

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

Caroline Vaz Salim

PUNITIVE DAMAGES: UMA REFLEXÃO SOBRE A SUA COMPATIBILIDADE COM
O SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Porto Alegre
2006

CAROLINE VAZ SALIM

***PUNITIVE DAMAGES: UMA REFLEXÃO SOBRE A SUA COMPATIBILIDADE
COM O SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO***

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto

Porto Alegre
2006

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S165p Salim, Caroline Vaz

Punitive Damages: uma reflexão sobre a sua compatibilidade com o sistema jurídico-constitucional brasileiro / Caroline Vaz Salim. Porto Alegre, 2006.
188 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2006.

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto.

1. *Punitive Damages*. 2. Responsabilidade Civil; novas funções. 3. Direitos Fundamentais Coletivos. 4. Efetividade. 5. Poder Judiciário Brasileiro: interesses individuais I. Facchini Neto, Eugênio. II. Título.

CDD 342.151

Bibliotecária Responsável

Isabel Merlo Crespo
CRB 10/1201

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	
1 RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS GERAIS DA EVOLUÇÃO PARA A PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
1.1 Apontamentos sobre a evolução histórica	Erro! Indicador não definido.
1.2 Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo	
1.3 Diferenciação entre Responsabilidade civil e penal	Erro! Indicador não definido.
<i>1.3.1 Responsabilidade civil e penal e suas finalidades</i>	Erro! Indicador não definido.
<i>1.4 Outras funções da Responsabilidade Civil</i>	Erro! Indicador não definido.
2 FUNÇÕES DISSUASÓRIA E PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL (EXEMPLARY DAMAGES E PUNITIVE DAMAGES)	
2.1 As funções punitiva e dissuasória da Responsabilidade Civil no Direito Comparado	
2.2 Os <i>punitive damages</i> no Direito Inglês	
2.3 Os <i>punitive damages</i> nos Estados Unidos da América	
<i>2.3.1 A tort Law nos Estados Unidos</i>	
2.3.2 Definição de <i>punitive</i> e <i>exemplary damages</i>. Principais casos de admissibilidade	
2.3.2.1 Negligência grosseira	
2.3.2.2 Responsabilidade civil objetiva.....	
2.3.2.3 Em quebra de contratos	
2.3.3 <i>Procedimento da tort law e a aplicação dos <i>punitive damages</i> no Sistema Judiciário Norte-Americano</i>	
2.3.4 <i>As disfunções dos <i>punitive damages</i> nos países da common law</i>	
2.4 O sistema romano-germânico	
2.4.1 <i>Os <i>punitive damages</i> - Le Pene Private – e a Responsabilidade Civil na Itália</i>	
2.4.1.1 Definição e Funções da Pena Privada no sistema italiano. Breve comparativo com os <i>punitive damages</i> da common law.....	
2.4.2 <i>As prestações punitivas/dissuasórias na França</i>	
2.4.3 <i>As prestações punitivas/dissuasórias na Alemanha</i>	
2.4.4 <i>Os “danos punitivos” em Portugal</i>	
3 O TRATAMENTO ÀS PRESTAÇÕES PUNITIVAS/DISSUASÓRIAS NO BRASIL	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

- 3.1 Análise do tratamento das funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil na doutrina brasileira.....Erro! Indicador não definido.
- 3.2 Precedentes jurisprudenciais no Brasil reconhecendo outras funções da Responsabilidade CivilErro! Indicador não definido.
- 3.3 Previsão legislativa da função dissuasória da responsabilidade civil.....
- 3.4 Críticas quanto à aplicação das prestações punitivas/dissuasórias no BrasilErro! Indicador não definido.
- 3.4.1 Da (in)constitucionalidade das funções punitiva e dissuasória à responsabilidade civil **Erro! Indicador não definido.**
- 3.5 As lacunas do Direito.....Erro! Indicador não definido.
- 3.6 Breves considerações acerca da Teoria dos Poderes Implícitos

4 REFLEXÕES ACERCA DE UMA EFETIVA PROPOSTA DE INSERÇÃO DAS NOVAS FUNÇÕES PUNITIVA/DISSUASÓRIA À RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL.....ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

