



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**  
**TIAGO CAETANO NUNES**

**ANÁLISE DA TEORIA DO DESESTÍMULO À LUZ DO SISTEMA DE  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Tubarão**  
**2018**

**TIAGO CAETANO NUNES**

**ANÁLISE DA TEORIA DO DESESTÍMULO À LUZ DO SISTEMA DE  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Michel Medeiros Nunes, Esp.

Tubarão

2018

TIAGO CAETANO NUNES

ANÁLISE DA TEORIA DO DESESTÍMULO À LUZ DO SISTEMA DE  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Esta Monografia foi julgada adequada à  
obtenção do título de Bacharel em Direito e  
aprovada em sua forma final pelo Curso de  
Graduação em Direito da Universidade do Sul  
de Santa Catarina.

Tubarão, 7 de dezembro de 2018.



---

Professor e orientador Michel Medeiros Nunes, Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina



---

Prof. Cristiano José da Rosa Berckenbrock, Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina



---

Prof. Ricardo Willemann, Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho a todas as pessoas que contribuíram para sua elaboração, os professores e orientador, em especial para meus pais e esposa.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus pela coragem, força e oportunidade que proporcionou chegar até nesta fase da vida com muita determinação e garra.

Agradeço ao meu orientador Michel Medeiros Nunes por todo suporte, orientação e dedicação neste semestre, bem como, minhas considerações a todos os professores que participaram da minha trajetória no curso de Direito e contribuíram de alguma forma para construção deste trabalho.

Agradeço à minha família que sempre me encorajou nos momentos mais difíceis e fez trilhar o caminho probo, para assim, fortificar e trazer esperanças e nunca deixar desistir dos meus sonhos.

Em especial, a minha esposa Manuela, que é o alicerce de todas minhas conquistas e vitórias, e nosso filho Davi, que não compreende ainda a dimensão, mas é o ser que ilumina o caminho e fortalece nossa alma, para continuar firme e forte na batalha.

“Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu. ”

(Eneu Domício Ulpiano)

## RESUMO

É rotineira a prática de ilícitos civis no Brasil, assim, entendemos necessário estabelecer-se novas técnicas jurídicas, capazes de desestimular o cidadão, a praticar atos ilícitos que causem danos a outrem. Desta forma, poderá haver mais segurança nos negócios jurídicos, assim como, garantir a estimulação dos valores éticos em sociedade. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a teoria do desestímulo à luz do sistema da responsabilidade civil do ordenamento jurídico brasileiro, assim como abordar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicabilidade. Quanto ao procedimento de coleta de dados, foi realizado um estudo bibliográfico através de livros, dissertações, teses e meios eletrônicos; pesquisa documental, utilizando acórdãos dos Tribunal Superior de Justiça e Tribunal de Justiça de Santa Catarina. De acordo com o nível de profundidade, abordou-se o exploratório. Quanto à abordagem, foi realizada uma pesquisa qualitativa. Como resultado, destaca-se que a teoria do desestímulo é espelhada no instituto jurídico *Punitive Damages*, desenvolvida nos Estados Unidos da América. Naquele país, trata-se de uma segunda indenização, indenização punitiva, no qual visa estabelecer uma indenização ao ofensor em favor da vítima com caráter punitivo e dissuasivo, e também dar o exemplo para sociedade. Deste modo, tem-se a função de evitar novos ilícitos civis. Todavia, no Brasil a teoria do desestímulo é utilizada como método para majorar a indenização por danos morais até um valor capaz de desestimular e dissuadir novas práticas ilícitas, principalmente nas relações de consumo. Conclui-se que a Teoria do Desestímulo como instrumento de majoração dos danos morais é passível de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, com parte da doutrina compreendendo que a indenização tem um caráter punitivo-pedagógico, por outro lado, a jurisprudência é restritiva em sua aplicabilidade, sendo flexível em casos muitos específicos. Nada obstante, para englobar o instituto originalmente, ou seja, duas indenizações, uma pelo dano efetivo e outra a indenização punitiva, é necessária uma prévia cominação legal.

Palavras-chave: Direito Civil. Dano moral. Indenização.

## ABSTRACT

It is routine to practice civil illicit in Brazil, so we believe it is necessary to establish new legal techniques. As well as being capable of discouraging a citizen to practice illicit acts that cause harm to others. In this way, there can be more security in the legal business, as well as, ensure the stimulation of ethical values in society. The present work has as general objective to analyze the theory of discouragement in the light of the civil responsibility system of the Brazilian legal system, as well as to address doctrinal and jurisprudential divergences on applicability. As for the data collection procedure, a bibliographic study was carried out through books, dissertations, theses, electronic means, and documentary research by using judgments of the High Court of Justice and Court of Santa Catarina. According to the depth level, the exploratory approach was discussed. Regarding the approach, a qualitative research was carried out. As a result, it is emphasized that the theory of discouragement is mirrored in the legal institute *Punitive Damages*, developed in the United States of America. In that country, it is a second indemnity, punitive indemnity, in which aims to establish an indemnity to the offender in favor of the victim with punitive and dissuasive character, and also set the example for society. In this way, one has the function of avoiding new civil unlawful acts. However, in Brazil, the discouragement theory is used as a method to increase the indemnification for moral damages to a value capability of discouraging and deterring new illicit practices, especially in consumer relations. It is concluded that the Theory of Discouragement as an instrument for the increase of moral damages can be applied in the Brazilian legal system, with part of the doctrine understanding that the indemnity has a putative-pedagogical character. On the other hand, the jurisprudence is restrictive in its applicability in being flexible in very specific cases. However, in order to include the original institute that is two indemnifications. One for actual damages, and another for punitive damages, a prior legal commitment is necessary.

Keywords: Civil Law. Moral damage. Indemnity.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA .....	11
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	15
1.3 HIPÓTESE.....	15
1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS .....	15
1.5 JUSTIFICATIVA .....	16
1.6 OBJETIVOS .....	16
<b>1.6.1 Geral.....</b>	<b>16</b>
<b>1.6.2 Específicos.....</b>	<b>17</b>
1.7 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....	17
1.8 ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS.....	17
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>19</b>
2.1 ORIGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	19
2.2 DIREITO ROMANO.....	20
<b>2.2.1 Período Arcaico.....</b>	<b>21</b>
<b>2.2.2 Período Clássico.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2.3 Período Pós-clássico.....</b>	<b>24</b>
2.3 DIREITO FRANCÊS .....	24
<b>2.3.1 Código Napoleão.....</b>	<b>25</b>
2.4 O DIREITO ANGLO AMERICANO .....	25
2.5 CÓDIGO PORTUGUÊS .....	26
2.6 DIREITO BRASILEIRO .....	27
<b>2.6.1 Código civil de 1916.....</b>	<b>27</b>
<b>2.6.2 Código Civil 2002.....</b>	<b>28</b>
<b>3 O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO</b>	
<b>JURIDÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>30</b>
3.1 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	30
<b>3.1.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....</b>	<b>30</b>
<b>3.1.2 Responsabilidade civil objetiva e subjetiva.....</b>	<b>32</b>
3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	33
<b>3.2.1 Culpa.....</b>	<b>34</b>
<b>3.2.2 Dano.....</b>	<b>36</b>

3.2.3 Nexo de causalidade.....	39
3.3 EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR .....	41
3.3.1 Legítima defesa.....	41
3.3.2 Exercício regular do direito.....	42
3.3.3 Estado de necessidade.....	43
3.3.4 Culpa exclusiva da vítima.....	44
3.3.5 Fato de terceiro.....	45
3.3.6 Caso fortuito ou força maior.....	45
3.3.7 Cláusula de não indenizar.....	46
3.4 FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	46
<b>4 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESESTÍMULO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>48</b>
4.1 TEORIA DO DESESTÍMULO.....	48
4.1.1 Origem e conceito da <i>punitive damages</i> .....	48
4.1.2 A <i>punitive damages</i> no Brasil.....	51
4.1.3 Funções da Teoria do Desestímulo.....	53
4.1.4 Critérios de fixação do quantum indenizatório do <i>punitive damages</i> na experiência Americana.....	55
4.2 CRÍTICAS A TEORIA DO DESESTÍMULO .....	57
4.3 INCENTIVO A INDÚSTRIA DAS INDENIZAÇÕES .....	57
4.4 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....	57
4.5 AUSÊNCIA DE DISCIPLINA LEGAL.....	58
4.5.1 Plus indenizatório.....	58
4.5.2 Prévia previsão legal.....	59
4.5.3 Incompatibilidade com ordenamento jurídico brasileiro.....	59
4.6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA TEORIA DO DESESTIMULO .....	60
4.6.1 Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	60
4.7 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	63
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a Teoria do Desestímulo à luz do ordenamento jurídico brasileiro, com a possibilidade de aplicação de uma indenização punitiva ao ofensor. A indenização punitiva tem como função inibir novas condutas ilícitas, seja pelo ofensor ou pela sociedade.

Dessa forma, há discussão na possibilidade em haver uma punição na esfera civil, contudo, muitos divergem ao sustentar que a indenização tem de ter um caráter punitivo.

Este trabalho, portanto, abordará aspectos da responsabilidade civil, indenização por danos morais, bem como os entendimentos contrários e favoráveis da aplicabilidade da Teoria do Desestímulo e alguns posicionamentos da jurisprudência.

### 1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

O Direito como ciência permeia os fenômenos sociais das comunidades humanas, desde seus primórdios. Portanto faz-se necessário uma análise da responsabilidade civil desde os tempos da sua origem, criando uma linha histórica que permita trabalhar novas tendências sem pisar no campo do retrocesso jurídico.

Nessa perspectiva, poderemos estudar instrumentos jurídicos que foram utilizados para alcançar resultados satisfatórios em determinada época, apontando institutos e métodos do nosso antepassado.

Na evolução da sociedade, tem-se notícia da vingança privada, que por sua vez, era calcada no “olho por olho dente por dente”. Uma forma cruel, que do ponto de vista medieval era visto como uma reação natural ao mal sofrido.

Desta maneira, sobressaiu a Lei das XII Tábuas, que consistia na pena de Talião cujo o ofensor receberia como pena a mesma proporção do dano. Exemplo: caso alguém matasse uma filha, este pai poderia matar a filha do assassino ou o próprio assassino.

Todavia, observa-se uma evolução nesses conceitos com a *lex Aquilia*, que regulava os danos extracontratuais, buscando atribuir uma pena pecuniária a quem, por culpa, causava dano ao patrimônio de outrem (entende-se culpa, naquele momento, por imperícia, negligência, imprudência e o próprio dolo), este conceito de patrimônio, também, abarcava os escravos que eram considerados coisas.

Esclarece Lima (apud GEGLIANO, 2012), acerca dos aspectos da evolução histórica:

Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal [...].

A responsabilidade civil é uma ação ou omissão danosa, a priori, ilícita, que viola uma norma jurídica existente (legal ou contratual). Segundo Venosa (2016) toda pessoa deve arcar com as conseqüências dos seus atos, para possibilitar um equilíbrio social. Um dano não reparado poderá causar uma inquietação na sociedade, portanto a norma jurídica contemporânea busca a reparação desses respectivos danos, mas sem causar um desequilíbrio ou comoção social.

Desta forma, a responsabilidade civil tem por escopo uma convivência do homem em sociedade, criando um respeito recíproco entre eles. Nesse sentido, a responsabilidade civil exporta-se para vários ramos do direito, por exemplo: penal, trabalho, público, dentre outros.

Para determinar a responsabilidade civil é necessário preencher alguns dos pressupostos expressos no artigo 186, do Código Civil, nos quais sejam a conduta ilícita (ação ou omissão), dano (material ou imaterial) e nexo de causalidade entre a conduta e dano experimentado (BRASIL, 2002).

