

**DA DESTINAÇÃO DA PARCELA PEDAGÓGICA DA REPARAÇÃO POR DANOS
MORAIS
OF THE CORRECT DESTINATION TO THE PUNITIVE DAMAGES**

Fabrício Simão da Cunha Araújo
Mestrando em Direito Processual pela PUC/MG
Professor da Faculdade de Direito da PUC/MG
Juiz de Direito em MG

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 1.1 – *Restitutio in integrum* e *punitive damages*. 1.2 – Doutrina e jurisprudência majoritárias. 2 – Fundamentos para se fixar o destinatário da parcela pedagógica. 2.1 - Da preferência por interpretação que exclua benefício incompatível com o princípio da igualdade. 2.2 - O dano moral interrompe o equilíbrio existente no sistema objetivo de valores cunhado pela Constituição da República. 2.3 – Da função social da responsabilidade civil. 3 - Destinação para instituição beneficente ou fundo de proteção a direitos difusos? Interpretação por filtragem constitucional. 4 – Questões processuais. 4.1 – Violação dos limites subjetivos da lide. 4.2 – Violação do princípio da adstrição ao pedido. 5 – Conclusão. 6 – Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo pretende verificar qual a correta destinação da parcela pedagógica da compensação por danos morais. A aplicação de caráter propedêutico à parte da indenização tem sido aceita de forma majoritária em doutrina e jurisprudência. Contudo, a destinação à vítima da parcela arbitrada a título de desestímulo do ofensor causa indevido enriquecimento da mesma, que deve receber exclusivamente a parcela compensatória do valor arbitrado. Assim, havendo ofensa à isonomia, a destinação do montante deveria ser outra. Considerando que ao dissuadir o ofensor o Estado cumpre seu dever de zelar pela ordem objetiva de valores instituída pelos direitos fundamentais consagrados na Constituição e considerando também o caráter social que o princípio constitucional da solidariedade confere a todos os institutos do direito pátrio, seria viável aplicação analógica do parágrafo único do artigo 883 do Código Civil de 2002. Do ponto de vista processual, mesmo que inexistisse pedido específico para tal destinação e que a entidade beneficente não participe do processo como parte, o juiz poderia decidir neste sentido sem macular a sentença de invalidade, seja por ultrapassar os limites subjetivos da lide, seja por violar o princípio da adstrição.

PALAVRAS-CHAVE: dano moral; teoria do desistímulo; *theory of deterrence*; *punitive damages*; *split recovery*; função social da responsabilidade civil; artigo 883, parágrafo único do Código Civil de 2002.

ABSTRACT: In this article we intend to verify which is the best destination for the punitive damages amount. Both courts and authors have been accepting the use of the theory of deterrence. Nonetheless, we understand that only the compensatory damages should be given to the victim, otherwise there will be an illegitimate enrichment, concept that goes against the principle of equality. The fact that by deterring the offender, the State fulfills its duty to reaffirm and ensure the objective order of values established by the fundamental rights in the Constitution and that the constitutional principle of solidarity expands its effectiveness to all law institutes must be taken into consideration. For these reasons we understand that it's possible that the exemplary damages should go to a charity institute, by analogy with the sole paragraph of article 883 of the Civil Code of 2002. Even in the cases in which there was no specific request for that destination and that the charity does not participate as part of the process, the judge may decide that effect without tarnishing the judgment of invalidity, either by subjective exceed the limits of the dispute, either by violating the principle of limiting the length of the sentence by the plaintiff.

KEY WORDS: immaterial damages; theory of deterrence; exemplary or punitive damages; split recovery; analogy with the sole paragraph of article 883 of the Civil Code of 2002; social function of civil liability.

1. Introdução.

1.1 - *Restitutio in integrum e punitive damages.*

A quantificação do valor a ser pago a título de indenização por dano causado a outrem segue, tradicionalmente, nas famílias de Direito da *civil law*, o princípio da *restitutio in integrum* pelo qual, deverá a responsabilidade civil repor a vítima ao estado anterior, tornando-a indene, “sem dano”, não concedendo nem mais nem menos do que o valor do prejuízo sofrido.

Trata-se de corolário do vetusto princípio da vedação do enriquecimento sem causa, que encontra nos ideais de justiça comutativa e de igualdade seus fundamentos. Segundo São

Tomás de Aquino, devia ser banida qualquer transferência injustificada de riqueza de um sujeito ao outro. Por isso é que se consolidou a ideia de limitar a obrigação de indenizar ao mero ressarcimento do dano efetivamente inflingido (GALLO, Paolo. 1996, p. 414).

Exatamente por este fundamento é que inicialmente no Brasil entendia-se impossível, além de imoral, conceder uma soma em dinheiro à pessoa que teve sua esfera extrapatrimonial atingida, visto que inexistiria prejuízo (no sentido material da palavra) a ser recomposto.

Posteriormente, se superou esta concepção, especialmente pelo reconhecimento e posterior consagração constitucional e infraconstitucional do caráter fundamental e indisponível dos direitos da personalidade, como atributos essenciais do ser humano, cuja ofensa seria passível de reparação.

Contudo, a quantificação do dano seguindo exclusivamente o valor do bem jurídico perdido pela vítima tornou, em muitas situações e relações jurídicas cotidianas, quase que alternativa a opção entre a via consensual e a via delitual para o causador do dano, consistente em expropriação forçada do direito em sentido amplo.

Diante deste paradoxo, o *civil law* foi buscar no *common law* fundamentos jurídicos para, no âmbito da responsabilidade civil, legitimar condenações que além de compensar o lesado, objetivavam punir o ofensor pela conduta ilícita.

1.2 – Doutrina e jurisprudência majoritárias.

Assim é que no Brasil, passou a ser majoritário o entendimento que a verificação do *quantum* a ser pago para aquele que sofreu danos morais passa pela aferição de dois aspectos ou dimensões, denominadas compensatória e pedagógica (ou punitiva).

Na primeira, pondera-se a extensão do dano, de acordo com o valor do bem jurídico lesado na escala axiológica cunhada na Constituição da República e também as condições pessoais da vítima antes e depois da lesão.

É o que no ordenamento norte-americano se chama de *compensatory damages*, que consistem no montante da “reparação” compatível, proporcional ou equivalente ao dano sofrido, arbitrado com a finalidade de neutralizar o prejuízo, restituindo, ao menos de forma aproximada ou idealizada, ao *status quo ante* o lesado.

Na segunda, calcado na teoria do valor do desestímulo, considera-se a necessidade de que o quantum sirva de meio pedagógico ao condenado para não reiterar a conduta ilícita,

ponderando o grau de sua culpa e suas condições econômicas, sem consistir em vantagem desmedida para o ofendido.

A teoria do valor do desestímulo (*theory of deterrence*) advém, segundo Sérgio José Porto, dos direitos da família do *common law*, como fundamento ético-jurídico para a idéia de indenização punitiva, chamada naqueles ordenamentos de *exemplary damages*, *vindictive damages*, *punitive damages* ou *smart money*. Consiste na soma em dinheiro conferida ao autor da ação indenizatória em valor significativamente superior ao necessário à exclusiva compensação do dano, com a finalidade propedêutica e de prevenção (PORTO, Sérgio José, 1994. p. 126).

Nesses ordenamentos jurídicos é, portanto, pacífica a noção de que, havendo reprovabilidade suficiente da conduta do causador do dano, é necessário o arbitramento da indenização em quantia superior ao mero ressarcimento do dano efetivamente infligido, com o intuito de punir e prevenir.