- 4.1 As funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil para a concretização dos direitos fundamentaisErro! Indicador não definido.
- 4.1.1 O Conceito materialmente aberto e a interpretação dos direitos fundamentais **Erro! Indicador não definido.**
- 4.2 O papel do Poder Judiciário para a aplicação das funções punitivas/dissuasórias da responsabilidade civil e a concretização dos direitos fundamentais.....Erro! Indicador não definido.
- 4.2.1 Os princípios jurídicos como instrumentos hermenêuticos para aplicação dos punitive damages pelo Poder Judiciário..... **Erro! Indicador não definido.**
- 4.2.2 A inserção das funções punitiva/dissuasória da responsabilidade civil na decisão judicial **Erro! Indicador não definido.**
- 4.3 Da fixação do *quantum* referente às prestações punitivas/dissuasórias Erro! Indicador não definido.
- 4.4 A razoabilidade e a proporcionalidade como critérios hermenêuticos para aplicação das prestações punitivas/dissuasórias à concretização dos direitos fundamentais.....Erro! Indicador não definido.
- 4.5 A legitimidade do Ministério Público para aplicação das prestações punitivas e dissuasórias nos Inquéritos Cíveis.....Erro! Indicador não definido.
- 4.5.1 As prestações dissuasórias/punitivas como cominações passíveis de inserção nos Termos de Ajustamento de Conduta **Erro! Indicador não definido.**
- 4.5.1.1 O exemplo do dano ambiental para aplicação das prestações dissuasórias/punitivas nos Termos de Ajustamento de Conduta.**Erro! Indicador não definido.**
- 4.5.1.1.1 Responsabilização Civil pelos Danos Ambientais.**Erro! Indicador não definido.**
- 4.5.1.1.2 Responsabilização Administrativa por Danos Ambientais.**Erro! Indicador não definido.**
- 4.5.1.1.3 Responsabilização Penal por Danos Ambientais**Erro! Indicador não definido.**
- 4.5.1.1.4 Da Possibilidade de Responsabilização simultânea nas esferas cível, penal e administrativa, com a inserção da prestação pecuniária punitiva e/ou dissuasória **Erro! Indicador não definido.**

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS.....

RESUMO

O objetivo deste trabalho é propor uma reflexão a respeito da questão dos *punitive damages* e a sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro. É fato que a responsabilidade civil sozinha, como parte integrante do direito civil, não tem sido tão eficiente quanto deveria para evitar os danos sociais causados pelo desenvolvimento industrial e comercial. Assim, é obrigatório inovar para se ter um melhor controle. O início do trabalho apresenta a evolução histórica da responsabilidade civil até os dias de hoje. Logo após, há uma parte conceitual que explica a definição dos *punitive damages* e como a matéria é abordada especialmente nos Estados Unidos, onde o instituto foi mais difundido, se comparado a outros países, dentre eles o Brasil. Fazendo uso de estudos comparativos, a parte seguinte apresenta o tratamento dado ao tema no direito brasileiro e propõe algumas idéias de como os *punitive damages* poderiam ser incluídos na ordem constitucional e jurídica pátria. Tendo por base a atividade hermenêutica pelo Poder Judiciário para concretizar direitos fundamentais especialmente os coletivos, é inquestionável a necessidade de avaliar novas funções para a responsabilidade civil. Daí decorre a adequação do presente trabalho com o Curso de Mestrado em Instituições de Direito do Estado, notadamente quanto à eficácia e efetividade da constituição e dos direitos fundamentais no direito público e no direito privado, linha de pesquisa seguida pela autora. Para o sucesso da proposta de mudança e para não ocorrerem indesejadas “loterias” da responsabilidade civil ou na falência de empresa, curial seria analisar as situações reais, uma vez que só poderá ser aplicada a punição e a prevenção a determinados ilícitos, em casos especiais. O direito deve servir à vida em seu amplo e genérico sentido e é por isso que os juristas devem prestar atenção aos interesses sociais do mundo globalizado e não ficarem limitados àqueles individuais.

Palavras-chave: “punitive damages”; responsabilidade civil; novas funções; direitos fundamentais coletivos; efetividade; Poder Judiciário brasileiro; interesses individuais.