A responsabilidade civil divide-se em contratual e extracontratual: Contratual é o inadimplemento de uma obrigação assumida e poderá haver o dever de indenizar. A extracontratual é a conduta ilícita que gera o dano e o dever de indenizar, conforme o artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Ademais, o dano consiste em material e imaterial. O dano material é a ofensa a todo o patrimônio da vítima, os chamados “bens corpóreos” e o dano imaterial é a ofensa aos “bens incorpóreos”, também conhecido por “dano moral”, como por exemplo: estética, imagem, nome, abalo psicológico etc.

Dano moral como gênero pode ser entendido como toda ofensa aos bens imateriais da vítima. Todavia, dano moral como espécie é a conduta que ofende o psicológico da pessoa, por exemplo: um trauma de não querer mais sair de casa por conta de uma violência grave sofrida na rua.

É impossível reparar completamente um dano moral, e também seria um retrocesso aplicar uma sanção corpórea ao agente ofensor devido ao ilícito civil. Contudo, estipula-se um valor pecuniário que, em tese, ameniza a dor experimentada e educa o ofensor.

Esse valor pecuniário é algo muito combatido na doutrina e jurisprudência, uma vez que é impossível medir exatamente o valor moral de uma determinada pessoa.

Neste sentido, o Superior Tribunal Justiça, na súmula 326, esclareceu que o quantum indenizatório não é alvo dos honorários sucumbenciais, ou seja, se o autor pedir R\$100.000,00 (cem mil reais), de indenização de danos morais e o Juiz determinar indenização de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), o autor estará isento da sucumbência do restante, por considerar incalculável o dano moral, portando trata-se de um pedido genérico (BRASIL, 2006).

A contemporaneidade traz, conseqüentemente, novos conflitos humanos, que necessitam de novas soluções. Essas soluções podem estar atreladas em uma reformulação legislativa, mas, também, é fundamental ampliar os horizontes do direito e eliminar antigos dogmas ineficazes para direcionar um estudo eficaz. Contudo, sempre garantindo os direitos e garantias fundamentais conquistados.

As leis não devêm ser belas, mas, devem atingir seus objetivos, conduzir uma aplicação, assim construindo a paz na sociedade.

A Teoria do Desestímulo vem calcada no quantum indenizatório que deverá ser atribuído ao agente ofensor, que desde logo, servirá para amenizar a dor da vítima e desestimular a repetição da conduta. Literalmente, é uma punição patrimonial para o agente ofensor.

Sua origem a Inglaterra, na qual espelha-se no instituto norte-americano *punitive damages* (indenização punitiva). Esses ordenamentos jurídicos são denominados *Common Law* (direito comum), as tradições e julgados que determinam o Direito, havendo pouquíssimas leis, ou até mesmo, nenhuma lei escrita.

Assim, no direito brasileiro, que exige normas positivadas, a Teoria do desestímulo encontra muitas resistências, por nosso ordenamento jurídico, tradicionalmente, considerar a reparação do dano até sua extensão e punição ser somente as previstas no direito penal. Contudo, é algo controverso na doutrina e jurisprudência.

Simplificando, por exemplo, uma pessoa que compra um celular por R\$ 1000,00 (um mil reais), e este aparelho apresenta defeito que o torna inutilizável, surgem duas opções para o comerciante: reparar o dano no ato (dar-lhe um celular novo ou devolver o dinheiro) ou aguarda uma ação judicial que ao final determinará a entrega de um celular novo ou perdas e danos no valor de R\$1.000,00 (um mil reais). Portanto, não há nenhum desestímulo, ou incentivo, na legislação pátria para evitar uma ação judicial.

Todavia, essas condutas no campo consumerista estão diminuindo devido à internet que espalha rápido um marketing negativo, mas ainda são bem rotineiras na relação civil. Os preceitos fundamentais, expresso na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso V e X, não deixaram de elencar o dano moral como direito fundamental:

é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Segundo Perreira (2016), na compensação do dano moral é atribuído um valor pecuniária que tem por objetivo amenizar a dor do ofendido e um caráter punitivo ao ofensor.

Deste modo, poderá a teoria do desestímulo estar em consonância com direito constitucional, ao ponto de buscar mais efetividade quanto à responsabilidade civil do ofensor e a reparação do dano.

Nos Estados Unidos da América, a *punitive damages* é muito aplicada, gerando indenizações milionárias, do mesmo modo, na França a responsabilidade civil é tratada como uma punição ao agente. Sendo estes dois países o berço dos direitos humanos.

Por sua vez, os tribunais brasileiros vêm aplicando a teoria do desestímulo, mas busca-se, neste estudo, também, vislumbrar como a teoria é compreendida e aplicada nos tribunais.

Em síntese, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Superior Tribunal de Justiça tem tendência na aplicação da teoria do desestímulo, mas não amplia o valor, ou não ao ponto de desestimular, e o Superior Tribunal de Justiça, por vezes, não engloba totalmente o objetivo e não majora a indenização fixada, ponderando outros institutos, por exemplo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a revisão do valor arbitrado a título de indenização por danos morais apenas será viável quando irrisório ou exorbitante o montante fixado, em evidente ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (BRASIL, 2014).

NECESSIDADE DE ELEVAÇÃO DO MONTANTE ARBITRADO NA ORIGEM. OBSERVÂNCIA DO RECONFORTO DO OFENDIDO E DA JUSTA PUNIÇÃO AO OFENSOR. TEORIA DO DESESTÍMULO. VALOR MAJORADO (SANTA CATARINA, 2017).

Assim, cabe uma análise acerca do conceito e aplicação da teoria do desestímulo com intuito de punir uma conduta ilícita que cause danos a outrem, de modo, que busque evitar novas condutas ilícitas para ter mais segurança nos negócios jurídicos.

## 1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Há possibilidade de aplicabilidade da teoria do desestímulo à luz sistema de responsabilidade civil do ordenamento jurídico brasileiro?

## 1.3 HIPÓTESE

A teoria do desestímulo opera-se na punição patrimonial do agente ofensor, no qual tem o intuito de desestimular novas condutas.

Assim, o valor calculado para reparação do dano deverá ser analisado à luz da teoria do desestímulo, para chegar a um valor pecuniário que possibilite a reparação do dano e desestímule novas práticas de ilícitos civis.

A função da indenização tem caráter punitivo, por muitos chamados de punitivo-pedagógico ou simplesmente pedagógico.

## 1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS

O presente trabalho se orientará pelos seguintes conceitos operacionais: “desestímulo”, “*punitive damages*”, “princípios da razoabilidade e proporcionalidade” e “caráter punitivo-pedagógico”.

No tocante desestímulo, é o cerne do trabalho, diz respeito é um método empregado para desestimular algo, deixar de praticar, no qual, consiste, no presente caso, atribuir uma indenização a determinada conduta para deixar o agente de praticar. Do mesmo modo a *punitive damages*, tem mesmo significado, mas costumeiramente chamado no ordenamento jurídico dos Estados Unidos.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade poderão ter amplos sentidos, conduto determina uma aplicação adequada da lei, e individualizando o caso concreto. Assim, não poderá ser aplicado o mesmo valor indenizatório a todos os casos e a valoração, deste dever de indenizar, não será maior que o ofensor pode suporta.

O caráter punitivo-pedagógico diz respeito a função da indenização, que não servirá unicamente em punir, mas também em educar o ofensor, ao passo que irá dizer-lhe da extrema reprovabilidade da conduta adotada.

## 1.5 JUSTIFICATIVA

É corriqueira a prática de ilícitos civis em nosso país, desta forma se faz necessário compreender a teoria dos desestímulo e sua correta aplicação, que tem por escopo desestimular condutas ilícitas capazes de gerar danos da ordem moral a outrem.

A teoria do desestímulo é uma punição, com valor pecuniário, ao agente ofensor, no qual poderá desestimular novas condutas ilícitas. Não sendo uma punição “corpórea”, essa que era aplicada nos tempos passados.

Todavia, alguns tribunais não entendem a teoria como uma punição, mas apenas uma forma de majorar as indenizações, mas ponderam os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, na prática, mesmo aumentando o quantum indenizatório, ainda não é capaz de desestimular novas condutas danosas.

Uma pesquisa as bases de dados, constatou-se uma falta de estudo acerca da correta aplicação da teoria do desestímulo pelos tribunais superiores e a possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro à luz da relação civil comum, não somente da relação consumerista ou de trabalho, sendo que é possível encontra estudos controversos acerca do modo de aplicação e não o entendimento claro da doutrina e jurisprudência acerca do tema nas relações civis.

Portanto, busca-se entender melhor a teoria do desestímulo à luz do sistema de responsabilidade civil do ordenamento jurídico brasileira e descrever alguns dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, acerca das funções responsabilidade civil e o caráter da indenização.

## 1.6 OBJETIVOS

### 1.6.1 Geral

Analisar a teoria do desestímulo à luz do sistema da responsabilidade civil do ordenamento jurídico e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicabilidade.

### 1.6.2 Específicos

Descrever a evolução histórica da responsabilidade civil, desde os primórdios até a atualidade no direito brasileiro.

Estudar as principais problemáticas acerca da responsabilidade civil, identificando seus institutos e analisando sua estrutura no ordenamento jurídico brasileiro.

Demonstrar a origem da teoria do desestímulo e analisa-la à luz do ordenamento jurídico brasileiro, bem como, suas funções.

Identificar quais as divergências que a doutrina e a jurisprudência atreladas ao tema, comparando-as para verificar a possibilidade da sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Analisar a interpretação que os tribunais superiores trazem para majorar as indenizações.

## 1.7 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O delineamento da pesquisa, segundo Gil (1995, p. 70), “refere-se ao planejamento da mesma em sua dimensão mais ampla”, ou seja, neste momento, o investigador estabelece os meios técnicos da investigação, prevendo-se os instrumentos e os procedimentos necessários utilizados para a coleta de dados.

A pesquisa far-se-á com nível exploratório, que permite conhecer o conceito e objetivo da teoria do desestímulo, através de doutrina e entendimentos jurisprudenciais. Quanto à abordagem será qualitativa, que analisará os conceitos da doutrina e alguns acórdãos favoráveis e contra. O procedimento de coleta será o bibliográfico e documental, no qual se busca fontes primárias e secundárias;

Na elaboração desta pesquisa, os instrumentos utilizados para coleta de dados são os livros, artigos, dissertações, teses, jurisprudências e meios eletrônicos com material referente ao tema, pois através destes instrumentos que será feita a leitura do material e após, a tomada de apontamentos, registrando as principais informações para auxiliar na elaboração da conclusão.

## 1.8 ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

A monografia divide-se em cinco capítulos.

O primeiro capítulo apresenta todo o conteúdo introdutório, composto da descrição do problema, formulação do problema, hipótese, definição dos conceitos operacionais, justificativa, objetivos, procedimentos metodológicos e estrutura dos capítulos.

O segundo capítulo aborda a evolução histórica da responsabilidade civil, discorre desde o Código de Hamurabi, passando pelo direito Romano e concluído com no direito pátrio.

O terceiro capítulo discorre responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, seu conceito, pressupostos, como ato ilícito, culpa e dano, bem como a excludente do dever de indenizar e as funções da responsabilidade civil e, bem como, suas novas tendências.

O quarto capítulo apresenta a análise da *punitive damages*, a experiência dos Estados Unidos. Também, apresenta a discussão da Teoria do Desestímulo, espelhada na *punitive damages*, opiniões contrárias e favoráveis, com uma análise qualitativa das jurisprudências dos Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, o quinto capítulo trata da conclusão do tema, apontando os resultados encontrados através da pesquisa, bem como os objetivos alcançados pelo trabalho e a posição reflexiva a respeito do tema.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O direito tem origem nos primórdios, muito antes da escrita, no qual necessitava de regras para um convívio harmônico em sociedade. Assim, estabeleceram-se normas, institutos e sanções, se moldando no decorrer da evolução humana. (CASTRO, 2014, p.11).

Segundo Castro (2014), o homem entrou para história com a escrita, porém neste momento já estava estabelecido institutos que dependiam de conceitos jurídicos, por exemplo: poder paternal, propriedade, contrato, hierarquia do poder público.