No Brasil, conforme mencionado, também a doutrina e jurisprudências defendem que na quantificação do valor da reparação devam-se levar em consideração ambos os aspectos.

Na doutrina, podemos citar os magistérios de Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 55 e 60), Carlos Alberto Bittar (1994, p. 115 e 239), Pablo Stolze Gagliano/Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 319), Carlos Alberto Menezes Direito/Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 348-351), Yussef Said Cahali (1998, p. 175-179), Sílvio De Salvo Venosa (2002, p. 189-190) e Maria Helena Diniz (2004, p. 105-106).

No âmbito jurisprudencial é difícil encontrar órgão jurisdicional que não perfilhe o entendimento. O egrégio Supremo Tribunal Federal tem precedente que sufraga este posicionamento (AI 455846/RJ). No egrégio Superior Tribunal de Justiça, todas as turmas competentes para análise da matéria também o fazem (1ª Turma - REsp 945369 / RJ; 2ª Turma - AgRg no Ag 1259457 / RJ; 3ª Turma - REsp 1171826 / RS e 4ª Turma no REsp 1133386 / RS).

Nos demais tribunais pátrios a situação se repete. Por todos, citamos o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 596210849; Ap. Cível nº 70003050531). No âmbito do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, verificamos que todos os órgãos competentes para apreciação da matéria, ou seja, todas as câmaras cíveis, assentam interpretação nesse sentido¹.

¹ 1ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 0161692-54.2004.8.13.0026; 2ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 1439180-03.2008.8.13.0525; 3ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 0331921-09.2001.8.13.0105; 4ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 2966059-17.2006.8.13.0145; 5ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 1016318-41.2006.8.13.0245; 6ª Câmara Cível: Ap.

O Conselho de Justiça Federal, no enunciado 379, também já reconheceu ser possível atribuir função pedagógica e social à responsabilidade civil:

379 - Art. 944 - O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

Conforme se verifica, no sistema normativo pátrio não há dúvidas, senão em vozes isoladas, *data venia*, de que a compensação por danos morais envolve necessariamente uma análise de reprovabilidade da conduta do causador do dano para, caso existente, majorar-se o *quantum* a ser pago, a título de *exemplary damages*.

Entretanto, apesar da aceitação praticamente pacífica desta orientação ou (talvez) devido à aceitação pacífica desta orientação, pouco se debate quanto à destinação do valor que tenha sido arbitrado em caráter punitivo.

Isto posto, pedimos licença para ultrapassar as discussões relativas à aplicabilidade ou não da dimensão pedagógica da reparação no direito brasileiro, para nos debruçarmos sobre aquela questão.

2 – Fundamentos para se fixar o destinatário da parcela pedagógica.

Enveredando por esta senda, se analisarmos com rigor técnico-científico a questão, é de se questionar se sequer é possível desestimular o causador do dano majorando o valor que pagará sem que isto implique enriquecimento indevido à vítima.

Com efeito, na primeira dimensão da reparação (compensatória) se busca calibrar o valor do bem jurídico afetado (honra, integridade física, estabilidade psíquica, nome e etc), considerando a importância do mesmo e as consequências do dano na vida pessoal da vítima.

Considerados estes aspectos, chega-se a um valor pecuniário razoável para fazer frente a eles e que, por consequência lógica, deve ser destinado à vítima, minimizando as ofensas sofridas no seu acervo jurídico imaterial.

Cível nº 8649674-71.2005.8.13.0024; 7ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 2872241-15.2006.8.13.0079; 8ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 2023515-73.2005.8.13.0145; 9ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 0013517-60.2010.8.13.0042; 10ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 0482170-84.2009.8.13.0074; 11ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 2881918-83.2009.8.13.0105; 12ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 1934959-70.2006.8.13.0433; 13ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 0812082-13.2008.8.13.0713; 14ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 0009547-25.2010.8.13.0439; 15ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 0309343-08.2009.8.13.0708; 16ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 0135664-89.2006.8.13.0184; 17ª Câmara Cível: Ap. Cível nº 0030858-16.2002.8.13.0710; 18ª Câmara Cível: 5232302-89.2009.8.13.0024.

Por outro lado, na segunda dimensão da reparação, a aferição da culpa e das condições econômicas do causador do dano não tem finalidade outra senão desestimulá-lo, punindo-o e incentivando-o a adotar medidas acautelatórias e coerentes com os deveres objetivos de cuidado aptos a evitar que o dano venha a se repetir.

Se a finalidade nesta segunda etapa não é compensar a vítima, que já deveria ter sido suficientemente compensada pela aferição procedida na primeira etapa (*compensatory damages*), não há como se sustentar que ambas as quantias devem ser destinadas a vítima sem que, *data venia*, se entre em contradição.

Isto afirmamos, basicamente, com três diferentes argumentos.

2.1 - Da preferência por interpretação que exclua benefício incompatível com o princípio da igualdade.

O primeiro é que, ao que nos parece, não há fundamento ético-jurídico que legitime a destinação do valor pecuniário arbitrado a título de função pedagógica exclusivamente ao autor da ação, em detrimento de outros cidadãos. Simplesmente porque é estipulado com a finalidade de estimular que o ofensor cumpra, a partir de então, os deveres que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico-constitucional perante todos os cidadãos e não só perante o autor da ação.

Em outras palavras, em um Estado Democrático de Direito, que se sustenta invariavelmente na pedra angular da isonomia e da repartição isonômica dos encargos e das vantagens sociais, não é jurídica ou eticamente concebível que um cidadão sozinho se beneficie financeiramente da repreensão a outro cidadão. Especialmente considerando que a repreensão é voltada a beneficiar toda a coletividade.

Segundo ensina Gilmar Mendes, “o princípio da isonomia pode ser visto tanto na exigência de tratamento igualitário (*Gleichbehandlungsgebot*), quanto como proibição de tratamento discriminatório (*Unleichbehandlungsverbot*). Continua o eminente Ministro do egrégio Supremo Tribunal Federal explanando que diante de violação à isonomia, mister se optar pela interpretação que promova a “*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*” (1999. p. 48 e 51).

A noção de igualdade pode ser expressa simplificada pela fórmula aristotélica de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Para que o tratamento

diferenciado entre os desiguais seja legítimo é preciso que exista correlação lógica entre o critério diferenciador e o tratamento distinto que se prescreve.

No caso da pessoa ter seu acervo imaterial ofendido, nos parece que este fato, só por si, é insuficiente para determinar o direito subjetivo de receber a quantia arbitrada com finalidade punitiva. É que a finalidade desta quantia é educar o violador e prevenir novos danos, portanto, não tem qualquer relação de coerência-lógica com o dano sofrido, mas sim com eventuais danos a serem evitados.

Daí, se a parcela pedagógica cumprir sua finalidade, a parte autora e os demais cidadãos se beneficiarão de forma substancialmente igual. Caso se destine o montante para a vítima, esta se beneficiará em dois momentos, com a quantia e com a maior segurança social futura. Os demais membros da comunidade, só se beneficiarão no segundo momento.

Não há qualquer relação então entre o valor arbitrado com fins propedêuticos, portanto públicos e coletivos, e a pessoa vitimada. Se o Estado-Juiz entende necessário punir determinado sujeito para que a coletividade em geral se beneficie da futura adequação daquele à lei, presta serviço *latu sensu* à coletividade e os “*benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda a comunidade (...) e benefícios a que todos igualmente fazem jus, uma vez que os Poderes Públicos, no Estado de Direito, são simples órgãos representantes de todos os cidadãos*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2006. p.72 -73).