ABSTRACT

This work aims to propose a reflection about the *punitive damages* issue and its applicability in the Brazilian legal system. It is a fact that the tort law itself, as a branch of the civil law, is not as efficient as it should be in avoiding social damages caused by industrial and commercial development. It is mandatory then to innovate to have a better control. The work starts presenting the tort law history and its evolution up to present time. After that, there is a conceptual part which explains its definition and a practical example part, which presents how this subject is conducted specially in USA where it was widely known, if compared to other countries including Brazil. By using a comparative study, the following part presents how punitive damages is also being conducted in Brazilian's law and proposes some ideas of how these can be adopted in our legal system. Based on Judicial Power and its hermeneutical activities that materializes human rights, specially the collective ones, it is unquestionable the need of analyse new tort law functions. That is why it urges it urges the adequacy of this present work with the Master's Course in State Law Institutions, notoriously known by the Constitution efficiency and effectiveness and the Fundamentals of Public and Private law, line of research followed by the author. In order to be successful in the proposed change and not to make undesired tort lottery or overdeterrence, it will be also important to work on real situations since it can only be applied with punishment and deterring misconducts in some special cases according to brazilian reality. The law must serve life in its general and wide meaning and that is why jurists have to pay attention in our globalized world for social claims and not be limited to individual's interests.

Keywords: punitive damages; tort law; new functions; collective human rights; effectiveness; Brazilian Courts; individual's interests.

INTRODUÇÃO

Dentro de um contexto de inovação da ordem jurídica, especialmente no que concerne à responsabilidade civil extracontratual e suas funções, o presente trabalho visa a analisar a possibilidade de inserção das chamadas funções dissuasória e punitiva a esse ramo do direito das obrigações, as quais se encontram amplamente utilizadas na família da *common law* através dos *punitive damages*.

Justifica-se a relevância do feito, outrossim, pela constatação de que a indenização viabilizada na seara da responsabilidade civil, hodiernamente, não vem se constituindo como modo eficaz para evitar o alargamento das condutas ilícitas no país e os prejuízos advindos dessas, os quais atingem não só ao indivíduo, mas a toda sociedade, numa degradação de valores e depreciação do ser humano paradoxais a sua evolução. Dessa forma, urge a busca de novas soluções para o enfretamento do problema, mostrando-se, inclusive, como uma alternativa à tutela penal, a qual deve permanecer como *ultima ratio*¹.

Isso porque, como bem alerta Norbert Elias, “só pode haver uma vida comunitária mais livre de perturbações e tensões se todos os indivíduos dentro dela gozarem de satisfação suficiente; só pode haver uma existência individual mais satisfatória se a estrutura social pertinente for mais livre de tensão, perturbação e conflito²”.

¹ Segundo o Jurista Miguel Reale Júnior, a exemplo de diversos autores, especialmente da seara penal, esta deve restar limitada aos crimes mais graves à ordem social, quando haveria espaço para a inserção do caráter sancionador da responsabilidade civil. (REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro, Forense, 2002. v. 1. p. 25 et seq.)

² ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p.17.

A responsabilidade civil possui um papel determinante nesse contexto, pois é através dela que os atores do cotidiano moderno buscam a proteção de seus direitos lesados injustamente por terceiros. E se com ela se busca a reparação de um mal, por que não nela se buscar a mitigação de novos males? Portanto, por meio desse instrumento jurídico, baseando-se no paradigma de um Direito Civil-Constitucional, diante de um ordenamento permeado de normas de cunho promocional, torna-se possível refletir acerca da admissibilidade das funções punitiva e dissuasória, como forma de efetiva adequação social do Direito.

Objetivamente, a função punitiva diz com a intenção de punir alguém por uma conduta praticada, que ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalecente em determinada comunidade. Já a função dissuasória (preventiva, exemplar) refere-se não a determinada ação pretérita, mas, pelo contrário, busca evitar, dissuadir semelhantes condutas futuras³. Os *punitive (ou exemplary) damages* possuem, portanto, essa dupla vertente, sendo o instituto chamado por vezes por um ou outro nome que abrangem ambas finalidades. Todavia, não se empregam as diferentes designações ao acaso, pois *exemplary damages* normalmente é utilizada quando se quer evidenciar a função social e preventiva do instituto, para dar o exemplo, dissuadindo o indivíduo infrator e a toda sociedade de adotarem condutas semelhantes.