Assim, o Direito é um processo evolutivo que ainda não chegou em sua plenitude e em paralelo caminha responsabilidade civil. (FERNANDES, 2013, p. 39).

### 2.1 ORIGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na fase primitiva da justiça não havia intervenção do Estado, sendo está feita com as próprias mãos. Assim, surgiu a “pena de talião”, que era um princípio onde estabelecia uma vingança privada ao ofensor – olho por olho, dente por dente - aplicava-se uma pena igualmente ao dano suportado, que por sua vez, não se cogitava culpa. Portanto, ficavam confundidas a responsabilidade civil e responsabilidade penal. (NADER, 2016, p. 49).

Assevera Tartuce (2018, p. 15) que “*talião* tem a sua origem no latim *talis* – igual, semelhante, tal –, donde *talio, onis*: pena igual à ofensa; tal ofensa, tal pena. ”

Segundo Rosenthal (2017), o primeiro indício da “lei de talião” é encontrado no código de Hammurabi, tornando-o grande monumento jurídico. O Código de Hammurabi passou a estabelecer o princípio do Talião como regra e não mais um costume da época – olho por olho, dente por dente – o autor do delito sofre a pena na mesma medida do dano causado, alimentando a vingança privada, pois sustentava penas corpóreas.

[...]de sua aplicação natural e espontânea, fruto de uma reação animal, de um sentimento de vingança ou de explosão do próprio sofrimento, a vingança privada, como forma de repressão do dano, passou para o domínio jurídico, como reação legalizada e regulada; o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou de excluí-la quando injustificável (LIMA, 1999, p. 20 apud TARTUCE, 2018, p. 15).

O Rei Babilônico foi um grande conquistador e estrategista por volta do século XVIII a. C, construiu um império que abrangia grandes territórios, conseqüentemente, existiam vários povos, com diferentes culturas, línguas, religião. Para unificar todo o império

e controlar todo o povo, foi desenvolvido um método que consistia em três elementos: a língua, a religião e o Direito. (CASTRO, 2014, p. 14).

Assim, objetivando a supremacia, Hammurabi determinou a edição do código e organizou a justiça para melhor controle social e aplicação do Direito e, portanto, tornando um monumento jurídico importantíssimo:

O poder judiciário, na Caldéia anterior ao reinado de Hammurabi, era exercido nos templos pelos sacerdotes em nome dos deuses. Na Babilônia, desde o início da I dinastia, começaram a ser organizados, à imitação do que já existia em Sumer, tribunais civis dependentes diretamente do soberano. Hammurabi conferiu à justiça real supremacia sobre a justiça sacerdotal; deu-lhe uniformidade de organização e regulamentou cuidadosamente o processamento das ações, compreendendo nessa regulamentação a propositura, o recebimento ou não pelo juiz, a instrução completa pelo depoimento de testemunhas e diligências 'in loco' e, finalmente, a sentença. Foi estabelecida então uma organização judiciária que incluía até ministério público e um direito processual. (GIORDANI, 2008, p. 155).

Anote-se, os dois períodos (anterior e posterior ao Código de Hamurabi) foram marcados pela “vingança privada”, que por sua vez, era um método utilizado em retribuição/reparação conduta danosa. Mas somente com a “lei do talião”, expresso no código de Hammurabi, que encontrou um senso entre o dano causado e o mau sofrido, ou seja, estabeleceu uma proporcionalidade. (FERNANDES, 2013, p. 41).

Ademais, levando em consideração o contexto histórico e o modelo de sociedade estabelecido, o Código de Hammurabi representou um progresso na matéria. Haja vista, que o homem posterior à época também reagia com violência, limitando-se, por vezes, na ordem estatal e na moral. Contudo, a regra do Talião foi absorvida, mesmo que em parte, posteriormente pela Lei das XII Tábuas – determinava autocomposição e pena pecuniária. (FERNANDES, 2013, p. 42, 43).

## 2.2 DIREITO ROMANO

O Direito Romano é um conjunto de norma vigentes em Roma, desde sua fundação no século VIII a.C., até Justiniano no século VI d.C. O direito era uma criação típica daquele povo, baseado em três princípios, que são: viver honestamente, não lesar ninguém e dar a cada um o que é seu (*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). De modo geral, o Direito Romano foi o alicerce para hoje estarmos vivendo em países intitulados “Estados de Direito”. (CASTRO, 2014, p. 83).

No Direito Romano existia, basicamente, quatro fontes do direito: o costume, era a fonte predominante no direito privado, devido os jurisconsultos que regulamentavam as

relações sociais pela adaptação de normas primitivas que a tradição transmitia; a lei, sendo esta apresentada em duas modalidades - a *Lex* (leis obrigatórias) *Leges Rogata* (propostas pelos magistrados e votadas pelos cidadãos); Editos dos magistrados, eram promulgações no início de cada ano – em Roma existia os mais diversos magistrados; Jurisconsultos, estudiosos que indicavam formas e atos aos magistrados, também chamados de “prudentes”. (ALVES, 2017, l. 23).

Existem três períodos do Direito Romano, sendo cada um deles firmados pelas suas características próprias.

Período Arcaico, vai da fundação de Roma até do século II a.C., caracterizado pelo formalismo, rigidez e ritualidade. Os cidadãos eram vistos como uma família e não como indivíduos, pois dependiam mais do grupo que estavam ligados do que do Estado. Esta fase foi marcada pela lei das XII Tábuas. (CASTRO, 2014, p. 84).

Período Clássico, do século II a.C. até o século III d.C., auge do Direito Romano, com poder centralizado e, por consequência, maior força para mudar as normas. (CASTRO, 2014, p. 85).

Período Pós-clássico, do século III até o século VI d.C., teve grandes inovações. Vivia-se uma vulgarização do Direito devido as leis locais, e buscou-se fixar regras por meio de codificação que, a princípio, era repudiada pelos romanos. Assim, Justiniano conseguiu implantar o *Corpus Iuris Civilis*, que influenciou grande parte dos códigos modernos. (CASTRO, 2014, p. 85).

Para Cendon (1987, p. 259 apud ROSENVALD, 2017, p. 56) a história da pena privada inicia no Direito Romano e decai no Direito Romano, começando pela Lei das XII Tábuas e terminando no corpus iuris de Justiniano.

### **2.2.1 Período Arcaico**

O período posterior da vingança privada é o da composição, no qual a vítima passou a perceber as conveniências da compensação econômica em caso de dano. Assim, surgiu métodos em que o patrimônio do ofensor responderia e não mais sua vida.

A Lei das XII Tábuas, nasceu em 450 a.C., inspirada na vida ateniense e suas normas, no qual priorizava a autocomposição, defendia melhores condições às mulheres, os escravos e os estrangeiros. Contudo, ainda, sofreu fortes influências da lei de talião:

Cabe pontuar que o acordo era uma alternativa à pena de Talião (Lei n. 11). A vingança privada pode ser retirada de outras leis dessa tábua, destacando-se as de números 14, 15, 16, 17 e 18. Em complemento, como se pode perceber de sua leitura, a citada lei romana previa a possibilidade de penas pecuniárias, tal como a poena, indenização que seria paga pelo ofensor – este, então, tornava-se devedor, e o credor, a vítima que sofria o prejuízo. A poena surgiu no sistema romano para substituir a vingança privada, sendo certo que tal punição privada não se confundia com a pena pública, uma vez que os delitos públicos estavam sujeitos a processos especiais. MEIRA, 1971 apud TARTUCE, 2018, l. 1).

Na prática, um ato contra a integridade física ou moral de alguém, existia duas possibilidades de pena: de composição legal, ou seja, um valor pecuniário oferecido ao ofendido ou; aplicação da pena de talião. (GAIO, [120-180], p. 223 apud ALVES, 2017, p. 587).

A lei das XII Tábuas trazia dois requisitos essenciais para caracterizar o delito: a *iniuria* – que significava ato praticado sem que tenha direito – era algo essencial de qualquer delito praticado. O *damnum iniuria datum* – que neste momento refere-se ao dano causado ofendido - ficando excluído a culpa como pressuposto. Contudo, era previsões casuísticas, somente na Lei Aquiliana que este instituto se torna, inequivocamente, autônomo e nasce a responsabilidade extrapatrimonial. (ALVES, 2017, p. 587).

Segundo Rosenvald (2017), no direito romano existia *delitti publici* (pena pública, também conhecida por “res”), definidos como atentado à ordem social, chegando ao pondo de pena de morte e *delitti privati* (poena), bom como furto, dano e lesões pessoais etc., eventos da esfera individual que legitimava reação do ofendido. Sendo, contudo, aplicação da lei de talião e posteriormente uma pena pecuniária fixada pelo juiz.

Assim, proibiu-se o ofendido fazer justiça com as próprias mão e começa a moldar-se a distinção entre reparação e punição, do mesmo modo, responsabilidade civil e responsabilidade penal.

Destarte, a *compositio*, em seu papel de pena pecuniária, já prevista e aplicada em procedimento de autotutela de grupo, era utilizada não apenas para ilícitos privados, mas para crimes públicos, com funções completamente diversas e uma sanção mais grave. A *compositio* era a pena privada por excelência, nascendo como obrigação derivada de delito, consistente na satisfação de um fato ou ato ilícito que constituísse uma injustiça. Simultaneamente, fazia o papel de pena (caráter aflitivo) e de reparação de danos (ressarcitório e satisfatório). Restaurava-se a paz turbada e nada mais era devido à vítima. O montante das composições ou era fixo, baseado em sistema duodecimal, ou fazia referência a um múltiplo. (ROSENVALD, 2017, l. 55).

Assim, a responsabilidade civil começa a separar-se da responsabilidade penal, ao mesmo passo que o Estado começa a ter o monopólio da jurisdição, negando quase que totalmente o uso da autodefesa privada. (DEMO, 2010, p. 79).

### 2.2.2 Período Clássico

A *lex aquilia* foi um plebiscito, aproximadamente no fim do século III a.C., no qual atribuir uma penalidade em dinheiro para quem destruísse ou deteriorasse bens alheios. Também, aplicava a pena pecuniária para quem ferisse ou causasse morte a um escravo, sendo que eram considerados coisa. (VENOSA, 2017, p. 462).

Esta norma foi um marco para a responsabilidade civil, atingindo uma dimensão ampla na época de Justiniano; começou a considerar o ato ilícito, culpa e dano como institutos autônomos, surgindo, assim, a responsabilidade civil extracontratual. (VENOSA, 2017, p. 462).

Segundo Alves (2017) para configurar *damnum iniuria datum*, ou seja, responsabilidade extrapatrimonial, na lei aquiliana, (que antes previa algumas situações de deterioração ou destruição de coisa animada ou inanimada, a firmou um primeiro entendimento de dano) era necessários três requisitos: (a) *iniuria*, que o dano deveria decorrer de ato praticado contrariando o direito. (b) culpa, que o dano fosse decorrente de ato positivo do agente e não simplesmente negativo, praticado com dolo ou culpa. (c) *damnum*, dano deveria ser causado diretamente pelo agente. Assim, não se configurava *damnum iniuria datum*, nas hipóteses, de entregar uma arma ao um escravo e ele se matasse (*corpore datum* – dano direito) ou; alguém abrir uma jaula e um animal alheio fugir (*corpori datum* – agente deve atingir materialmente a coisa alheia).

Nada obstante, ainda no Direito Romano clássico, as várias restrições trazidas na Lei aquiliana que não configuravam a responsabilidade, fez a jurisprudência (*actiones legis Aquiliae*) estabelecerem hipóteses que caracterizava dano. Mesmo quando ocorresse o *corpori datum* ou *corpore datum*, em que resultava em simples omissão, desde que vinculado a ato realizado pelo ofensor, por exemplo: era responsabilizado o médico que depois de iniciado o tratamento do escravo, abandonasse o doente, e este viesse a falecer (ALVES, 2017, l. 267).