O princípio da igualdade perante a lei, como direito fundamental, impõe ao agente público criador do direito, seja através de preceitos em série, abstratos e genéricos, seja através de preceitos para o caso concreto, a obrigação de “*reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades.*” (SEABRA FAGUNDES, Miguel. RT 235/3).

Na América do Norte alguns asseveram inexistir ofensa à isonomia visto que o critério diferenciador apto a conferir tratamento desigual entre os membros da sociedade seria uma espécie de recompensa ao autor da ação de indenização pelo serviço público de trazer o causador do dano à justiça (*as a reward for his public service in bringing the wrongdoer to justice*) (Verbetes “Damages”. *Corpus Juris Secundum*, p. 706).

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, p. 27) rechaçam de forma veemente esta ideia, afirmando que: “*No Direito brasileiro, onde a ação é uma garantia fundamental (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXV) seria inconcebível monetarizar tão*

fundamental direito da cidadania “pagando” o seu exercício, como se se tratasse de operação comercial”.

De fato, parece-nos incompatível com o sistema jurídico pátrio a monetarização (re)compensatória pelo exercício de um direito/garantia fundamental. Além disso, aceitar esta concepção significaria estender a todos os casos de procedência do pedido formulado em juízo a necessidade de se compensar a parte autora. Caso contrário, mais uma vez se ofenderia a isonomia.

A regra geral é que, inexistindo critério diferenciador legítimo, o benefício financeiro seja distribuído de forma isonômica para todos os cidadãos. Defender o contrário seria análogo a entender correto destinar à vítima de acidente de trânsito, além da recomposição efetiva do patrimônio perdido, os valores relativos a multas de infrações que o causador do acidente cometeu e levaram ao abalroamento.

O real beneficiado pela sanção pecuniária imposta ao condutor-infrator ou ao causador de danos morais é a sociedade, no seio da qual haverá, provavelmente, menos violações da lei e dos deveres objetivos de conduta.

Nessa vereda, todo e qualquer valor arbitrado a título de parcela punitiva de danos morais deve ser destinado a entidades que exerçam função pública, para que o benefício financeiro possa ser usufruído igualmente por todos os membros da comunidade onde o ofensor está inserido.

Nos Estados Unidos da América existe percepção semelhante, evidenciada pelo instituto do *split recovery*, pelo qual parte do montante indenizatório a título de *punitive damages* reverte em favor do Estado. Nesse país, nove Estados possuem estatutos determinando o *split recovery*, destinando variados percentuais do montante arbitrado ao erário (Alaska, Geórgia, Illinois, Indiana, Iowa, Missúri, Óregon, Ohio, Utah) (RIETEMA, Paul B. 2007, p. 1159).

No Brasil, embora inexista dispositivo legal expresso neste sentido, ao que nos parece, há amparo jurídico-constitucional para adoção de solução análoga, sendo preferível, então, a interpretação que exclua benefício incompatível com o princípio da igualdade.

Assentado esse argumento, passamos ao segundo.

2.2 - O dano moral interrompe o equilíbrio existente no sistema objetivo de valores cunhado pela Constituição da República.

Os direitos fundamentais, além da dimensão subjetiva clássica de proteção de situações individuais, também instituem uma ordem objetiva de valores fundamentais, “*bases fundamentais da ordem jurídica*” (SARMENTO, Daniel, 2003, p. 254) ou *as bases da ordem jurídica da coletividade* (HESSE, Konrad. 1998, p. 239) que torna de interesse geral da sociedade o seu respeito e a sua satisfação.

Nesse sentido, são lapidares os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 34):

(...) ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornece diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura (grifamos).

Outros juristas pátrios sufragam a existência desta dimensão objetiva dos direitos fundamentais (por todos, SARMENTO, Daniel. 2003, p. 254; BARROS, Suzana de Toledo. 1996, p. 128 e BONAVIDES, Paulo. 2006, p. 481).

Vale a pena transcrever a lição de Jorge Reis Novais (2003, p. 66):

Mantendo ou reatando uma ligação à teoria dos valores de Weimar, desenvolve-se nos Estados sociais e democráticos de Direitos do pós-guerra, mesmo que difusamente, a noção de que, para além da sua dimensão subjectiva, os direitos fundamentais constituem, no seu conjunto, um sistema ou ordem objectiva de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito (...) é possível retirar das normas de direitos fundamentais, mesmo daquelas que preveem primariamente posições jurídicas subjectivas, conteúdos jurídicos des-subjectivizados, que se subtraem ao quadro da estrita relação Estado/indivíduo para reclamarem uma validade universal e que são próprios da qualidade dos direitos fundamentais enquanto elementos objectivos fundamentais da ordem de Estado de direito democrático (grifamos).

Portanto, quando se configuram condutas lesivas, negativamente exemplares ou que ofendam de forma repulsiva algum direito fundamental, há ofensa não só ao acervo jurídico pessoal da vítima, quanto ao acervo jurídico-social que erige a proteção à dignidade humana e aos direitos fundamentais à condição de valores fundamentais para o convívio social saudável (artigos 1º, III e 5º, XXXII da Constituição da República).

Considerando que o dano moral será sempre uma violação a um direito da personalidade ou emanado da dignidade da pessoa humana (a depender da corrente

doutrinária adotada), haveria sempre um interesse geral em preservar e proteger tais direitos, ainda quando ofendidos no âmbito individual.

E esta noção não é recente.

Segundo ensinam Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler a respeito da responsabilidade civil, lançando mão dos ensinamentos de André Tunc, “*historicamente a indenização (no sentido de restauração do estado anterior ao dano) não foi a primeira função deste instituto. Nas sociedades primitivas, o dano aparecia principalmente como um rompimento da ordem social e mesmo da ordem cósmica, que carecia, então, ser recomposta, comumente por um ato sacrificial*” (2005, p. 21).

Em um movimento pendular, o direito volta, *mutatis mutandis*, a ter compreensão semelhante. Novamente nas palavras de Jorge Reis Novais: “(...) *o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser assinalado, conjuntamente com a recepção do princípio da proporcionalidade, como a inovação mais produtiva na dogmática dos direitos fundamentais do pós-guerra*” (2003, p. 66).

Desta acepção objetiva dos direitos fundamentais decorrem, basicamente, dois efeitos jurídicos mais relevantes: (1) os direitos fundamentais ganham eficácia irradiante, condicionando a interpretação de todas as normas infraconstitucionais que compõem o sistema jurídico, filtradas em seu sentido para assegurar coerência com tais direitos, daí a técnica hermenêutica de *interpretação conforme a Constituição* e (2) função protetiva dos direitos fundamentais: em cada positivação constitucional de direito fundamental há uma norma impositiva/vinculante ao Estado do dever de proteger e promover os direitos fundamentais – “*dever de proteção implícito dos direitos fundamentais vinculante aos entes estatais*” (RAUL MORO, 2005).

Por isto é que, segundo José Carlos Vieira de Andrade, ao ultrapassarem a concepção individual e subjetiva encerrada em cada cidadão isoladamente considerado os direitos fundamentais valem juridicamente também como valores ou fins que a sociedade, através do Estado, se propõe a perseguir. (1988, p. 145).