Por outro lado, em que pesem diversas menções a esses fins da responsabilidade civil por juristas respeitáveis, inclusive em decisões jurisprudenciais dos tribunais superiores do país, carece o tema de um estudo mais aprofundado, principalmente sobre sua origem e caracterização, sob pena de, em uma apressada análise, restar este fadado a críticas que não condizem com o efetivo desiderato do instituto, dada a sua imperfeita compreensão. Até porque, não se trata de assunto recente na doutrina estrangeira, possuindo critérios e definições bem sedimentados nos sistemas onde são aplicadas, contornos estes que devem ser obrigatoriamente observados quando importados para um ordenamento jurídico alienígena, seja via legislativa, seja via jurisprudencial.

³ FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 163-164.

E para tanto, no decorrer deste trabalho, tem-se sempre em consideração as diferentes estruturas das famílias jurídicas, *Common Law* e Romano-Germânica, bem como a realidade social, a formação histórica, cultural, econômica, enfim, parâmetros que serão decisivos para a investigação do tema e para a conclusão a qual se pretende chegar.

À guisa de intróito, importante mencionar que, ressalvados alguns autores mais atentos na abordagem dos *punitive damages*⁴, muitos interpretam o instituto como mais um parâmetro para fixação de reparação/compensação de danos, principalmente de danos morais ou como uma sub função destes. Todavia, a aplicação de prestações punitivas ou dissuasórias⁵, conforme se considerará, fica ao lado da compensação dos prejuízos materiais e/ou morais sofridos pela vítima,

⁴ Ressalta-se a abordagem do tema no Brasil por Maria Celina Bodin de Moraes, a qual, apesar do posicionamento diverso ao que ora se defende quanto à possibilidade de adoção do instituto no sistema brasileiro, externa a impossibilidade de conferir ao dano moral um caráter punitivo como forma de ampliar a concessão e o *quantum* a ser destinado para vítimas de atos ilícitos, a título de *compensação* pelo dano sofrido pela diferente natureza do instituto. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 217-264).

⁵ Necessário realizar um acordo semântico para esclarecer que se utiliza neste feito a expressão “prestações punitivas ou dissuasórias” por ser uma tradução auto-explicativa na língua portuguesa do instituto que é conhecido por *punitive damages*, *exemplary damages*, *vindictive damages*, *deterrent damages*, *smart money*, entre outros, a fim de se evitar o que ocorre por vezes na pesquisa de direito estrangeiro, ou seja, que a nomenclatura se sobreponha ao significado. Isso porque ao pé da letra “punitive damages” quer significar *punição por decorrência dos danos, por causa dos danos* e, assim sendo, entende-se inapropriada a locução “indenização punitiva” utilizada por parte da doutrina brasileira, pois reporta à finalidade reparatória da responsabilidade civil, que não é o objeto da figura anglo-saxônica em comento, a qual corresponde ao pagamento de uma quantia além do ressarcimento pelos prejuízos sofridos pela vítima. Da mesma forma, não se pode concordar com “danos punitivos”, tradução corriqueiramente utilizada para o Português, já que a categoria jurídica em análise não trata de dano, pelo contrário, refere-se a um valor a ser pago pelo agente que causou o dano, com a finalidade não de ressarcir a vítima, mas de punir seu causador pela conduta ilícita, bem como para desencorajar a este e as demais pessoas da sociedade de praticarem ato semelhante. Portanto, não são os danos que punem ou desencorajam, mas a prestação pecuniária a ser entregue pelo agente causador destes. Tratando-se de um trabalho que se utiliza de um estudo comparatista, impende, ainda, transcrever a lição de Ugo Mattei sobre o problema da linguagem e tradução nessa seara, que permite se faça a opção pelo tradução acima mencionada: “mesmo que o direito preceda a língua, o direito é aparentemente veiculado pela linguagem. Os termos jurídicos veiculam idéias e regras, que não podem ser expressas completamente se não utilizando aqueles mesmos termos técnicos. Às vezes a própria lei define os termos jurídicos. Quando isso não acontece, todavia, a comunidade dos juristas atribui um valor essencial ao uso de certos termos, que parecem assim intimamente ligados com os conteúdos jurídicos que desejam exprimir. O comparatista deve enfrentar os problemas legais das traduções jurídicas. (tradução livre da autora)”. “Anche se il diritto precede la lingua, il diritto è apparentemente veicolato dal linguaggio. I termini giuridici. Anche quando cio non accade, tuttavia, la comunità dei giuristi attribuisce un valore essenziale all’uso di certi termini, Che sembrano così intimamente connessi con i contenuti giuridici che vogliono esprimere. Il comparatista deve quindi affrontare i problemi legati alle traduzioni giuridiche.” (MATTEI, Ugo; MONATERI, Píer Giuseppe. *Introduzione breve al diritto comparato*. Padova: CEDAM, 2002. p. 31).

constituindo-se num valor excedente a esse, com o fim último de punir o agente e desencorajá-lo de praticar semelhante conduta, bem como a todos da sociedade em que vive. Não se está a referir, pois, mais uma forma de tornar “indene” (sem dano) a vítima, mas de estimular uma mudança de postura da coletividade.