Segundo Garcez (2000 apud TARTUCE, 2018) a responsabilidade civil passa pela evolução teórica romana devido suas necessidades práticas, surgindo neste período a figura do abuso do direito (ato emulativo).

Nesta fase não havia uma nítida distinção entre responsabilidade civil e penal, haja vista que a composição era de caráter penal ou reparação.

Somente na Idade Média, com um estudo maior acerca da culpa *stricto sensu*, distinguiu-se entre responsabilidade civil e penal. Desta forma, na doutrina francesa que estabelece a teoria da responsabilidade civil. (DINIZ, 2015, p. 10).

### 2.2.3 Período Pós-clássico

Este foi iniciado com Justiniano, que codificou o Direito Romano, sendo que Roma vivia uma vulgarização do Direito. Houve várias tentativas de codificar, mas somente com a queda do Imperador do Ocidente, que Justiniano, Imperador do Oriente conseguiu elaborar e implantar o *Corpus Iuris Civilis*, o qual, é composto por quatro obras: *Codex*, *Digesto*, *Institutas* e as *Novelas*. (CASTRO, 2014, p. 86).

Segundo Bobbio (2006), o Direito Romano tinha um caráter de origem social, ou seja, construía-se com desenvolvimento da sociedade e com complexas normas. Toda essa complexibilidade foi recolhida por Justiniano na elaboração do *Corpus Juris Civilis*, assim, ter uma validade e um Direito imposto pelo Estado, no caso, pelo Imperador Justiniano.

Deste modo, com a grande modernização trazida o *Corpus Juris Civilis* influenciou vários códigos posterior e também o Código Napoleônico (BOBBIO, 2006, p. 30).

## 2.3 DIREITO FRANCÊS

Dentre o período Romano e a era da codificação, com marco importante o Código Napoleônico, houve importante fase desenvolvida pela Escola clássica de Direito Natural. Seus regentes foram: Huho Grócio, Hobbes, Spinoza, Pufendorf, Wolf, Kant, entre outros. (NADER, 2016, l. 21). Assim, enquanto os romanos eram práticos, a escola clássica do Direito Natural elaborava novos métodos, mais tarde influenciados pela era da codificação. Conforme Garcez (2000 apud NADER, 2016), “O seu verdadeiro mérito consistiu em adequar a construção teórica do instituto às suas exigências práticas. Por outras palavras, consistiu na justificação autônoma da reparação dos danos, desvinculada da tradição romana.”

No Direito Francês aprimorou-se os temas envolvidos na responsabilidade civil, quando Domat determinou uma categoria para a culpa. Assim, sempre que houvesse culpa, haveria direito à reparação. Porém, separou responsabilidade civil (perante a vítima) e a responsabilidade penal (perante o Estado). E, ainda, uma distinção de responsabilidade contratual e extracontratual (DINIZ, 2015, p. 11).

O Direito Frances, na era napoleônica, influenciou todo ocidente e, também, o primeiro código civil brasileiro. Mas destaca-se que na evolução do Direito francês, surgiu a Teoria do Risco, em 1897, que atingiu o Direito Brasileiro (FIGUEIREDO e FIGUEIREDO, 2016, p. 289).

### 2.3.1 Código Napoleão

O artigo 1.382 do Código de Napoleônico afirmava “Art. 1.382 – Todo ato, qualquer que seja, de homem que causar dano a outrem obriga aquele por culpa do qual ele veio a acontecer a repará-lo.” Deste modo, prevaleceu o entendimento que a responsabilidade civil estava sustentada na culpa. (NADER, 2015, p. 22).

Segundo Nader (2016, 1.22) o “code Napoléon” trazia duas figuras distintas, o delito e quase delito. O delito era o ato ilícito praticado dolosamente, o quase delito era a culpa *stricto sensu*, ou seja, por imprudência ou negligência. Contudo, nunca dispensando o dano. Enquanto no Direito Romano, a distinção era irrelevante.

Uma outra distinção do Direito Romano, era por conta da taxatividade dos delitos. No direito francês os atos ilícitos eram ilimitados, ao passo que uma formula abstrata e abrangente, ao lado de algumas hipóteses, poderia contemplar o ilícito (NADER, 2016, 1.22).

O Código de Napoleão trazia a ideia de culpa em abstrato, a noção de culpa como elemento imprescindível para gerar o dever de indenizar: *pas de responsabilité sans faute* (inexiste dever de reparar sem culpa). (DINIZ, 2015, p. 11). Surgindo, então, o entendimento de responsabilidade civil extracontratual.

Tendo em vista que a teoria subjetiva, aplicada isoladamente, não mais correspondia às necessidades de um mundo industrializado e de uma sociedade cada vez mais dinâmica e complexa, em torno dos arts. 1.384 e 1.385 a jurisprudência construiu a teoria da *presunção absoluta de culpa*, contra a qual não se admitia prova em contrário. A adoção da teoria objetiva, na França, teve o seu marco em uma decisão da Corte de Cassação que, pelo Tribunal Pleno, em 13 de fevereiro de 1930, admitiu que, em casos de acidentes de automóveis, o condutor somente podia liberar-se da responsabilidade pelos danos causados provando a ocorrência de caso fortuito ou de outra causa que lhe fosse estranha. Em outras palavras, não competia à vítima a prova de culpa (*lato sensu*) do agente. (CASSIN, 1911, p. 255 apud NADER, 2016, p. 23).

Daí por diante, observou-se a tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e estabelecendo uma jurisprudência. (GONÇALVES, 2017, p. 152). Assim, influenciando o direito ocidental, como explanado alhures.

## 2.4 O DIREITO ANGLO AMERICANO

Segundo Lima (apud Nader, 2016, p. 24), o sistema anglo-americano, nos seus primórdios, era fundada em critérios abstratos, sendo o direito garantido por ações judiciais. Deste modo, consistia de obrigação imposta pela lei, mas para determinadas situações não

existia elemento da culpa, assim o conceito de responsabilidade civil, neste sistema, é muito mais amplo e abrangente, sendo que no nosso sistema a culpa é elemento basilar.

Contudo, no século XIX, a Inglaterra vivia tempos de revolução industrial, assim, se assemelhou no direito romano sendo que a responsabilidade por danos era restrita e dependia da culpa do agente: No *liability without fault* (sem culpa não há responsabilidade), que conceituou o *torts*. A Inglaterra passou em admitir o princípio *vicarious liability*, que resume na empresa responder pelos danos causados por seus empregados. (NADER, 2016, l. 24).

Já no século XX, influenciado pelo jurista Wendel Holmes, os Estados Unidos da América, editaram normas acerca da responsabilidade civil que trazia a teoria objetiva, sobre transportes ferroviários e marítimo. (NADER, 2016, p. 24).

Grande marco na responsabilidade civil foi em 1965, em que a Suprema Corte Americana reconheceu o direito à privacidade (Right to Privacy), sob a ótica constitucional daquele Estado. Assim, levou-se a tutela dos direitos da personalidade e novos atos ilícitos: perturbação emocional, perseguição racial, sexual ou laboral. (NADER, 2016, p. 24).

Em linhas gerais a responsabilidade civil do ordenamento jurídico *common law*, não se distanciou, sendo este sistema baseado na tradição e jurisprudência, ao contrário do *civil law* que é regido por leis.

## 2.5 CÓDIGO PORTUGUÊS

Um marco inicial importante no direito português, se dá pela invasão dos visigodos, que eram os antigos bárbaros germânicos. Portanto, primeira legislação portuguesa tem cunho germânico, devido Roma ter administrado a região até o século V, ter forte influência do cristianismo também, por ter sido está a religião imposta.

O Código Visigótico, devido a essas influências, tinha um sistema de caráter misto, fazendo parte dela a composição germânica e o critério penal dos romanos. O código nunca conseguiu estabelecer diferença entre responsabilidade civil e penal. No século VIII, após a invasão árabe, havia a reparação pecuniária, no entanto, também eram admitidas as penas corporais e a vingança privada. (FIGUEIREDO e FIGUEIREDO, 2016, p. 289.)

Estas ordenações influenciaram o direito pátrio, que vigoraram durante o período colonial.

## 2.6 DIREITO BRASILEIRO

No Brasil-colônia, o direito vigente era o mesmo de Portugal. Após a independência em 1822, o direito brasileiro continuava sem distinção da responsabilidade civil e penal. Portanto, muitas vezes vindo utilizar-se do código criminal, ordenações das Filipinas e Manuelinas (decretadas em 1603), e ao direito comparado, seja romano e canônico. (RIZZARDO, 2015, p. 43).

A responsabilidade aquiliana, entre nós, era regida por disposição semelhante à do art. 1.832 do *Code Napoléon*, localizada no art. 68 da Lei de 3 de dezembro de 1841 e arts. 21 e 22 do Código Criminal de 1830.<sup>43</sup> Os danos causados à pessoa ou bens de outrem, mediante dolo ou culpa, leve que fosse, obrigavam o ofensor a conceder à vítima a plena reparação. Se os danos fossem provocados por mais de uma pessoa e não se pudesse identificar cada parcela de culpa, cada qual respondia por todos e todos por um, consoante disposição da *Lex Aquilia*, aplicável à espécie. (NADER, 2016, p. 25).

Segundo Nader (2016), a reparação deveria ser completa e a extensão da reparação do dano era arbitrário, priorizando a entrega da coisa ou reparação quando deteriorada. Era o mandamento expresso no artigo 800 e 801 do código criminal.

### 2.6.1 Código civil de 1916

Desde a independência do Brasil, se via necessário uma elaboração de um código civil e criminal, visto que na constituição de 1824, previa-se uma elaboração com urgência de um Código Criminal e Civil. Contudo, a dificuldade na elaboração do código civil, dava-se que o código deveria ser feito para cidadão, assim, como o Código Napoleônico. Um conceito de cidadão não interessava a elite brasileira, devido o número grande de escravos e grandes direitos poderiam igualar os latifundiários ao povo comum. (CASTRO, 2014, P. 432-433).

Em 1854, o então ministro da justiça José Thomaz Nabuco de Araújo, solicitou o renomado advogado, à época, Teixeira de Freitas, para escrever um Código Civil. Todavia, após escrever um esboço, abandonou os trabalhos alegando incompatibilidade do seu entendimento com o do governo. Então, o próprio Nabuco continuou os trabalhos, mas seis anos depois faleceu e deixou apenas algumas anotações. (CASTRO, 2014, p. 433 -434).

A partir daí, houve a contratação de Clóvis Beviláqua, que em 1890, entregou a câmara dos Deputado, no qual passou sem problema. Mas esbarrou no Senado, onde o renomado advogado Rui Barbosa fez diversas discussões, criou-se grandes desafio e em 1912, o Senado aprovou com todas as emendas propostas por Rui Barbosa. Assim, retornou para a Câmara e aprovado em 1915. (CASTRO, 2014, p. 434 -435).

O Código de 1916, era composto de 1807 artigos, estando dividido em duas partes: geral e especial.

A responsabilidade civil no código civil de 1916, era muito singelo, sendo tratado em apenas um artigo. A cláusula geral de responsabilidade civil: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” A responsabilidade civil era fundada na culpa, sendo está provada, não só provar o dano, mas como agiu com culpa. (BRASIL, 1916).

Com o advento do Código Civil de 1916, a responsabilidade civil no direito brasileiro poderia ser classificada como subjetiva, estando a exigir prova de culpa ou dolo do agente, autor do dano, como requisito de responsabilização. Após, a história do direito brasileiro se viu instada a analisar casos relativos à urbanização, relação de trabalho, industrialização, consumo, demandas de massa” (FIGUEIREDO e FIGUEIREDO, 2016, p. 290).

Como nota-se, a responsabilidade civil do código civil de 1916, é calcada em um único conceito: o ato ilícito (art. 159). Assim, era somente uma pilastra que sustentava a construção da responsabilidade civil. Porém, a responsabilidade civil do código civil de 2002, é baseada em dois pilares, o ato ilícito (art. 186) e o abuso do direito (art. 187). (TARTUCE, 2016, p. 485).