Esta lição fica ainda mais retumbante considerando o contexto social brasileiro no início deste século XXI, quando se vive uma epidêmica crise de valores morais e éticos, tanto no âmbito público, com incontáveis casos de corrupção, desvio de finalidade e abuso de poder, como no âmbito privado, onde o respeito espontâneo à lei e ao acervo jurídico dos concidadãos são qualidades cada vez menos perceptíveis e/ou festejadas.

Havendo baixa adesão da sociedade ao sistema de valores positivado na Constituição da República pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o compromisso do Estado em reafirmar tais premissas para a vida saudável em sociedade é ainda maior, seja no exercício da função legislativa, da administrativa ou da jurisdicional.

Enoque Ribeiro dos Santos coaduna deste ponto de vista, sufragando que:

A indenização de caráter exemplar ou punitivo tem como escopo prover à sociedade uma resposta jurídica ao comportamento deletério do ofensor e serve como mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes, já que se atua no rol dos direitos humanos fundamentais, entre eles, os direitos da personalidade albergados não apenas no Código Civil (...) mas especialmente na Carga Magna de 1998 (...). (grifamos) (2004, p.12).

Por isso mesmo que, segundo nos parece, a majoritária doutrina e jurisprudência, compartilhando desta premissa de forma inconsciente ou ao menos tácita, foi se formando naturalmente no sentido de ser necessário, além de reparar a vítima, reprimir os atos causadores de dano moral.

Esta concepção, inclusive, já está submetida ao processo constitucional legislativo. O Projeto de Lei nº 276, em trâmite na Câmara dos Deputados, prevê a inclusão de § 2º ao artigo 944 do Código Civil de 2002, consagrando expressamente a função punitiva na reparação por danos morais.

Estão guiados por um consenso compartilhado pela maioria dos juristas no sentido de que, além de reparar a parte autora, minimizando os efeitos deletérios do dano, seria necessário educar o causador do dano, restabelecendo a ordem de valores cunhada na lei fundamental, para que nas suas próximas condutas observasse tal tábua axiológica.

Perfilham silenciosamente da noção de que é interesse geral preservar e proteger não só o direito da vítima do caso concreto, mas aquele direito considerado abstratamente ou objetivamente, no escopo de resguardar a sua posição na escala de valores da Constituição da República.

Conforme se depreende, portanto, ao se conferir função e caráter públicos à reparação, através da aplicação de sanção, esta parcela fica automática e inevitavelmente afastada da esfera jurídica do particular lesado imaterialmente e se amplia os efeitos da relação jurídica de direito privado originária, passando então a se submeter a um regime jurídico híbrido.

2.3 – Da função social da responsabilidade civil.

Além do argumento da isonomia, ou da repartição isonômica dos benefícios entre os cidadãos e da constatação de que a sociedade tem interesse (e o Estado o dever) de preservação da ordem fundamental de valores cunhada da Constituição, há outro fundamento que sustenta a não destinação da parcela punitiva ao autor da demanda.

A solidariedade, na condição de princípio constitucional e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, I da Constituição da República), irradia-se sobre a integralidade do sistema jurídico, atribuindo função social a todos os institutos do direito.

Tanto é assim que o novel código civil consagrou expressamente esta tendência, seja quando concede função social aos contratos (artigo 421), à propriedade (artigo 1.228, § 1º e 2.035), à posse (artigo 1.210, § 2º c/c 1.228, § 4º c/c artigo 1.242, parágrafo único) ou à responsabilidade civil (artigo 883, parágrafo único).

Tal é a intensidade da diretriz teórica da socialidade no Código Civil que o artigo 2.035, parágrafo único dispõe que nenhum negócio ou ato jurídico, mesmo quando constituído antes da vigência do diploma, prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, como os estabelecidos para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

A responsabilidade civil (e o direito como um todo) *“não estaria imune a fenômenos sociais próprios das sociedades hiper-industrializadas nem às escolhas jurídico-axiológicas dessas mesmas sociedades, tal qual, exemplificativamente, a proteção ao consumidor como sujeito jurídico em si mesmo vulnerável”* (grifamos) (MARTINS-COSTA, e PARGENDLER, 2005; p. 18).

Desde os anos iniciais da década de 90, a jurisprudência e a doutrina ao defenderem e aplicarem dimensão inibitória à compensação por danos morais, embora não tenham se dado conta disso, conferiam-lhe função social. Consagravam o princípio constitucional da solidariedade em seus pareceres e julgados, ao defender que esta parcela tem caráter propedêutico, tendo como finalidade, a pedagógica punição do infrator.

Ora, nada mais socializante e voltado ao desenvolvimento coletivo do que punir o infrator com finalidade pedagógica, para que não reitere a conduta contra outros integrantes da comunidade.

Em outras palavras, utiliza-se um instituto classicamente de Direito Privado, qual seja a responsabilidade civil para, ampliando a repercussão da reparação da esfera do indivíduo para a esfera social, beneficiar a coletividade com a repressão ao infrator.

Alguns juristas reconhecem essa função social inerente à responsabilidade civil, que para nós, *data maxima venia*, parece evidente.

É o caso do civilista português Antônio Pinto Monteiro (1999, p. 660-663), para quem:

(...) se é certo que a responsabilidade civil prossegue, ainda que só mediata ou acessoriamente uma função social de dissuasão, a simples reparação do dano causado não constitui, porém, frequentemente, uma resposta eficaz, de ordem preventiva, justamente por não ser esta a sua determinante (grifamos).

Também se destaca o trabalho de Enrico Moscati (MOSCATI, Enrico, in: PINTO MONTEIRO, Antônio. 1999, p. 660-663), segundo o qual:

(...) a utilidade ou necessidade da pena privada está em se apresentar, por vezes, como o único instrumento verdadeiramente eficaz quando o potencial autor do dano não encontra na obrigação de indenizar uma razão bastante para se abster do seu comportamento, uma vez que a medida previsível da indenização, estando balizada pelo limite do dano, é inferior ao proveito (que ele retira) da sua própria iniciativa ilícita.

A evidência de tal caráter social para a responsabilização por dano moral só não transbordou as margens da plena aceitação jurídica, ao que nos parece, por falta de disposição legal que especificamente determine que tal parcela do valor da reparação, por se destinar a beneficiar a sociedade, deve ser revertida para instituição com finalidades sociais.

Mas, em hipótese análoga prevista no Código Civil de 2002, isto fica bastante claro. Vejamos o disposto no artigo 883, parágrafo único:

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

A repetição do pagamento indevido é espécie de responsabilidade civil, como está consignado no artigo 876 do diploma civil. Assim, regra geral, *“aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”*. Entretanto, no caso específico do artigo 883, quando o legislador verificou que inexistia fundamento ético-jurídico-constitucional para reparar o indivíduo envolvido na relação jurídica de direito material, assentou que o valor reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência.

Neste dispositivo, a *ratio legis* de ampliação dos efeitos da relação jurídica de direito privado para beneficiar uma instituição com finalidade social se dá com caráter pedagógico ou punitivo de um dos integrantes desta relação, para que não reitere a prática reprovável (*“ilícita, imoral ou proibida por lei”*).

A parcela punitiva dos danos morais submete-se à mesma lógica. Sua finalidade pedagógica e, conseqüentemente, público-social, é quase pacífica em doutrina e

jurisprudência. Ademais, conforme se buscou demonstrar, tampouco existe fundamento ético-jurídico-constitucional para se destinar à vítima o montante, visto que implica, em regra, chancelar benefício incompatível com o princípio da isonomia.

