caberia ao direito penal e administrativo.

“RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

2. *No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento.”*

(REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014)

Trecho do comentário a essa decisão no informativo jurisprudencial nº 0545 (Período: 10 de setembro de 2014):

“Em relação ao acidente ocorrido no Município de Mirai-MG, em janeiro de 2007, quando a empresa de Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda., durante o desenvolvimento de sua atividade empresarial, deixou vazar cerca de 2 bilhões de litros de resíduos de lama tóxica (bauxita), material que atingiu quilômetros de extensão e se espalhou por cidades dos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, deixando inúmeras famílias desabrigadas e sem seus bens (móveis e imóveis): a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados; e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo a que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro lado, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados

por aquele que fora lesado. Com efeito, em relação aos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art.14, § 1º, da Lei 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável (EDcl no REsp 1.346.430-PR, Quarta Turma, DJe 14/2/2013). Ressalte-se que a Lei 6.938/1981, em seu art. 4º, VII, dispõe que, dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, está "a imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados". Mas, para caracterização da obrigação de indenizar, é preciso, além da ilicitude da conduta, que exsurja do dano ao bem jurídico tutelado o efetivo prejuízo de cunho patrimonial ou moral, não sendo suficiente tão somente a prática de um fato contra legem ou contra jus, ou que contrarie o padrão jurídico das condutas. Assim, a ocorrência do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito em si, de sorte que nem todo ato desconforme com o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de forma relativamente significativa, sendo certo que determinadas ofensas geram dano moral in re ipsa. Na hipótese em foco, de acordo com prova delineada pelas instâncias ordinárias, constatou-se a existência de uma relação de causa e efeito, verdadeira ligação entre o rompimento da barragem com o vazamento de 2 bilhões de litros de dejetos de bauxita e o resultado danoso, caracterizando, assim, dano material e moral. REsp 1.374.284-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/8/2014."

"RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE AMÔNIA NO RIO SERGIPE. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM OUTUBRO DE 2008.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) para demonstração da legitimidade para vindicar indenização por dano ambiental que resultou na redução da pesca na área atingida, o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro-desemprego, durante o período de defeso, somados a outros elementos de prova que permitam o convencimento do magistrado acerca do exercício dessa atividade, são idôneos à sua comprovação; b) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar; c) é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo;

d) em vista das circunstâncias específicas e homogeneidade dos efeitos do dano ambiental verificado no ecossistema do rio Sergipe - afetando significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região afetada -, sem que tenha sido dado amparo pela poluidora para mitigação dos danos morais experimentados e demonstrados por aqueles que extraem o sustento da pesca profissional, não se justifica, em sede de recurso especial, a revisão do quantum arbitrado, a título de compensação por danos morais, em R\$ 3.000,00 (três mil reais); e) o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes

dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos; assim, se durante o interregno em que foram experimentados os efeitos do dano ambiental houve o período de "defeso" - incidindo a proibição sobre toda atividade de pesca do lesado -, não há cogitar em indenização por lucros cessantes durante essa vedação; f) no caso concreto, os honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação arbitrada para o acidente - em atenção às características específicas da demanda e à ampla dilação probatória -, mostram-se adequados, não se justificando a revisão, em sede de recurso especial.

2. Recursos especiais não providos."

(REsp 1354536/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014)

Trecho do comentário a essa decisão no informativo jurisprudencial nº 0538 (Período: 30 de abril de 2014):

"Relativamente ao acidente ocorrido no dia 5 de outubro de 2008, quando a indústria Fertilizantes Nitrogenados de Sergipe (Fafen), subsidiária da Petrobras, deixou vaziar para as águas do rio Sergipe cerca de 43 mil litros de amônia, que resultou em dano ambiental provocando a morte de peixes, camarões, mariscos, crustáceos e moluscos e consequente quebra da cadeia alimentar do ecossistema fluvial local: é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo. O art. 225, § 3º, da CF estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e que "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". Nesse passo, no REsp 1.114.398/PR, (julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, DJe 16/2/2012) foi consignado ser patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, sendo devida compensação por dano moral, fixada, por equidade. A doutrina realça que, no caso da compensação de danos morais decorrentes de dano ambiental, a função preventiva essencial da responsabilidade civil é a eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis, visto que a função punitiva cabe ao direito penal e administrativo, propugnando que os principais critérios para arbitramento da compensação devem ser a intensidade do risco criado e a gravidade do dano, devendo o juiz considerar o tempo durante o qual a degradação persistirá, avaliando se o dano é ou não reversível, sendo relevante analisar o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado. Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro - que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (punitive damages) -, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o bis in idem (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal). Dessa forma, conforme consignado no REsp 214.053-SP, para "se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado" (Quarta Turma, DJ 19/3/2001). Com efeito, na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com

razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Assim, é preciso ponderar diversos fatores para se alcançar um valor adequado ao caso concreto, para que, de um lado, não haja nem enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro lado, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado. REsp 1.354.536-SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 26/3/2014.”