### 2.6.2 Código Civil 2002

Em 1963, Orlando Gomes apresentou um projeto do Código Civil. Neste mesmo ano Caio Mário da Silva Pereira apresentou um projeto de Código das Obrigações e buscou reformar o Código Civil de 1916, mas diversos institutos foram aparecendo, e uma alteração e um artigo ou capítulo repercutia em outros. Assim, em 1975, foi apresentado ao Congresso Nacional um novo projeto. Porém, com longos debates, revisões de ambas as casas do congresso nacional e mais de mil emendas, juntamente com a Constituição Federal de 1988, somente em 2001 o Código Civil Vigente foi para sanção presidencial. (RIZZARDO, 2015, p. 46).

Atualmente, o Código Civil Brasileiro de 2002 recepciona duas teorias que explicam os critérios para auferir a responsabilidade ao possível causador de um dano, tendo em vista a reparação conforme o tipo de dano causado.

A doutrina majoritária adota o posicionamento de que os tipos de responsabilidades (subjetiva e objetiva) contidas no atual Código Civil são explicadas através da Teoria da Culpa e da Teoria do Risco. No subcapítulo posterior ao do Conceito de

Responsabilidade Civil, será analisado o teor das teorias fundamentadoras da responsabilidade em análise.

### **3 O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURIDÍDICO BRASILEIRO**

Segundo Tartuce (2016) responsabilidade civil surge com o descumprimento de uma obrigação, seja por contrato ou a não observância da lei. Esse descumprimento é o ato ilícito ou abuso de direito. O ato ilícito é a conduta humana praticado em desacordo com o ordenamento jurídico que causa dano a alguém, conseqüentemente nasce a obrigação de reparar ou indenizar o dano. Abuso de direito é o desrespeito da boa-fé, ou seja, tem-se uma conduta lícita, mas prática em excesso que nasce conseqüências ilícitas, porém é conceito aberto e dinâmico.

Segundo Gonçalves (2012), toda atividade que causa dano a outrem cria um desequilíbrio moral e patrimonial na sociedade. Portanto, por ter violado determinada norma e causado danos, responsabilidade civil surge como conseqüência da atividade danosa e restaura o harmonia e equilíbrio da sociedade, assim, em contraprestação, determina a reparação do dano causado. Conceituando Responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Sintetiza Puccinelli (2015), “a responsabilidade civil é caracterizada pela violação do princípio fundamental de não causar dano a outrem – *neminem laedere* (não lesar outrem).”

Assim, a responsabilidade civil é o instituto do Direito Civil que imputa a alguém o dever de reparar o dano, fazendo surgir uma obrigação de indenizar.

#### **3.1 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL**

A responsabilidade civil pode ser estruturada por diversas espécies, conforme perspectiva que se analisa.

##### **3.1.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual**

A responsabilidade civil poderá originar-se da violação da lei ou de contrato. No primeiro caso é denominada responsabilidade extracontratual ou aquiliana e no segundo caso a responsabilidade negocial ou contratual. Na responsabilidade extracontratual é a violação de

uma lei que gera dano, a responsabilidade contratual é a violação assumida em um negócio jurídico. (NADER, 2016, p. 48).

Quando a responsabilidade surge da violação da lei, neste caso, aplica-se o artigo 186 do código civil vigente: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

No descumprimento contratual, por exemplo, em uma viagem de ônibus, uma parte assume a obrigação de levar o passageiro ao destino sem nenhum dano. Caso houver um acidente e o passageiro ferir-se, surge a responsabilidade de indenizar, segundo o artigo 389, do código civil: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

Outrossim, há alguns autores que distinguem responsabilidade contratual e extracontratual na prática. Assim, na contratual cabe a prova da relação jurídica e inadimplemento ou adimplemento, e na extracontratual da conduta ilícita, contudo, ambas pressupõem responsabilidade civil. (NADER, 2016, p. 49).

De um mesmo fato jurídico poderá ocorrer uma responsabilidade contratual e extracontratual, em alguns casos, a primeira absorve a segunda, por exemplo quando comodatário causar dano ao comodante, este podendo evita-lo, é uma responsabilidade com os requisitos da extracontratual, mas observa-se, *in casu*, a responsabilidade contratual. No mesmo norte, quando um motorista de ônibus abalroar um automóvel e causar lesão ao passageiro, assim, nasce as duas possibilidades de responsabilidade. (NADER, 2016, p. 50).

Esta distinção entre responsabilidade extracontratual e contratual, não se apresenta apenas para fins didáticos, pois na responsabilidade extracontratual não está previamente estabelecido. Porém, segundo Dias (2006, apud NADER, 2016), existem as duas modalidades, mas não atingem distinções nos fundamentos e princípios.

Para muitos autores existe apenas uma responsabilidade, pois a contratual seria ‘*uma aplicação particular da responsabilidade em geral*’, como expõem Marty e Raynaud, para os quais a adoção da *teoria da unidade* implica o entendimento de que as distinções então apresentadas seriam meramente contingentes ou sem importância. Os autores franceses rejeitam este monismo, inclusive porque as duas formas de responsabilidade possuem regimes jurídicos distintos (v. item 137). O Código de Defesa do Consumidor, como analisa Sérgio Cavalieri Filho, adotou a teoria monista da responsabilidade, *ex vi* do art. 17, ao dar tratamento unitário à responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços.<sup>69</sup> Tendo em vista que os vícios ou defeitos dos produtos ou serviços muitas vezes alcançam pessoas estranhas à relação contratual, o referido dispositivo equipara “*aos consumidores todas as vítimas do evento.*” Em face do ilícito praticado pelo fornecedor, a lei

ampara, também, os não consumidores, prejudicados pela qualidade do produto ou serviço, inclusive os *bystanders* – ou seja, os meros espectadores afetados. É a hipótese, por exemplo, de quem foi presenteado com um objeto que apresenta defeito oculto e lhe causa danos. A ele cabe o direito de pleitear contra o fornecedor. (NADER, 2016, p. 51).

No código civil brasileiro é aceito as duas teses, dualismo ou clássica, contudo sempre combatido, por haver regulamentação própria e aspectos próprio (GONÇALVES, 2017, p. 60).

### 3.1.2 Responsabilidade civil objetiva e subjetiva

A responsabilidade subjetiva é a regra em nosso ordenamento, baseado na teoria da culpa. Para caracterizar responsabilidade subjetiva é necessário a comprovação da Culpa genérica ou *latu sensu*, que inclui o Dolo, ou seja, a intenção de causar dano e a Culpa em sentido restrito, que é a conduta praticada com imprudência, negligência ou imperícia. (TARTUCE, 2016, p. 559).

Assim, na imperícia e na imprudência o agente tem uma atitude comissiva, ou seja, de ação. Na imperícia, faz sem ter a habilidade necessária, enquanto que na imprudência faz sem o cuidado devido. A negligência é forma omissiva, por descuido ou desatenção o agente deixa de fazer algo que seguramente deveria fazer. (NUCCI, 2014, p. 201).

Em meados do século XIX, descobriu-se que a responsabilidade subjetiva não englobava todos os casos de reparação, assim, com um Direito socializado em detrimento do individualismo, surgiu a Teoria Objetiva. Chegou-se a um conceito de responsabilizar os proprietários das fábricas pelos danos causados, ou pelo risco da atividade exercida, no qual organizou ou patrocinou. Portanto, pelo fato de obter vantagem com os incrementos industrializados e o resultado produzido, estendeu-se todas as responsabilidades pelas consequências provocadas as vítimas que manuseavam ou terceiros que se envolviam em acidentes. (RIZZARDO, 2015, p. 26).

No direito civil brasileiro anterior, fulcro o Código Civil de 1916, a responsabilidade era fundada primordialmente na teoria da culpa subjetiva e como pressuposto básico a prática de ato ilícito. Mas, nesse período, não foi abandonado a responsabilidade objetiva, sendo que os dois sistemas aplicados unilateralmente são insuficientes para abranger todas as problemáticas da responsabilidade. (RIZZARDO, 2015, p. p.27).

Os problemas da responsabilidade são tão somente da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem

emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesse do jogo, cujo desequilíbrio é manifesto se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva. (LIMA, 1938, p. 101 apud RIZZARDO, 2015, p. 27).

Neste diapasão, o Código Civil de 2002, passa admitir a responsabilidade objetiva nos casos expressos na lei ou quando atividade de risco normalmente desenvolvida, destacando o parágrafo único do artigo 927, no qual era omissivo no Código anterior. Segundo Tartuce (2016, p. 560), “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Segundo Nader (2016) a teoria objetiva é conhecida como a teoria do Risco, no qual dispensa culpa, pois o agente responderá por ser único possuidor do fato gerador do dano, fazendo lembrar que a atividade de risco deve ser normalmente desenvolvida pelo autor.

O enunciado número 38, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, esclareceu que a atividade de risco é quando o autor do dano causar a um membro da sociedade ônus maior que os demais membros. A V Jornada de Direito Civil, salientou que atividade de risco induz um risco especial e diferenciado, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa. Ademais, acrescentou que deve levar em conta o interesse da sociedade e não apenas a proteção do indivíduo ofendido e a atividade desenvolvida. Este último entendimento foi proposto por Roger Silva, que em sua tese de doutorado destacou as futuras tecnologias, principalmente os micro-organismos robóticos, conhecidos como nanotecnologia. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012).

Nosso ordenamento também consagra a responsabilidade objetiva por fato de terceiro, ou também conhecida como responsabilidade civil objetiva indireta. O artigo 932, traz o rol que podem ensejar tais situações: os pais são responsáveis pelos atos dos filhos menores, o empregador é responsável pelos atos do empregado quando em serviço, os donos de hotéis são responsáveis pelos atos dos hóspedes, são também responsáveis os aqueles que contribuíram gratuitamente nos produtos do crime, até a correspondência da respectiva quantia. (TARTUCE, 2016, p. 569).

### 3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para imputar responsabilidade à pessoa, é necessário o preenchimento de alguns pressupostos, no qual seja, Culpa, dano e nexos causal entre culpa e dano. Assim, analisaremos esses institutos e suas particularidades.

### 3.2.1 Culpa

Inicialmente o conceito de Culpa *lato sensu* ou Culpa genérica, que engloba culpa sentido restrito e dolo, segundo Capitant (1962, p. 197 apud RIZZARDO, 2015, p. 2) culpa consiste em uma ação ou omissão em desacordo com estabelecido em contrato, do mandamento legal ou o dever do homem em se comportar com diligência e lealdade nas relações da sociedade, seja intencional ou não.

O francês Savatier definiu culpa como “faute”, uma palavra que não tem um significado muito aprimorado, mas é tida como “falta”. Assim, entende-se que culpa é a inexecução de um dever que o agente deveria conhecer ou poderia conhecer, que por sua vez, efetivamente não praticou ou deliberadamente violou e classifica-se como dolo. Se tinha o dever de conhecer e não conhecia é involuntária e constitui culpa simples ou quase dolo. (RIZZARDO, 2015, p. 2).

Porém, outros franceses (Mazeaud e Mazeaud) afastam o dever, ressaltando tão somente o erro na conduta, ou seja, é estabelecido um padrão de conduta e quando o agente se afasta deste padrão incorre em Culpa. (RIZZARDO, 2015, p. 2).

Segundo Pereira (2016) não admite diferença entre dolo e culpa, sendo a culpa um sentido amplo que abrange todo o comportamento do agente, intencional ou não.

Esclarece Diniz (2015) que culpa em sentido amplo é uma violação do dever jurídico imputável a alguém. Existem duas espécies que consiste no Dolo, que é a violação intencional que resume na vontade consciente de violar o direito e Culpa em sentido estrito, que consiste na imperícia, imprudência ou negligência, como conceituadas alhures.