Assim, havendo dispositivo legal que compartilha da mesma lógica de educar o jurisdicionado através da responsabilidade civil, destinando o valor da indenização para entidade beneficente, em clara irradiação da função social aos institutos jurídicos, ao nosso ver, deve ser aplicado por analogia, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

3 - Destinação para instituição beneficente ou fundo de proteção a direitos difusos? Interpretação por filtragem constitucional.

Concluído que o montante arbitrado a título de dissuasão do causador de danos morais não deve ser destinado à própria vítima, mister verificar quem seria o destinatário: entidade beneficente local, nos termos do artigo 883, parágrafo único do CC/02 ou fundo de direitos difusos mencionado no artigo 13 da Lei nº 7.347 de 1985, que em regra tem âmbito estadual, como ocorre em Minas Gerais, com o Fundo Estadual de Proteção e Defesa ao Consumidor – FEPDC, criado pela Lei Complementar Estadual nº 66/2003 alterado pela LC 119/2011 e regulamentado pela Resolução PGJ nº 43 de 04/05/2011.

Inicialmente, é necessário destacar que a destinação do valor a qualquer um dos dois evitará ofensa à isonomia, enriquecimento indevido do autor da ação e permitirá que o Estado cumpra de forma mais eficaz o seu dever de zelar pelo respeito ao sistema objetivo de valores instituído pela positivação constitucional dos direitos e garantias fundamentais.

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler em percuciente artigo sobre o tema defendem a segunda opção (2005, p.25). Inobstante, entendemos modestamente de forma diversa.

É que a destinação para um ou para outro dependerá sempre de aplicação por analogia de um dispositivo legal, seja o artigo 883, parágrafo único do Código Civil de 2002 em um caso ou do artigo 13 da Lei nº 7.347 de 1985 em outro caso.

Conforme já tivemos a oportunidade de assentar anteriormente, as semelhanças entre as hipóteses de *punitive damages* e a disposta no dispositivo do Código Civil são acentuadas. Por outro lado, a aplicação analógica do dispositivo da Lei de Ação Civil Pública apresenta menos pontos de semelhança.

A ofensa a direitos de personalidade, quando a conduta do ofensor é de acentuada reprovabilidade, acaba por afetar não só ao acervo jurídico pessoal da vítima quanto ao acervo jurídico social que erigiu a proteção a determinados direitos fundamentais, especialmente à dignidade humana, ao patamar de valores essenciais para o convívio social saudável.

A sociedade, diante do desrespeito e desconsideração excessivos a este sistema de valores e aos bens mais inerentes à subjetividade de cada pessoa, acaba se angustiando e, ao lado deste, é também afetada. Nesses casos, há uma espécie de lesão generalizada, de caráter difuso. Assim, neste ponto, se poderia falar em semelhanças a justificar a aplicação analógica do artigo 13 da Lei n° 7.347 de 1985.

Entretanto, o dispositivo está inserido no “microsistema de tutela jurisdicional coletiva” que se diferencia do sistema de tutela jurisdicional individual pelos princípios e regras que os regulamentam. O processo coletivo, pela diferente extensão dos direitos que visa tutelar, contém peculiaridades aptas a permitir o cumprimento desta finalidade, com atenção à contribuição das partes e da universalidade dos afetados pela tutela jurisdicional.

É claro que, sendo o montante destinado para benefício da coletividade, através do Fundo de Direitos Difusos e tendo sido oportunizado à parte que arcará com a indenização a oportunidade de resistir à condenação (ampla defesa e contraditório), não haveria que se falar em nulidade da sentença, por falta de prejuízo a quem quer que seja (artigo 250 do Código de Processo Civil).

Ainda assim, parece-nos que a hipótese do artigo 883 do Código Civil de 2002 tem mais pontos de semelhança com a dos *exemplary damages*, merecendo preferência.

Além disso, a destinação a “*estabelecimento local*” permite beneficiar de forma mais direta a comunidade em que o ofensor está inserido, tornando a dissuasão mais eficaz e expressiva e a pretensão estatal de respeito e (re)afirmação dos direitos fundamentais mais evidente, o que certamente contribuiria de melhor forma para a prevenção geral.

A reversão do montante a fundos públicos implicará, na maioria das vezes, uma desvinculação ou um distanciamento entre a comunidade em que se deu a ofensa significativamente reprovável e a comunidade beneficiada pela transformação dos consectários financeiros do desestímulo em utilidades públicas.

É princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectu sunt accipienda*. Não se deve presumir que o legislador utilizou de forma despropositada o adjetivo que qualifica o estabelecimento de beneficência

no parágrafo único do artigo 883 do CC/02. Pelo contrário, entendeu que o destino “*local*” à verba cumpriria de forma mais adequada a teleologia da norma.

Somando a esses argumentos, temos que a escolha entre duas soluções deve ser feita sempre através de hermenêutica constitucional, especificamente pela filtragem constitucional, analisando qual das duas conferirá maior eficácia à Lei Fundamental e considerando principalmente que o amparo constitucional da função social da responsabilidade civil é o princípio da solidariedade (artigo 3º, I).

Assim, é preferível a destinação do montante ao terceiro setor do que ao primeiro setor (Estado). É que o fomento ao terceiro setor, onde a sociedade civil assume funções públicas e, em regra, as presta de forma não lucrativa, tem o condão de criar um sentimento mais forte de solidariedade, ética e respeito mútuo aos membros da comunidade.

Segundo Ana Carolina Henrique Siqueira Lara (2006, p. 112), o Terceiro Setor:

(...) cumpre um papel estratégico na renovação da relação do Estado com a Sociedade Civil. Por ser uma arena institucional das organizações da sociedade, sem fins lucrativos, voltada para finalidades públicas e sociais, ele possibilita a promoção de espaços de convivência capazes de potencializar a cultura da solidariedade e cooperação entre governo, mercado e sociedade local. Para que isso ocorra, contudo, é preciso que se sustente um espaço de diálogo, em que se estimule a constituição de parcerias entre todos os setores da sociedade, através do protagonismo do cidadão ativo. (...) Nesse contexto, a emergência de um espaço plural onde os direitos de participação e comunicação política são enfatizados faz crescer a pressão pela ação da sociedade civil na regulação da vida coletiva. Tal processo está intimamente ligado à formação de associações e à reprodução da solidariedade social, que são atores principais no cenário do Terceiro Setor (destacamos).

A aptidão de as entidades do terceiro setor potencializarem a solidariedade das comunidades nas quais atuam também foi assentada por Josenir Teixeira, que a partir da contextualização histórica, estruturação jurídica e conceituação científica do setor, afirma sua “*inexorável imbricação com o princípio constitucional da solidariedade*” (2011).

Ainda haveria um último argumento, agora pragmático, para destinação à entidade beneficente. É que por vezes o dano moral não corresponderá a nenhum dos fundos previamente existentes, como os de consumidores e meio ambiente, dentro outros. Nesses casos, quando a reprovabilidade do causador do dano for intensa, não haveria fundo específico para destinação do *quantum* relativo à dissuasão do ofensor.

4 – Questões processuais.

Assentadas as razões de direito material para a destinação da parcela punitiva dos danos morais para entidade beneficente, resta analisar se haveria entraves processuais para fazê-lo.