Longe de se ter a pretensão de esgotar o tema, o que talvez seja uma missão inatingível face à enorme e esparsa produção jurídica existente no mundo acerca deste, propõe-se uma reflexão sobre os pontos fundantes do instituto, em cotejo com os sistemas dos países em que ele é aplicado, especialmente num paralelo entre o romano-germânico e o anglo-saxão, de forma a ter-se nos *punitive damages* uma alternativa no âmbito da responsabilidade civil, para mitigar conflitos e contribuir para um desenvolvimento mais harmonioso da sociedade atual, notadamente quanto aos chamados *danos coletivos*.

Assim, realiza-se, primeiramente, uma breve análise dos modelos de responsabilidade civil e da sua evolução histórica, fazendo-se, em seguida, uma abordagem sobre o tratamento dispensado a essas funções punitiva e dissuasória da Responsabilidade Civil no Direito Comparado, dando maior enfoque ao sistema da *Common Law*, haja vista ter sido o precursor no uso do instituto (responsabilidade civil com funções punitiva e dissuasória), especialmente ao norte-americano, no qual o tema teve maior avanço nos últimos anos.

Numa terceira etapa, aborda-se o assunto como é enfrentado no Brasil, bem como os debates doutrinários realizados acerca de tais funções, tornando visível a atualidade do tema, o qual, por mais paradoxal que muitos possam entender, não se configura num retrocesso pelo fato de se aproximar a uma das vertentes da “pena privada” de outrora. É a utilização do Direito Civil, isto sim, para reorientar condutas sociais, desestimulando, com mais eficácia, comportamentos socialmente deletérios.

Para em um quarto e último passo, então, referindo aspectos gerais da responsabilidade civil, enfrentar a questão da possibilidade de, com base numa metodologia de direito civil-constitucional, visando a proteger e concretizar principalmente direitos fundamentais de âmbito coletivo, inserir as referidas funções da responsabilidade civil, ao ordenamento jurídico pátrio, ao lado da reparatória e

compensatória, fazendo-se uso da hermenêutica no caso em concreto, através da atuação do Poder Judiciário e Ministério Público. O conteúdo desta parte do trabalho justifica a sua adequação à linha de pesquisa “eficácia e efetividade da constituição e dos direitos fundamentais no direito público e no direito privado”, da área de concentração de Instituições em Direito do Estado, do Mestrado de Direito da PUC.

Questionar novos rumos para a responsabilidade civil, eis um compromisso imperioso à doutrina brasileira, visando a promover a necessária observância da adequação social do direito à realidade do momento histórico que se vive e, acima de tudo, salvaguardar os valores e direitos fundamentais tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil.

CONCLUSÃO

Pelo estudo realizado e ora apresentado é possível chegar-se a algumas conclusões, às quais se espera ter levado igualmente o leitor.

Com o rápido desenvolvimento da sociedade contemporânea, a ampliação dos direitos e o mais fácil acesso a estes, no Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, percebe-se um aumento expressivo de demandas judiciais e de interesse no estudo da responsabilidade civil de forma geral.

Devido à especialização que vem sofrendo continuamente a matéria, é possível visualizar institutos até pouco tempo praticamente não mencionados no país, sendo utilizados para fundamentar a produção jurídica. Nesse contexto, chegou-se às novas funções da responsabilidade civil, principalmente como referido, em virtude do alargamento da matéria e da maior procura pela tutela dos direitos fundamentais.

Constata-se que, paralelamente ao ressarcimento dos danos patrimoniais, vem-se buscando há algum tempo igualmente a compensação dos danos extrapatrimoniais decorrentes de atos ilícitos, sendo o dano moral já previsto na Constituição Federal de 1988 e, agora, expressamente, no Código Civil em vigor.