Não se trata de atingir um comportamento psicologicamente culposo, mas de reagir a um ato objetivamente disforme a um padrão de conduta diligente, um agir no qual se infere um rebaixamento de certo nível comportamental. O sujeito que possui um comportamento disforme a esses cânones será responsabilizado, mesmo que tenha feito o máximo para evitar o dano. Convenhamos que o recurso à culpa normativa facilita sobremaneira a sua identificação, em comparação com o angustiante reconhecimento de uma falta moral do agente. (BIANCA, 2006, p. 575 apud ROSENVALD, 2017, p. 192).

Assim, podemos concluir que a Culpa em sentido amplo, divide-se em Dolo – quando há intenção do dano – e Culpa sentido restrito – quando não há intenção, mas é praticada por negligência, imprudência ou imperícia. Portanto, quando se fala em responsabilidade deve-se levar em consideração culpa *latu sensu* – engloba o Dolo e culpa em sentido restrito.

### 3.2.1.1 Ato Ilícito

Toda conduta humana pressupõe uma ação que poderá ser classificada como comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, que viola direito e causa dano. O comissivo é a prática de um ato, parte da inércia para o movimento fático; o omissivo é a inércia, deixar de praticar um ato que tinha o dever jurídico ou deveria ter conhecimento. Assim, ação é o fator gerador da responsabilidade. A responsabilidade decorre do ato ilícito, que traz uma ideia de culpa sentido amplo, ato ilícito é conduta contrária o ordenamento jurídico, ou seja, conduta reprovável juridicamente, sendo uma modalidade do fato jurídico que gera ou modifica uma relação jurídica (NADER, 2016, p. 106).

Deste modo, ato ilícito não está prescindido de Culpa, mas apenas é um dos seus elementos, a culpa surge porque preexistiu um ato ilícito. Se há repercussão do ato ilícito nos bens alheios, mesmo que moral, consuma-se o ato ilícito e nasce a responsabilidade civil. Não se pode falar em ato ilícito sem culpa, pois não se materializa apenas na violação da obrigação, ou seja, somente haverá ato ilícito se houver dano material ou moral (RIZZARDO, 2015, p. 4).

### 3.2.1.2 Gravidade da Culpa

O Código Civil de 2002, estabeleceu gravidade na culpa, adotada por parte da doutrina de equiparação, e dividida em três níveis: culpa grave, leve e levíssima. A estabelecer no caput do seu artigo 944, que a indenização se mede pela extensão do dano e no parágrafo único que o juiz poderá reduzir a indenização quando houver uma desproporção entre culpa e dano. (BRASIL, 2002).

Haverá culpa leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um bônus pater famílias. Já a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular. Em suma, a gravidade da culpa está na maior ou menor previsibilidade do resultado e na maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano. (CAVALIERI FILHO, 2016, p. 56).

Segundo Tartuce (2018), em regra, a reparação dos danos é integral quando presente o dolo ou a culpa grave do agente. Contudo, se o agente atuar com culpa leve ou levíssima, caberá eventual redução do quantum indenizatório pelo magistrado.

### 3.2.1.3 Conduta Culposa

O Código Civil de 2002, traz uma série de conduta tratadas como responsabilidades objetivas, mas na codificação anterior eram tratados como culpa presumida.

Culpa *in eligendo*, consiste na possibilidade de o agente responder pela má escolha do seu representante ou empregado. Sempre houve uma discussão, no qual surgia a responsabilidade do empregador pela má escolha. Contudo, com advento da súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, a discussão pacificou-se: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.” (BRASIL, 1963).

Ademais, Segundo Rosenvald (2017), a responsabilidade civil objetiva deflui da lei (artigo 933, do Código Civil de 2002), e não se discute mais a culpa *in eligendo*, atualmente, se houver negligência do empregado, acrescenta, artigo 932, inciso III do Código Civil de 2002: “São também responsáveis pela reparação civil: [...] o empregador ou comitente, por seus empregados,[...]”

A culpa *in vigilando* segue a mesma linha de raciocínio da anterior, é configurada pela falta de cuidado e fiscalização por parte do responsável ou proprietário dos bens e pessoas – os pais respondem pelos atos dos filhos menores, via de regra, pela falta de vigilância. E, também, a culpa *in custodiando* que determina a responsabilização pela falta de relação com animal ou coisa sob os cuidados do agente. (CAVALIERI FILHO, 2016, p. 58).

Por conseguinte, vale ressaltar, a culpa *in comitendo* que surge na prática de uma determinada situação, por exemplo, a demolição de um prédio. Do mesmo modo, a culpa *in omitendo* surge quando o agente tinha obrigação em intervir em determinada atividade e nada faz. (RIZZARDO, 2016, p. 6).

### 3.2.2 Dano

Dano em sentido amplo é a lesão de um bem jurídico, seja material ou imaterial (dano moral). De modo restrito, dano é a diminuição do patrimônio ou um conjunto de patrimônios, que acarreta um prejuízo econômico. Porém, dano está ligado a indenização ou reparação, sendo interessante para o mundo jurídico o dano indenizável, no qual é o que gera responsabilidade civil. (GONÇALVEZ, 2012, p. 334). Não obstante, segundo Nader (2016) não constitui danos indenizáveis “as lesões praticadas em legítima defesa, no exercício regular de direito ou a fim de remover perigo iminente, desde que necessária a conduta e nos limites indispensáveis (art. 188, CC).”

O vocábulo dano provém do latim *damnum* que significa lesão patrimonial ou moral. Para caracterizar o dano independe de sua extensão, portanto um dano de pequena monta está amparado pelo direito. O valor do dano poderá ser definido por prova técnica, todavia, há danos que são tabelados e não depende de avaliação técnica. (NADER, 2016, p. 109). Em regra, somente haverá responsabilidade civil quando houver dano, que caberá o ônus da prova a quem alega ou autor da demanda, segundo artigo 373, I, do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015)

Ressalta-se que dano poderá consistir não somente os individuais, mas também os coletivos, denominados de danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem pleiteados em ações coletivas. (BRASIL, 2012).

### 3.2.2.1 Dano material

O dano material constitui na diminuição patrimonial, no prejuízo ou perda que atinge os bens corpóreo do ofendido. Não cabe a reparação do dano hipotético ou eventual, sendo necessário a prova concreta do dano. O artigo 402, Código Civil de 2002, classifica o dano material em: danos emergentes, em que efetivamente se perdeu. Lucros cessantes, que razoavelmente deixou de lucras, também denominado de dano negativo. (TARTUCE, 2016, p. 522-523).

Segundo Gonçalves (2017), danos emergentes é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial suportada pelo ofendido. Lucros cessantes é uma frustração da expectativa de um lucro. O quantum indenizatório é estimado pelo dano, que se processa com mais facilidade nos danos emergentes, pois, pela sua natureza, é possível estabelecer com precisão. Do contrário, os lucros cessantes, atuais ou potenciais, é traçado por uma linha de regras subjetivas que dá lugar ao arbítrio do juiz no caso concreto.

Na aferição dos lucros cessantes, determina a lei, “razoavelmente deixou de lucrar”. Assim, Para Alvim (1966 apud GONÇALVES, 2017), trata-se de uma restrição e ao mesmo tempo de uma presunção do bom sendo diz que lucraria, ou seja, presunção que os fatos se desenrolariam perfeitamente e iria lucrar, mas norteia o juiz para considerar a possibilidade de prova em contrário. Portanto, a prova será a base da indenização e não será aferida pelo razoável.

### 3.2.2.2 Dano moral

O dano moral é algo relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, sendo concretizado e pacífico na constituição de 1988, no artigo 5, inciso V e X, que assegura a indenização por dano moral. (TARTUCE, 2016, p. 526). A rejeição da indenização por danos morais perdurou na doutrina e jurisprudência até a década de 60, admitindo-se apenas uma cumulação de danos morais com danos materiais, ou seja, somente caracterizava-se o dano moral quando o ato ilícito resultasse em dano patrimonial, exercendo uma “aceitação relativa” do dano moral. (COELHO, 2012, p. 827).

Segundo Nader (2016), o dano moral em sentido amplo é uma lesão aos direitos da personalidade, bem como a vida, a honra, a liberdade. A indenização por danos morais representa uma compensação, pois é impossível um ressarcimento do dano meramente moral, assim constituem dupla finalidade: proporcionar a vítima uma compensação pecuniária e desestimular condutas desta natureza.

Na prática o dano moral constitui uma ofensa à personalidade, o chamado assédio moral, quando o agente impõe algum constrangimento injustificado. Assim, o assédio moral poderá gerar uma dor moral, danos à saúde mental ou física. Há valores humanos que quando atingidos acarreta sofrimento, angústia, desespero, que por sua vez, também impõem compensação pecuniária. Contudo, ressalta-se que assédio moral não se confunde com assédio sexual, sendo este último é objeto do direito penal. (NADER, 2016, p. 122).

Em determinados casos não se exige prova do dano moral pois está é presumida, por exemplo, diante da morte de um filho. Portanto, somente torna-se necessária a prova da conduta, seu resultado e nexo de causalidade.

Quanto à prova, a lesão ou dor moral é fenômeno que se passa no psiquismo da pessoa e, como tal, não pode ser concretamente pesquisado. Daí por que não se exige do autor da pretensão indenizatória que prove o dano extrapatrimonial. Cabe-lhe apenas comprovar a ocorrência do ato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência da vida. (THEORO, sem data, apud NADER, 2016, p. 123).

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que existem em determinados casos o dano moral presumido, por exemplo a responsabilidade bancária, atraso no voo e cadastro de inadimplentes, entre outros, assim, o qual denominou-se o dano *in re ipsa*. (BRASIL, 2009).

Cabe asseverar, segundo Nader (2016), o dano moral abrange toda ofensa aos bens imateriais do indivíduo, assim, existem as espécies que são: dano moral, dano estético,

dano à personalidade. Porém a doutrina não admite acumulação das espécies de danos, mas o Superior Tribunal de Justiça já admite acumulação de danos morais e estéticos quando há possibilidade de verificar as consequências separadamente, firmando entendimento na súmula nº 387 “É possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral”.

### 3.2.3 Nexo de causalidade

Na concretização da responsabilidade civil, como visto, existem três elementos essenciais, a conduta humana culpável, o dano e o liame entre os dois. Ora, não é suficiente apenas a conduta ilícita ou somente o dano, é necessário haver os dois, contudo, devem estar interligados e essa ligação denomina-se nexos de causalidade ou nexos causais.

É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, [...]. Assim, não basta que a pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria. O nexos causal se torna assim indispensável, [...]. (PEREIRA, 2016, p. 105).

Para Cavalieri Filho (2010 apud TARTUCE, 2016), “trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades [...]. O conceito nexos causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É um vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.”

Segundo Nader (2016), o nexos de causalidade não decorre das leis naturais, haja vista que nas relações humanas verificada a causa, não necessariamente ocorrerá o efeito, ou resultado. Em algumas situações a ação do agente não é eficaz no sentido de provocar uma lesão, embora os meios sejam suficientes para efetiva-las.

Segundo Gonçalves (2012), o dano é indenizável quando puder estabelecer uma relação com o fato ilícito, deste modo é fundamental que se torne absolutamente certo o nexos causal. A certeza do nexos causal nunca é fácil, podendo haver diversas causas, ou pessoas, para um dano, chamadas de “concausas simultâneas”, neste caso determina-se responsabilidade é solidária (artigo 942, parágrafo único do Código Civil de 2002). Porém, poderá haver as “concausas sucessivas”, que se estabelece uma série de causas e efeitos, assim, surge as dificuldades em determina qual causa gerou o efeito.

No mesmo sentido, indaga Pereira (2016), que para estabelecer o nexos causal há duas grandes dificuldades, uma diz respeito à dificuldade de fazer prova, a segunda é a determinação do fato que realmente constituiu o dano, notadamente, como ocorre causalidade múltiplas.