Nesta fase, o primeiro ponto que deve ser abordado é se seria legítimo beneficiar terceiros pela tutela jurisdicional prolatada em processo do qual não participaram. O segundo ponto é verificar se, inexistindo pedido específico do autor neste sentido, o arbitramento considerando a necessidade de desestímulo e a destinação para terceiro deste montante ofende o princípio da adstrição ao pedido, viciando a sentença como *ultra* ou *extra petita*.

4.1 – Violação dos limites subjetivos da lide.

Quanto ao primeiro ponto, em regra a sentença fará coisa julgada entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros (artigo 472 do Código de Processo Civil). São estes os ordinários limites subjetivos da lide.

De início é importante assentar que o artigo 472 do Código de Processo Civil não veda ou torna inválida a sentença que produza efeitos em relação a terceiros. Entender assim significaria olvidar a interdependência que normalmente caracteriza os negócios e demais relações jurídicas modernas. É claro que a sentença que declarou nulo o contrato de locação de fundo de comércio gera efeitos para todos os trabalhadores ali empregados.

Os limites subjetivos da sentença, estampados neste artigo, dizem respeito, então, à autoridade da coisa julgada e não aos efeitos da mesma. Assim, a sentença gera efeitos a toda a sociedade, contudo seus efeitos, em regra, só são imutáveis entre as partes em que foi dada.

Veja que o ordenamento jurídico está repleto de situações e disposições legais que admitem que a coisa julgada gere efeitos a terceiros e, excepcionalmente, até autoridade.

Nos casos de substituição processual, em que se configura a legitimação extraordinária, aquele que não participou do processo poderá ser atingido pela (autoridade da) tutela jurisdicional. O artigo 42, § 3º do Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe que o adquirente de coisa que é objeto de litígio poderá ser atingido pela (autoridade da) decisão mesmo sem ter feito parte do processo.

Nos casos de litisconsórcio unitário facultativo previstos no ordenamento, da mesma forma, a coisa julgada poderá atingir aquele que não figurou na relação jurídica processual que contribuiu para a construção do provimento, conforme se verificará em diante.

Portanto, podemos concluir desde já que a regra dos limites subjetivos do processo diz respeito eminentemente à autoridade da coisa julgada e, mesmo nesses casos, não é absoluta. Sua interpretação deve ser feita de forma temperada, sempre guiada pela matriz constitucional que lhe fundamenta.

Segundo Eduardo Talamini (2004).

Estabelecer como imutável uma decisão perante terceiro, que não teve a oportunidade de participar do processo em que ela foi proferida, afrontaria não apenas a garantia do contraditório, como também o devido processo legal e a inafastabilidade da tutela jurisdicional. Estaria sendo vedado o acesso à justiça ao terceiro, caso se lhe estendesse a coisa julgada formada em processo alheio: ele estaria sendo proibido de pleitear tutela jurisdicional relativamente àquele objeto, sem que antes tivesse ido a juízo. Portanto, isso implicaria igualmente privação de bens sem o devido processo legal. Haveria uma frustração da garantia do contraditório: de nada adiantaria assegurar o contraditório e a ampla defesa a todos os que participam de processos e, ao mesmo tempo, impor como definitivo o resultado do processo àqueles que dele não puderam participar.

Então, a limitação subjetiva da lide assenta pilar na garantia fundamental do devido processo legal, pela qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, LIV da Constituição da República). Conforme se verifica, o processo jurisdicional funciona como método de legitimação ético-jurídica das decisões estatais que impliquem restrição de direitos, imposição de sanções ou agravamento de situação jurídica.

Nessa esteira, se é requisito de legitimação de atos estatais que venham a prejudicar o acervo jurídico de alguém, nos casos em que a sentença beneficia terceiro que não participou do processo não há que se falar, só por isso, em invalidade da mesma.

Só faz sentido lógico, *data venia* de entendimento contrário, condicionar os efeitos da sentença à participação no procedimento que a formou, nos casos em que a sentença prejudica o terceiro.

Por isso, a autoridade da coisa julgada em relação a terceiros se resolve como uma questão de interesse de agir em relação à decisão prolatada. Se o terceiro não é juridicamente interessado, não tendo nenhuma relação jurídica concernente àquela deduzida em juízo, não tem interesse de agir para pleitear a alteração da decisão.

Se o terceiro é juridicamente interessado, pode ter sido prejudicado ou beneficiado. Caso tenha sido beneficiado, também carece de interesse de agir para impugnar o ato jurisdicional que lhe afetou. Caso tenha sido prejudicado, só nesse caso a sentença pode vir a

ser anulada ou declarada nula e desde que assim o requeira o terceiro, que terá legitimidade e interesse de afastar o respectivo prejuízo jurídico.

Por isso mesmo, o Código de Processo Civil confere legitimidade para interpor recurso não a todos os terceiros afetados pela sentença, mas exclusivamente ao terceiro prejudicado (artigo 499). Reconhece, a um só tempo neste dispositivo, (A) que a sentença que beneficia terceiros não é viciada e (B) que o terceiro beneficiado sequer tem interesse de agir no processo e/ou recorrer.

Esta realidade fica evidente no caso de litisconsórcio ativo unitário. Por exemplo, na ação de desconstituição de ato societário promovida por um só sócio, a sentença de procedência produz efeitos contra todos os sócios, haja vista a natureza incindível do ato impugnado. Considerando a hipótese em que tal desconstituição beneficie todos os terceiros (sócios), *"julgado procedente o pedido, o objetivo foi atingido, e qualquer outro legitimado será considerado carecedor da ação por falta de interesse de agir numa futura ação que porventura tivesse o mesmo escopo"* (Cruz e Tucci, 2007, p.250).

O sistema jurídico demonstra em diversos outros momentos a desnecessidade de que um determinado sujeito participe do processo para ser por ele beneficiado. Tal exigência só existe, repita-se, quando o caso é de restrição de direitos ou agravamento de situação jurídica (artigo 5º, LIV da CR/88).

O artigo 274 do Código Civil de 2002 estende aos credores solidários o julgamento que lhes for favorável, mas não o que lhes prejudicar. Nos casos de ação coletiva em que se discute interesses individuais homogêneos, da mesma forma, a sentença poderá ter efeitos em relação a terceiros, desde que procedente, ou seja, para beneficiá-los (artigo 103, III do Código de Defesa do Consumidor).

Além dos exemplos citados, há outros no ordenamento pátrio que poderiam ser citados, contudo seria incompatível com os objetivos do presente artigo. De toda forma, não é demasiado lembrar que a lógica que impera no sistema processual quanto às nulidades é aquela estampada no axioma do *"pas de nullité sans grief"* (artigos 244 c/c 250, parágrafo único do Código de Processo Civil). Assim, não havendo prejuízo, não há que se falar em nulidade.

Por tudo que viemos de expor, considerando a finalidade constitucional estampada no princípio do devido processo legal, as previsões legais mencionadas e realizando interpretação lógico-sistemática é possível concluir que não é nula, tampouco viciada, a sentença que

extrapola os ordinários limites subjetivos da lide para beneficiar terceiro que não fez parte do processo.

São estas as conclusões de Cruz e Tucci, assentando que se o terceiro é beneficiado pela sentença, se submete tanto aos efeitos quanto à autoridade da coisa julgada quando existir nexo de subordinação da posição dele à relação jurídica decidida ou em razão da natureza incindível do direito material discutido (2007; p. 191).