O que se propôs neste trabalho é exatamente a possibilidade de se agregar outras funções que possam ser alcançadas, além das já reconhecidas e aceitas pelo ordenamento jurídico pátrio (ressarcitória/compensatória), por meio da responsabilização na esfera civil, quais sejam, a punitiva e a dissuasória, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais da coletividade.

Após a análise do tema no direito comparado e brasileiro, percebe-se que nos Estados Unidos da América, país pertencente à família da *common law*, as prestações punitivas e dissuasórias possuem uma aplicação mais vasta e aceita tanto pela doutrina como pelas Cortes.

Situação diversa é a da Itália, Alemanha, França, Portugal e do Brasil, países pertencentes à família *romano-germânica*.

Na Itália, a doutrina e a jurisprudência ainda apresentam uma certa resistência quanto às novas funções para a responsabilidade civil, bem definindo os casos em que estas são aplicadas, assumindo Paolo Gallo que “a doutrina dos *punitive damages* possui uma perspectiva moralizadora do mercado”⁶. Entretanto, é percebido um esforço da doutrina moderna nesse sentido, principalmente resgatando conceitos de outros países especialmente dos Estados Unidos, onde a matéria é mais difundida.

No Brasil, chega-se à mesma conclusão. Apesar do vanguardismo especialmente do Superior Tribunal de Justiça, ainda há pouca menção nas decisões pretorianas às novas funções da responsabilidade civil. Ademais, quando isso acontece, ressalta-se, não se dá de maneira idêntica como ocorre no direito norte-americano e que ora se defende, já que no Brasil as prestações punitivas costumam ser vinculadas ao dano moral, enquanto nos Estados Unidos e na Itália, ainda que seja extrapatrimonial, o instituto não se confunde com este, tendo a autonomia que ora se propõe.

Curial ressaltar, contudo, a visível mudança de postura no que tange ao reconhecimento de novos paradigmas, como a existência de danos coletivos e a conseqüente necessidade de pensar em instrumentos que atendam a essa nova perspectiva do Direito Civil-Constitucional, onde a responsabilidade civil assume especial relevância.

⁶ GALLO, 1996, p.168.

No tocante à doutrina, da mesma forma, não é pródiga no assunto. É possível encontrar menção ao tema em artigos de revistas especializadas em matéria cível, sendo destacados, no presente trabalho, os principais autores.

No entanto, apesar de incipiente, a questão é deveras interessante e merecedora de atenção pelos operadores do direito. Isso porque versa sobre formas, em última análise, de proteção efetiva a valores elevados a direitos fundamentais, especialmente visando a atingir uma efetiva democracia, além da perfeita convergência com os objetivos e princípios fundamentais insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Não seria demasiado utilizar-se o próprio dano moral como paradigma a esta lógica evolução no reconhecimento do necessário alargamento das funções dadas à responsabilidade civil. Basta lembrar que os danos morais puros, os quais há pouco tempo eram objeto de rejeição por grande parte dos operadores do direito, hoje é matéria consolidada, servindo, dessarte, como porta de entrada para a reflexão acerca da expansão da responsabilidade civil⁷.

Pode-se constatar, em estudo comparativo com o momento histórico por que passa o Direito Penal, apesar das finalidades ontologicamente diversas desses ramos jurídicos, que nem esse, nem o Direito Civil até o momento lograram conter, ou reduzir, a prática de atos ilícitos em nosso país. Imperiosa, pois, a concordância, ao menos pelo estudo realizado até o momento, com a aceitação de tais funções, mormente em se admitindo que a rápida evolução social deve prever outros meios para coibir a expansão dos atos contrários ao direito, no mesmo ritmo em que avança o mundo moderno, a fim de que não reste desprestigiada a Justiça e, em

⁷ A jurisprudência brasileira anterior à Constituição de 1988 restringia a possibilidade de indenização por dano moral, entendendo, em grande parte, pela sua irreparabilidade, já que não haveria formas de avaliar economicamente os prejuízos causados. Apenas em alguns acórdãos isolados e dissonantes foram arbitradas indenizações reconhecendo tal possibilidade (sendo paradigmático o enunciado da súmula 491 do Supremo Tribunal Federal). Na década de 80 esta postura, outrora minoritária, foi ganhando relevo, e o arbitramento do dano moral passou a ser objeto de diversos julgados. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a proteção foi definitivamente assegurada (art. 5º, X). Hoje o dano moral pode e deve ser indenizado, orientado pelo princípio da razoabilidade e pela prudência judicial, além de estar positivado no texto do Código Civil em vigor.