Portanto, Segundo Gonçalves (2012), existem três principais teorias para determina o nexu causal: da equivalência das condições, da causalidade adequada e do dano que consequência imediata do fato.

A teoria da equivalência (das condições), *sine qua non*, elaborada pelo Juris Alemão Von Buri, que criou para o direito penal, mas foi desenvolvida pelos civilistas, a condição constitui toda causa que gerou todo resultado, ou seja, a causa foi determinante para produção do resultado. Essa teoria foi muito criticada por estender a responsabilidade, por exemplo, o fabricante de uma arma de fogo poderá responder por um homicídio. (PEREIRA, 2016, p. 1080).

A segunda teoria, da causalidade adequada, desenvolvida por Von Kries, somente a causa que gerou o dano é relevante, devendo a indenização ser adequada somente a conduta praticada. Assim, o ofensor responde pelo resultado de sua conduta originária e não a decorrência de circunstâncias especiais ou posteriores. Leva-se em consideração a probabilidade, portando é criticada por não haver certeza (NADER, 2016, p. 161). Segundo Tartuce (2016) essa teoria encontra-se no artigo 944 e 945, do Código Civil 2002.

A terceira teoria, a dos chamados dano direto e imediatos é uma teoria razoável à luz das duas últimas, requer entre a conduta e o dano uma relação direta e imediata. Portanto, é indenizável todo o dano que se filia a uma determinada causa, porém, deve ser necessária. No clássico exemplo da ambulância que colide, quem causou o dano à vítima conduzida respondera somente pelos seus atos e não por danos suportados devido a colisão. (GONÇALVES, 2012, p. 330).

Também denominada *teoria da causa próxima*, os adeptos desta concepção indicam por responsável pelos danos o último agente da cadeia causal. Das várias condições que atuaram, sucessivamente, para a realização do prejuízo, a causa deste seria a última, da qual dependeu diretamente. Esta concepção foi adotada pelo Código Civil relativamente à inexecução das obrigações, à vista do art. 403: o agente somente se responsabiliza por prejuízos efetivos e por lucros cessantes quando efeito direto e imediato da inadimplência. Como anota Clóvis Beviláqua, “*afastasse o chamado *damnum remotum*””. A disposição citada reproduz o art. 1.060 do Código revogado, o qual teve por fonte o art. 1.151 do *Code Napoléon* e o art. 1.229 do Código Civil italiano, de 1865. O atual *Codice Civile*, de 1942, mantém a orientação pelo art. 1.223. (NADER, 2016, p. 162).*

Essa teoria foi adotada pelo artigo 403, do Código Civil de 2002, “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL, 2002).

### 3.3 EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR

Existem ações humanas que preenche todos os requisitos da responsabilidade civil, incluindo dano ou prejuízo ao direito de outrem, embora verificada o nexo causal, mas não geram o dever de indenizar por não constituírem ato ilícito ou antijurídico. Essas situações enquadram-se no exercício do direito das pessoas e não podem sofrer repulsa, pois a ação torna-se legítima. (RIZZARDO, 2015, p.78).

A hipóteses de excludente da responsabilidade civil encontra-se na lei, que retira a ilicitude da conduta, conforme o rol do artigo 188 do Código Civil de 2002:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2002).

Sobretudo, todo o ato de exclusão da responsabilidade civil deverá ter um crivo do artigo 187, do Código Civil de, 2002, no qual o estabelece parâmetros para o exercício do direito, assim consagrando a teoria do abuso do direito: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. ” (BRASIL, 2002).

Para Pereira (2016) embora exercendo a legítima defesa, exercício regular do direito etc., causar mal desnecessário ou injusto, equipara-se ao ato ilícito e deverá indenizar.

Há situações específicas na legislação de excludente da ilicitude, por exemplo, os parlamentares que são imunes em suas opiniões, palavras e votos, conforme artigo 53 da Constituição Federal. No mesmo sentido os advogados estão imunes de atos e manifestações, respeitando os limites o próprio estatuto, no exercício da profissão, nos termos do Estatuto da Advocacia – lei nº 8.906/94, pelo artigo 2º, §1º. (BRASIL, 1994).

Em determinadas hipóteses exclui-se o ato ilícito, ora, a culpa ou o nexo causal, no qual aprofundaremos o estudo dos casos.

#### 3.3.1 Legítima defesa

A conduta praticada em legítima defesa não constitui ato ilícito à luz do artigo 188, inciso I, do código civil de 2002, porém a definição de legítima defesa é encontrada na lei penal, no qual é uma situação excepcional em que o causador do dano encontra-se diante

de uma injusta agressão e utiliza-se dos meios necessário de repelir, assim o conceito torna-se restrito a lei penal. (NADER, 2016, p. 408). Segundo código penal, artigo 25, “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” (BRASIL, 1940).

Segundo Rizzardo (2015), a legítima defesa é uma garantia de proteção que a pessoa poderá exercer sobre sua vida e seus bens, sendo este o mais ancestral instinto da natureza humana. A legítima defesa poderá ser sua ou de outrem, não se limitando somente a proteção da vida.

Segundo Tartuce (2014), para configurar a legítima defesa o agente não poderá ultrapassar o limite de repelir a injusta agressão, conceito também confirmado pelo artigo 1.210, do Código Civil de 2002, que determina que trata da legítima defesa na turbação ou esbulho. Nesse sentido, enuncia o § 1.º do art. 1.210 que “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”. (BRASIL, 2002).

No direito penal torna-se mais claro o conceito de legítima defesa, haja vista, que na proteção contra um homicídio não deve sopesar no mesmo patamar à proteção da honra, ou uma simples ofensa moral. Deste modo, Segundo Miranda (1974 apud RIZARDO, 2015), a agressão à terceiro ou coisa estranho à causa ensejará o dever de indenizar, sendo que ao defender-se de “A”, atinja “B”, não há defesa, citando o artigo 1.520 do Código de 1916, reproduzido integralmente no artigo 930, do Código Civil de 2002. Vejamos: “No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.” (BRASIL, 2002).

### **3.3.2 Exercício regular do direito**

O exercício regular do direito está expresso, também, no artigo 188, I, do Código de 2002, determina a excludente de ilicitude da ação praticada com respaldo na lei. (BRASIL, 2002).

Segundo Rizzardo (2015), não há exercício regular do direito se houver ofensa à lei. Há uma tendência na doutrina de garantir uma indenização mesmo se a conduta estiver revestida no exercício regular do Direito, sendo o dano causado pela conduta nos moldes da lei, caracterizada como abuso do direito, assim, tornando-se ato ilícito.

Resume Miranda (1974 apud RIZZARDO, 2015), se há dano, comete ato ilícito quem exercia o direito, salvo se regularmente exercia, cabendo o ônus da prova do dano e culpa à vítima, e a prova do exercício regular do direito ao ofensor.

Segundo Tartuce (2016), está hipótese é encontrada no artigo 43, do Código de defesa do Consumidor, que garante ao credor o direito de registrar o devedor nos órgãos de proteção ao crédito. Mesmo praticando um direito expresso na lei, abusa do direito caso não comunicar o devedor sobre o registro.

Conclui Pereira (2016), “cabe, portanto ao juiz, com seu bom senso, distinguir as duas figuras que são separadas por uma barreira muito tênue e distinguir do exercício regular do direito e do abuso do direito.

Nada obstante, podemos incluir nesta modalidade o estrito cumprimento do dever legal, haja vista que não se encontra expresso na lei civil, mas é essencial notar que o exercício do dever legal é um exercício do direito, mas sob a ótica estatal. Contudo, há uma particularidade, a absolvição na esfera penal não vincula o juízo civil, ou seja, o fato poderá ser conhecido pelo juiz civil para medir a extensão da conduta e do dano, assim sopesar uma indenização.

### **3.3.3 Estado de necessidade**

Inicialmente o estado de necessidade é similar a legítima defesa, contudo há particularidades que diferenciam, sendo que o agente utiliza desta escusa para evitar perigo de lesão eminente ao seu bem, quando não há outra forma de agir.

Situação análoga à legítima defesa, embora ofereça alguns aspectos diferenciais. Na primeira, há uma agressão dirigida à pessoa ou aos bens. No estado de necessidade não se configura uma agressão, porém desenha-se uma situação fática, em que o indivíduo vê uma coisa sua na eminência de sofrer um dano. A fim de removê-lo ou evitá-lo, sacrifica a coisa alheia. Embora as situações se distingam, há uma similitude ontológica, no dano causado, para preservação de seus próprios bens (PEREIRA, 2016, p. 387).

Segundo Pereira (2016), sob a vigência do Código de 1916, discutia-se a solução do estado de necessidade em relação os danos causados à pessoa. Porém, o Código Civil de 2002, inovou e enterrou tal discussão ao acrescentar no artigo 188, II, os termos “deterioração ou destruição da coisa alheia” e “lesão a pessoa”.

Segundo Gonçalves (2012), o artigo 929 e 930, estão em contradição com artigo 188, II, todos do Código Civil 2002, por garantir que a conduta praticada em estado de necessidade não configure ilícito, mas torna passível de indenização ao terceiro não culpado.

Resta ao agente indenizar o terceiro não culpado e ingressão com uma ação regressiva contra o culpado. Certo seria, permitir ao juiz uma ponderação para reduzir a indenização.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: [...] II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. (BRASIL, 2002).

Justifica Beviláqua (1944-60, apud PEREIRA, 2016), que dano deve ser reparado, independente de culpa ou dolo.<sup>1</sup>

### 3.3.4 Culpa exclusiva da vítima

A culpa exclusiva da vítima, exclui o nexo de causalidade existente entre a ação e resultado. Neste caso, o causador do dano é o mero instrumento do acidente, não existe um liame entre o suposto ofensor e o prejuízo da vítima. (GONÇALVES, 2012, p. 433).

Assim, se “A”, num gesto treloucado, atira-se sob as rodas do veículo dirigido por “B”, não se poderá falar em liame de causalidade entre o ato deste e o prejuízo por aquele experimentado. O veículo atropelador, a toda evidencia, foi simples instrumento do acidente, erigindo-se a conduta da vítima em causa única e adequada do evento, afastando o próprio nexo causal em relação ao motorista, e não apenas a sua culpa, como querem alguns. A boa técnica recomenda falar em fato exclusivo da vítima, em lugar de culpa exclusiva. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 95).

Assim, o problema volta-se para o campo do nexo causal e não da culpa, portanto, a doutrina defende que a boa técnica é tratar como “fato exclusivo da vítima”, deste modo, há uma exclusão do nexo causal e não da culpa, que por sua vez, isenta-o de responsabilidade.

Havendo concorrência de culpa do evento danoso, do agente e da vítima, a indenização será correspondente a parcela de culpa de cada um, ou seja, o juiz determina que cada qual responda pelo percentual que contribuiu e poderá haver oscilações, conforme determina o artigo 945, do Código Civil de 2002. (1/4, 1/3, 1/2 etc.).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> O artigo 1.520, do Código Civil de 1916, corresponde ao artigo 930 do Código Civil de 2002.

<sup>2</sup> GONÇALVES, ob. Cit., p. 434.

### 3.3.5 Fato de terceiro

Fato de terceiro ganha abrigo nos casos específicos da lei civil, por exemplo, um terceiro, estranho ao negócio jurídico, submete uma parte à coação, está isenta da responsabilidade assumida. (PEREIRA, 2012, p. 390).

Porém, a jurisprudência não admite excludente de ilicitude por fato de terceiro no contrato de transporte, entendimento consolidado na súmula 187 do Superior tribunal de Justiça, “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. (BRASIL, 1997)

### 3.3.6 Caso fortuito ou força maior

O artigo 393, parágrafo único do Código Civil de 2002, não destaca distinção entre caso fortuito e força maior, “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.” (BRASIL, 2002).