No mesmo diapasão, Victor Aguiar Jardim de Amorim conclui “(...) *que, enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro, a imutabilidade da decisão vincula-o tão-somente quando lhe propiciar benefício*” (2011).

Portanto, a aplicação do parágrafo único do artigo 883 do Código Civil de 2002, seja de forma direta ou por analogia, para destinar quantia à entidade beneficente que não participou do processo, não extrapola de forma viciada os limites subjetivos da lide, não havendo que se falar em nulidade da decisão por este vício.

Ademais, em análise com apurado rigor técnico, quando se destina à vítima dos danos morais todo o valor arbitrado (a título de compensação e de desestímulo) já se está julgando além dos ordinários limites subjetivos do processo. É que, se o valor é arbitrado com finalidade pedagógica ou punitiva, de uma forma ou de outra, em menor ou maior intensidade, seja pela concessão de um bem jurídico material (dinheiro) ou imaterial (obediência às leis), já se está beneficiando a coletividade que regularmente contrata ou se relaciona juridicamente com o causador do dano.

4.2 – Violação do princípio da adstrição ao pedido.

Isto posto, passamos a analisar se a aplicação de *exemplary damages* e a destinação da parcela pedagógica da reparação por danos morais para entidade beneficente, quando inexistir pedido específico do autor neste sentido, ofende o princípio da adstrição ao pedido, viciando a sentença como *ultra* ou *extra petita*.

O princípio da adstrição ao pedido, também denominado de princípio da congruência ou da correlação tem a finalidade de resguardar a segurança jurídica pela garantia do contraditório e está consagrado no Código de Processo Civil nos artigos 128 e 460, pelos quais:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Conforme se verifica da leitura dos artigos, o juiz está adstrito aos limites da demanda proposta pelo autor, não podendo conhecer de questões a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Logo, em sentido contrário, por interpretação lógico-sistemática, se deduz que lhe é permitido conhecer de questões não suscitadas pelas partes quando a lei não exigir a iniciativa da parte a respeito.

Dentre as questões que dispensam a iniciativa da parte para serem conhecidas pelo magistrado, estão as matérias de ordem pública. Segundo ensina Nelson Nery Júnior (2003, p. 779):

Matérias de ordem pública. A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC 128 e 460) é decorrência do princípio do dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC 1º ao 51); cláusulas gerais (CC 2035, par. Único) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF 5º XXIII e 170, III e CC 1228, par. 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166 VII e 167) (...) (grifamos).

Anteriormente demonstramos que ao desestimular o infrator o Estado-juiz cumpre dever público, com repercussão coletiva e finalidade social. Há nítido interesse público na moralização e desenvolvimento ético das relações jurídicas cotidianas em geral, de modo que guardem invariável atenção ao sistema de valores fundamentais previstos na Constituição da República, em especial à dignidade da pessoa humana.

A matéria, dessarte, é de ordem pública, dispensa iniciativa da parte e pode/deve² ser conhecida de ofício pelo juízo independente de pedido. Mesmo que o autor da ação não peça expressamente que o arbitramento da reparação considere também a função de desestímulo, basta que o desvalor da conduta do causador do dano tenha sido narrado na inicial e confirmado pelo acervo probatório produzido em contraditório.

Quanto à possibilidade de destinação dos *punitive damages* a terceiro, independentemente de pedido, trata-se de previsão expressa do dispositivo aplicável. O artigo

² O exercício de todo e qualquer poder no paradigma do Estado Constitucional e Democrático de Direito se aproxima mais de um dever, especialmente quando se trata de conhecer e aplicar normas de ordem pública, que densificam a força normativa dos direitos fundamentais.

883, parágrafo único do CC/02, estabelecendo *a priori* o destinatário do montante, não exigiu iniciativa da parte, pelo contrário, já prescreve de forma transparente que o caso é de destinação da quantia para instituição local de beneficência.

Além disso, aqui também se trata de norma de ordem pública, já que veicula a função social da responsabilidade civil, densifica o princípio constitucional da solidariedade, evita ofensa ao direito fundamental da igualdade e viabiliza maior efetividade ao exercício do dever estatal de preservação objetiva dos valores fundamentais da sociedade.

A abalizada lição de Hamid Charaf Bdine Jr., no âmbito de obra coordenada pelo eminente Ministro Cezar Peluso, Presidente do egrégio Supremo Tribunal Federal, ao comentar este dispositivo legal, confirma o exposto posicionamento, no sentido de que “*a natureza pública do texto legal autoriza que o juiz o aplique de ofício, sem que qualquer das partes o sugira ou mencione*” (2009).

Neste sentido também é o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Salomão Viana (2009):

(...) o julgador deve, sim, aplicar, de ofício, preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor para assegurar a função social da propriedade e dos contratos, ou em observância a outro princípio de matriz constitucional, desde que o faça no estritos limites do julgamento da lide posta sob sua apreciação.

Portanto, formulado o pedido de reparação por danos morais ficam fixados aí os limites objetivos da lide. Dentro desses limites, a conduta do réu será necessariamente analisada e investigada, visto que é um dos pressupostos para a responsabilização civil. Caso se verifique a significativa reprovabilidade de tal conduta causadora de danos a direitos fundamentais, a reparação engloba não só a parcela compensatória, mas também a pedagógica, de ofício, independentemente de pedido específico neste sentido, haja vista que se trata de matéria de ordem pública.

Tanto é assim que é raro depararmos com posicionamento, no âmbito acadêmico ou jurisprudencial, no sentido de que a consideração da função de desestímulo ao arbitrar danos morais sem que tal pedido tenha sido expressamente formulado pelo autor significaria sentença *ultra petita*.

Então, se isto é aceito quase pacificamente, não nos parece que a destinação do montante para terceiro implique, só por si, julgamento fora ou além do pedido.

Além de o dispositivo legal dispensar a iniciativa da parte, conforme reconhece abalizada doutrina e se tratar de matéria de ordem pública, o deslinde da questão passa

também pela (re)afirmação da finalidade do princípio da correlação, qual seja, resguardar a segurança jurídica pelo contraditório.

Assim, se no caso de responsabilização por danos morais o réu resiste à condenação ao pagamento de quantia, através de argumentos e provas que desqualifiquem a conduta, o nexó causal ou o dano, é de todo irrelevante para ele, ao menos em termos técnico-processuais de interesse de resistir, se a quantia arbitrada será destinada ao autor ou a terceiro.

Em síntese, a definição da destinação da parcela pedagógica dos danos morais tampouco depende de pedido específico do autor, já que: (A) o dispositivo legal aplicável o dispensa, (B) que não há ofensa ao contraditório substancial, (C) que a matéria é de ordem pública e (D) que, por fim, insere-se na procedência do pedido de reparação por danos morais, por força da interpretação constitucional sistemática exposta.

5 – Conclusão.

A reparação por danos morais, dentro do universo de todos os institutos e instituições do direito, tem se notabilizado pela constante evolução que apresenta. De fato, em um primeiro momento não se reconhecia sequer a legitimidade moral, muito menos a possibilidade jurídica, de se restituir com dinheiro um dano imaterial sofrido.

Posteriormente, permitida a reparação em dinheiro, a doutrina e jurisprudência brasileiras tem reconhecido a necessidade de se fixar montante além da mera compensação, visando punir o ofensor e prevenir novos danos.