última análise, inviabilizada a convivência social. Como bem colocado por Luiz Edson Fachin⁸,

Para o direito, impõe-se a consciência da própria história e, sabendo-se do que já se passou, não se acomodar na falsa idéia de que o que existe não pode ser mudado, para ser mais que repetição de ações com um fim em si mesmo. Cabe aos seus operadores, mais sensíveis à realidade, a abertura para a constante reflexão e renovação das categorias jurídicas de acordo com as exigências e necessidades sociais.

Igualmente adequado, o clássico ensinamento de Vittorio SgROI⁹, Procurador-Geral da Corte de Cassação Italiana, ao dizer

Ora, se con queste espressioni si intende significare che l'ordinamento giuridico soggiace continuamente a mutazioni, aggiustamenti e rettifiche, è facile trovarsi d'accordo poiché l'ordinamento è un organismo dinamico (questa è la definizione anche di Giacobbe) che vive nel e del suo incessante divenire.

Resta colocada a reflexão no sentido de que as funções punitiva e dissuasória bem se adequam ao atual momento histórico de cunho mais social do que individual em que se insere o Brasil, incumbindo aos atores do cenário jurídico refletir sobre novas propostas jurídicas em sede de responsabilidade civil, e, considerá-las no desempenho de seus misteres, a fim de impulsionar o andamento do direito, e fazê-lo adequar-se às novas necessidades da sociedade hodierna, respeitando-se efetivamente os direitos fundamentais e, acima de tudo, a distribuição de Justiça.

Medidas de precaução para a defesa de interesses que ultrapassam o indivíduo são a tônica de um mundo globalizado e devem ser fomentadas diuturnamente. Com essa busca é que a proposta de análise da compatibilidade dos *punitive damages* com o sistema jurídico-constitucional brasileiro se torna atual e pertinente, bastando a vontade dos intérpretes do direito para, em compreendendo a dimensão dessas novas funções da responsabilidade civil, mediante um enfoque

⁸ FACCHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287.

⁹ SGROI, Vittorio. *Ralazione di sintesi: la certezza del diritto: un valore sofferto nell'eredità dei nostri tempi*. In: LA CERTEZZA del diritto. Un valore da ritrovare. Milano: Giuffrè, 1993. p. 176.

coletivo, bem como se utilizando da exegese dos direitos fundamentais, aplicarem-nas na solução de especiais conflitos transindividuais. Enfim, propiciar um desenvolvimento efetivamente sustentável, enaltecendo-se primordialmente o respeito aos valores mais importantes da sociedade democrática brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

AMIRANTE, Carlo. *I diritti umani tra dimensione normative e dimensione giurisdizionale?* Napoli: Alfredo Guida Editore, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.p.204-207.

_____. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>> Acesso em: 02 jun. 2005.

BITAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183> >Acesso em: 10 nov. 2006

BLAKEY, Robert. *Of characterization and other matters: thoughts about multiple damages*. Disponible em:

<[http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?60+Law+&+Contemp.+Probs.+97+\(Summer+1997\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?60+Law+&+Contemp.+Probs.+97+(Summer+1997))>. Acesso em: 05 maio 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 9ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. *La Funzione Promozionale del Diritto*. In: Bobbio: *Dalla Struttura alla Funzione*. Milano: Edizione di Comunità, 1977.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido. *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 1985.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983, v. 1.

DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro; 1997.

_____. *Da responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Opinion of justice stevens*. Disponível em: <<http://www.cortland.edu/polsci/bmw.html>> Acesso em: 10 mar. 2005.

ESTRATÉGIAS institucionais para proteção do meio ambiente. In: ENCONTRO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, 2005. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/ambiente/arquivos/enunciados.doc>> Acesso em: 20 out. 2006.

FACCHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Reflexões histórico-evolutiva sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo código*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 309, jul. 2003.

_____. *Premissas para uma análise da contribuição do Juiz para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente*. Apud: Juizado da Infância e Juventude. Publicado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça.n.2 (mar. 2004) Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS 2004.

FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Tradução Antônio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

FREITAS, Juarez Freitas. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FURASTÉ, Pedro. *Normas Técnicas para o trabalho científico: elaboração e Formatação. Explicitação das Normas da ABNT*. 14.ed. Porto Alegre:s.n.,2006.

FURNISS, Jerry. *Punitive damages: courts set limits to restore fair play*. *Montana Business Quarterly*, v. 42, n. 2, 2004.

GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios para a fixação da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pirez. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*. New York: Aspen Publishers. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

HOULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

KOENIG, Thomas H.; RUSTAD, Michael L. *Defense of tort law*. New York: New York University, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

LEME, Lino de Moraes. *Direito civil comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Da culpa ao risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 1999.

LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra 2002.

MACIOCE, Francesco. *L'evoluzione della responsabilità civile nei paesi di common law*. In: *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law*. Padova:Giuffrè, 1989. v.1: Profili generali.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANENTE, Luís Virgílio Penteado; BARBUTO NETO, Antônio Marzagão. *Os danos punitivos do direito norte americano e sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.lvba.com.br>>

MARTINS-COSTA, Judith. *Culturalismo e experiência no novo Código Civil*. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, p. 1-25, 2002.

_____. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 789, jul. 2001.

_____. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, número 139, jul/set 1998. Disponível em <http://www.senado.gov.br>, Acesso em 06 de mar. 2006.

_____. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do Novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61-85.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*. Porto Alegre: Revista da AJURIS v. 32, n. 100, 2005.

MATTEI, Ugo; MONATERI, Píer Giuseppe. *Introduzione breve al diritto comparato*. Padova: CEDAM, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Celso Bastos Editor – São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 5: Direito das obrigações.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____. *A caminho de um direito civil constitucional*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 65, 1993.

MOREIRA, Fernando Mil Homens; CORREIA, Atalá. *A fixação do dano moral e a pena*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi>> Acesso em: 03 nov. 2004.

NORONHA, Fernando. *Desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999.

OLSON, Theodore B. et al. *Constitutional challenges to punitive damages after BMW v. Gore*. Washington DC: George C. Landrith III Editor (*National Legal Center for the Public Interest*), 1998.

PEIRONE, Mario. *I danni punitivi*. Disponível em: <http://www.studiocelentano.it/publications_and_thesis/Peirone/011.htm> Acesso em: 15 dez. 2005.

PELIKAN, Christa. *Sobre a justiça restaurativa*. *Newsletter DGAE*, Lisboa, n. 2, p. 9-11, dez. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. _____. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional: Profili del Diritto Civile*, trad. De Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.3.

PONZANELLI, Giulio. *La responsabilità civile: profili di diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 1992.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. v.1. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Revista Trimestral de Direito Público, vol. 16, 1996, p. 39 -58.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *A participação da sociedade civil no termo de ajustamento de conduta*. Disponível em: [http://www.esmpu.gov.br/publicacoes/meioambiente/pdf/Geisa de A.pdf](http://www.esmpu.gov.br/publicacoes/meioambiente/pdf/Geisa_de_A.pdf) Acesso em: 02 nov. 2006.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva; 1999. v. 4: *Responsabilidade civil*.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. (Org.) Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.107-163.

_____. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Interesse Público, São Paulo, n. 12, São Paulo, 2001. p. 91-107.

SELEME, Sérgio. *Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

SGROI, Vitorio. *Ralazione di sintesi: la certezza del diritto: un valore sofferto nell'eredità dei nostri tempi*. In: LA CERTEZZA del diritto. Un valore da ritrovare. Milano: Giuffrè, 1993.

SHAPO, Marshall S. *Principles of tort law*. 2. ed. Minessota, USA: Thompson West, 1999.

SILVEIRA, Alípio. *Introdução ao direito e à justiça norte-americanos*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1962.

SOARES, Orlando. *Responsabilidade civil no direito brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SUNSTEIN, Cass R *et al*. *Punitive Damages. How Juries Decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ULPIANUS, I. Regularum in Digesto, lib. I, 10, I. Disponível em: <http://www.dji.com.br/romano/conceito_de_direito_classificacoes_direito_objetivo.htm> Acesso em: 10 maio 2006.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. *La responsabilità civile*. In: ALPA, Guido et al. *Diritto privato comparato: istituti e problemi*. [s.l.]: Laterza, 1999.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 1998. v. 1: Principi fondamentali.