Este montante (*exemplary damages*), contudo, caso destinado à vítima do dano (além dos *compensatory damages*) sempre lhe enriquece indevidamente, em detrimento dos demais cidadãos, ofendendo o princípio da isonomia que é viga mestra do Estado Democrático de Direito.

Além disso, o Estado tem interesse e o dever de reafirmar a importância do respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição e de observar em todas as suas decisões, o sistema de valores que dali emana.

Sempre que houver ofensa a um dos direitos da personalidade, haverá ofensa direta ou indireta a direito fundamental. No caso concreto, se for significativamente reprovável a conduta do ofensor, à compensação pelo dano moral deve ser acrescido montante voltado para estabilização do sistema objetivo de valores estampado na Constituição.

Como este montante beneficia como um todo à comunidade em que o ofensor está inserido, estampa nítido caráter social, assim como ocorre com o disposto no artigo 883, parágrafo único do Código Civil de 2002, que também assenta função punitiva e pedagógica.

O princípio constitucional fundamental da solidariedade (artigo 3º, I da Constituição da República) não só autoriza mas impõe a releitura de todos os institutos jurídicos, conferindo-lhes dimensão social.

Na hipótese do dispositivo do Código Civil o legislador considerou legítima a destinação da quantia de condenação do réu para entidade beneficente, diante da confluência do caráter socializante advindo da Lei Fundamental e da falta de fundamento ético-jurídico-constitucional para se entregar ao autor da ação o montante da indenização.

Havendo caráter social na aplicação de *punitive damages* e faltando fundamento ético jurídico-constitucional para destinar tal montante à vítima do dano moral, sob pena de ofensa à isonomia e enriquecimento indevido, tem-se que ambas as hipóteses encerram a mesma *ratio legis*.

Inexistindo dispositivo legal determinando a destinação da parcela punitiva dos danos morais à vítima do dano, entendemos que o artigo 883, parágrafo único do Código Civil de 2002 é aplicável por analogia, sendo possível a destinação para entidade beneficente local, a critério do juiz.

A destinação da quantia para Fundo de defesa de direitos difusos, tal qual previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347 de 1985 também tem o condão de evitar ofensa à isonomia e enriquecimento indevido, assim como tornar mais eficaz o cumprimento do dever estatal de zelar e reafirmar o sistema objetivo de valores instituído pelos direitos fundamentais constitucionais.

Entretanto, entendemos que a regra do Código Civil de 2002 tem maior semelhança com a hipótese dos *exemplary damages*, visto que a destinação para aquele fundo pressupõe processo coletivo, com parâmetros diferentes do processo jurisdicional individual.

Ademais, a entrega do montante à entidade local permite beneficiar de forma mais direta a comunidade em que o ofensor está inserido, garantindo que é ali que a quantia será investida e o melhor cumprimento da função de desestímulo e prevenção. Além disso, é esta a solução mais consentânea com princípio constitucional da solidariedade, visto que fomenta o exercício privado de funções sociais, típico do terceiro setor.

Tudo isto considerado, verificou-se inexistirem óbices de ordem processual para a destinação. O sistema processual pátrio, em especial, o artigo 472 do Código de Processo

Civil não veda que os efeitos da tutela jurisdicional sejam estendidos a terceiros. O que veda é que a autoridade da coisa julgada seja imposta a terceiro alheio ao processo, prejudicando-o. Caso o beneficiar, lhe faltará interesse de agir para reclamar a anulação do provimento.

Por fim, considerando que a conduta causadora de dano injusto é premissa inafastável da responsabilidade civil e que, assim, certamente o autor a narrou em sua inicial, o juiz, mesmo sem pedido específico nesse sentido, poderá aplicar a função pedagógica e destinar o valor para entidade beneficente (ou mesmo fundo de direitos difusos) sem violar o princípio da adstrição ao pedido.

Isto porque para a aplicação do artigo 883, parágrafo único do Código Civil de 2002 dispensa-se iniciativa da parte, exatamente como permitido pelo artigo 128 do Código de Processo Civil. Ademais, considerando que o limite objetivo da demanda é o pedido de danos morais, o juiz não extrapola tal limite se no julgamento de tal pedido, aplica preceitos de ordem pública, de matriz constitucional, como a função social da responsabilidade civil. Tampouco se tem sentença de natureza diversa (condenatória), em quantidade superior (montante nos danos morais é meramente estimatório) ou objeto diverso (pagamento em dinheiro) do que foi demandado.

6 - Referências bibliográficas.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Dos limites subjetivos da eficácia da coisa julgada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2841, 12 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18883>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini, Bauru: EDIPRO, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 20ª edição – Malheiros, São Paulo, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenador Cezar Peluso – 3ª ed. ver. atualizada. Barueri. SP: Manole, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*, p. 115 e 239, itens ns. 20 e 40, 2ª ed., 1994, RT.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, p. 175-179, item n. 4.10-D, 2ª ed., 1998, RT.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, vol. 7/105-106, 18ª ed., 2004, Saraiva.

GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quase contratti rimedi restitutori – Trattato di Diritto Civile* (org.) SACCO, Rodolfo. Turim, 1996.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza; *Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro*. Revista Centro de Estudos Jurídicos do CJF, v. 9, n. 28, março, 2005; p. 15 -32.

MENDES, Gilmar Ferreira; *Direito fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional – 2ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, 1999.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto e CAVALIERI FILHO. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XIII/348-351, item n. 4.5, 2004, Forense.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7ª edição. Editora Revista dos tribunais 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 55 e 60, itens ns. 45 e 49, 8ª ed., 1996, Forense.

PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.

PORTO, Sérgio José. *Da responsabilidade civil por difamação no Direito Inglês*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994.

RAUL MORO, Rolando. *A Tutela Judicial dos Direitos Fundamentais pelo Ministério Público*; Páginas de Direito, 2005. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/223-artigos-dez-2005/5182-a-tutela-judicial-dos-direitos-fundamentais-pelo-ministerio-publico>. Acesso em: 29.03.2012

RIETEMA, Paul B.; *Reconceptualizing split-recovery statutes: Philip Morris USA v. Williams*, 127 S. Ct. 1057 (2007). Disponível em: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2009/02/31-3/Rietema%20Online%20-%20Philip%20Morris.pdf>. Acesso em: 28.03.2012.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; *Contribuições à fixação da indenização do dano moral trabalhista – a Tese da aplicação dos exemplar ou punitive damages*. Justiça do Trabalho: doutrina, jurisprudência, legislação, sentenças, tabelas. n° 246 – junho de 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O princípio da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo*. RT 235/3.

SIQUEIRA LARA, Ana Carolina Henrique. *A organização do Terceiro Setor e a renovação da relação do Estado com a sociedade civil*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Orientador: Doutor Álvaro Ricardo Souza Cruz. Belo Horizonte. 2006.

STOLZE GAGLIANO, Pablo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. II/319, item n. 2, 2ª ed., 2003, Saraiva.

STOLZE GAGLIANO, Pablo e VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário? Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ*. 2009. Disponível em: http://www.faculdadebaianadedireito.com/i/f/%7B31727892-058A-49EA-8975-046955E3FF50%7D_artigo_sumulas.pdf. Acessado em 10.01.2012

TALAMINI, Eduardo. *Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)*. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004

TEIXEIRA, Josenir. *O terceiro setor em perspectiva: da estruturação a função social*. Belo Horizonte: Fórum: 2011

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, vol. 4/189-190, item n. 10.2, 2ª ed., 2002, Atlas.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 145