Segundo Rizzardo (2015), não se faz necessário distinção em exata força maior e caso fortuito, haja vista que a lei civil não o distingue. Portanto, agarra-se a ideia que força maior é algo previsível e inevitável, ao passo que, caso fortuito é algo imprevisível.

Segundo Gonçalves (2012), o caso fortuito é decorrente de fato ou ato estranho à vontade, o fato deve ser inevitável e superveniente, longe do alcance do agente, exemplo: guerra, greve, motim. A força maior é derivada de acontecimentos naturais, por exemplo, raio, vendaval, inundação. Ademais, ambos os casos afetam o nexo de causalidade e isenta de culpa, não apreciando níveis de culpa.

Entende-se que eventos ligados a máquina não compreende a excludente de ilicitude, pois é algo alcançado e/ou previsíveis pelo agente, por exemplo, quebrar a barra de direção do veículo e colide em outro, causando-lhe dano. Do mesmo, não afasta responsabilidade devido um mal súbito, ou seja, causa com relação à pessoa. (GONÇALVES, 2012)

Em síntese, identificado os dois elementos, o conceito campeia no acontecimento inevitável e necessário, que nenhuma pessoa seria capaz e evitar ou prevenir.

### 3.3.7 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar, também conhecida como cláusula de irresponsabilidade ou cláusula excludente, sem síntese, é uma cláusula prevista em contrato que isenta a parte de indenização. Todavia, há uma aplicabilidade bem restrita. (TARTUCE, 2016, p. 589).

Segundo Gonçalves (2017), a cláusula de não indenizar é um acordo de vontades que tem por escopo isentar as consequências da inexecução ou execução inadequada do contrato. Altera-se a responsabilidade pelos prejuízos ou danos em desfavor da vítima. Exemplo clássico é o contrato celebrado entre o estacionamento e dono do veículo, no qual, o primeiro, não se responsabiliza pelos objetos furtados do veículo.

Contudo, nosso ordenamento jurídico não simpatiza com a cláusula de não indenizar, sendo a jurisprudência consolidada entendimento de não admitir em contrato de transporte, conforme a súmula 161 do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 1963). O Código Civil, no artigo 734, acrescenta, “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”. (BRASIL, 2002).

No mesmo norte, o Código de Defesa do Consumidor não admite tal cláusula nas relações de consumo, preconiza o artigo 51, ao tratar de cláusulas abusivas que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”. (BRASIL, 1990).

Segundo Gagliano (2012), a cláusula de não indenizar não é vedada no Código Civil, mas são exigidos dois requisitos, como igualdade dos estipulantes e a não infringência de superiores preceitos da ordem pública, visando, assim, um direito mais socializado.

## 3.4 FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Historicamente a responsabilidade teve diversas funções: punir culpado, vingar a vítima, indenizar a vítima, restabelecer a ordem social e prevenir comportamentos antissociais. Contudo, atualmente assume um papel complexo, devido o próprio desenvolvimento da sociedade e o impressionante avanço tecnológico.

A função principal é a reparação dos danos sofridos pela vítima, sendo danos patrimoniais haverá uma restituição do seu patrimônio. Mas sendo danos extrapatrimoniais,

chamados de danos morais, haverá uma compensação pecuniária, sendo um enriquecimento patrimonial. (NADER, 2016, p. 544-545).

[...] Em uma visão clássica, ainda se afirma, no Brasil, a *dupla função* da responsabilidade civil, compensatória e sancionatória.<sup>137</sup> Entretanto, mesmo no Direito brasileiro podem ser encontrados autores que entendem pela tripla função. De início, cite-se a tese de doutorado do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que destaca as seguintes funções: *a) compensatória*, uma vez que a reparação dos danos deve corresponder aos prejuízos suportados pela vítima; *b) indenitória*, eis que a indenização não pode ultrapassar o prejuízo suportado, o que conduziria ao enriquecimento sem causa da vítima; e *c) concretizadora*, pois deve haver uma relação de equivalência entre a indenização e os prejuízos suportados. (SANSEVERINO, 2011, p. 58 apud TARTUCE, 2018, p. 61).

Segundo Ferreira (2014), a responsabilidade civil preventiva surge em uma nossa perspectiva, ultrapassando a função de reparatória de danos, para uma dimensão que cria mecanismos de para gerenciar os riscos e prevenir os danos. Assim, nasce novos métodos para prevenir e não remediar os danos ou prejuízos.

Segundo Monateri (2017 apud TARTUCE, 2018), muitas são as funções da responsabilidade civil, mas somente três se destaca: função compensatória, a sancionatória e a preventiva. A primeira função compensatória, os danos da vítima são repassados ao ofensor e todos os custos gerados pelo evento danoso. Interligadas, a função sancionatória e preventiva sustenta uma alocação desses custos.

Segundo Rosenvald (2013), também defende a função tripla da responsabilidade civil, mas de modo diverso. A primeira função é a reparatória, com de transferência dos danos do patrimônio de uma parte para outra. A segunda função é a punitiva – e não tão somente sancionatória – , uma vez que a responsabilidade civil funciona como uma pena civil ao ofensor, como desestímulo de comportamentos não admitidos pelo Direito. Por fim, a função precaucional, com o objetivo de evitar ou inibir novas práticas danosas.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> A partir dessa defesa, originou-se a tese da “responsabilidade sem dano”, desde que decorra da função punitiva, pois, o dano já seria o mal causado e a responsabilidade civil tem o intuito de evitar o dano. Assim, há possibilidade de ter uma responsabilidade civil sem dano, apenas o “risco” bastaria para ensejar a indenização. (Rosenvald, 2013, p. 126).

## 4 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESESTÍMULO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Teoria do Desestímulo vem sido discutida nos últimos tempos como método de impor uma punição a quem violar direito alheio, a fim de evitar novas condutas ilícitas do ofensor e dissuadir a sociedade dos ilícitos civis. Portanto, cabe uma análise deste instituto, com raízes do sistema jurídico *common law*, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

### 4.1 TEORIA DO DESESTÍMULO

A Teoria do Desestímulo ou Teoria do Valor do Desestímulo, é espelhada no instituto norte-americano conhecido como *Punitive Damages*, em uma tradução livre do inglês é “Danos Punitivos”, mas melhor traduzida como “indenização punitiva”, ou, ainda, intitulada na Inglaterra de *Exemplary Damages* (danos exemplares). Insta conhecer o conceito e todo mecanismo que envolve a teoria, bem como, sua finalidade.

#### 4.1.1 Origem e conceito da *punitive damages*

Segundo Marinangelo (2016), a *punitive damages* tem sua origem no sistema jurídico *common law*, aplicada de forma explícita pela primeira vez na Inglaterra em 1763, advento de atos lesivos à liberdade do cidadão, assim, foi amplamente aplicada para inibir os abusos do Estado. Logo após, uma perseguição injusta de um jornal suscitou a *punitive damages*, efetivando a teoria como um combate aos abusos econômicos nas relações civis.

A jurisprudência Inglesa evoluiu e consolidou-se na tutela à pessoa, à honra, à privacidade e da vida privada. Todavia, no caso *House of Lords*, no caso *Rookes vs, Barnard* determinou três hipóteses muito bem definidas na aplicação da *punitive damages*: (a) violação dos direitos fundamentais do cidadão por parte da Administração Pública; (b) comportamentos ilícitos expressamente destinados à obtenção de lucro excedente em relação ao dano e; (c) expressa determinação legal. (GALLO; BARATELLA, 2006, p. 201-02 apud MARINANGELO, 2016, p. 82).

Para Pargendler e Costa (2005 apud CRUZ, 2015), a indenização punitiva no direito anglo-saxônico foi o *Statute of Merton*, da Inglaterra de 1278, que se desenvolveu no século XVIII, na criação da *Exemplary Damages* para justificar uma indenização extrapatrimonial quando esta é irrisória ou de valor insignificativo para o direito.

Os *punitive damages* são um instituto de origem britânica e teria a sua origem com a introdução nesse ordenamento da indenização por meio de múltiplos financeiros do dano. O autor do dano era castigado pela imposição da reparação em um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima. A primeira previsão no direito anglo-saxão foi o Statute of Councester, na Inglaterra em 1278. O instituto se aperfeiçoou no século XVIII quando se criou a doutrina do exemplary damages, e era aplicado em casos de danos extrapatrimoniais. Em 1763, a justiça inglesa fazia uso dos punitive damages nos termos atuais. O caso era de um ilícito de invasão de terras e danos à propriedade promovidos intencionalmente. Em razão dos danos ocasionados e o dolo que se dirigia em prejudicar terceiros resolveu-se então em punir mais severamente os autores desses danos. (SANTOS JUNIOR, 2007, p. 17 apud CRUZ, 2015, p. 79).

Contudo, Segundo Walker e Silva (2016), não houve um campo amplo para a construção da teoria na Inglaterra, ao passo que, rapidamente houve uma transposição para os Estados Unidos, onde encontra-se diversos estudos mais aprofundados.

Afirma Owen (1994), que o primeiro precedente de *punitive damages* nos Estados Unidos da América é de 1784, no caso Genay vs. Norris, no qual o demandante ficou doente em beber um copo de vinho com uma mosca espanhola, colocada pelo réu por brincadeira. Assim, a *punitive damages* se tornou um dispositivo na lei Americana.

A *Punitive Damages* surgiu como um método de coibir práticas ilícitas, para tal, imputa-se uma segunda indenização significativo para conceder um valor pecuniário para amenizar a dor da vítima e educar o ofensor.

Para acceder a una primera definición aproximativa sobre los daños punitivos podría decirse que, agregados a los daños compensatorios, son concebidos para castigar al demandado – El sujeto dañante – por haber cometido, en una posición subjetiva que podría ser definida como de mala fe, un hecho particularmente grave y reprochable – en la casi generalidad de los casos se trata de un tort (ilícito) -, con la consiguiente función de desalentar una acción del mismo tipo. Esas dos funciones, sancionar y desalentar, son constantemente empleadas por los jueces americanos. (MAYO; CROVI, 2011 apud CRUZ, 2015, p. 78).

Em linhas gerais, uma primeira definição, a *punitive damages* consiste em uma indenização a mais, com escopo de em sancionar o réu com uma pena pecuniária delito civil pratico, que tem por função desencorajar uma ação do mesmo tipo, sendo constantemente utilizadas nas Cortes Americanas.

Segundo American Law Institute<sup>4</sup> (1979, apud Walker; Silva, 2016, p. 299), a *punitive damages* é definida como uma indenização não compensatória com intuito de punir alguém por sua conduta ultrajante e dissuadir o ofensor e os outros membros da sociedade a não induzir em condutas similares no futuro. Destarte, não é possível aplicar em caso de negligencia, imprudência ou imperícia.

Segundo Sullivan (1977, p. 218 apud MARINANGELO, 2016, p. 93), é utilizado alguns argumentos para inaplicabilidade da *punitive damages* na relação contratual: segundo tratado *Testatement of Contracts* o valor indenizatório determina-se pelas perdas e danos, a eventual falha no cumprimento da obrigação assumida não viola padrões sociais de conduta – por força da autonomia da vontade inerente aos contratos.

Contudo, versa o autor de entendimento contrário, concluindo que a reparação do dano contratual não deve abster em apenas à compensação de perdas pecuniárias, deverá substituir a vingança privada e deter outros inadimplementos. (SULLIVAN, 1977, p. 218 apud MARINANGELO, 2016, p. 96).

A *punitive damages* é um instrumento de aplicação na relação extracontratual (torts), mas já se admite aplicação em casos de relação contratual, nos casos em que há conduta fraudulenta no contrato, por exemplo. Contudo, existe uma linha tênue entre o que é “descumprimento contratual” e “fraude contratual”, que se discute, como veremos.

No caso *Welborn vs. Dixon* (1904), julgado pela Corte da Carolina do Sul, que envolveu contrato de empréstimo com garantia real. O demandante deixou um terreno em garantia, pagou o empréstimo no prazo acordado, mas descobriu que o réu transferiu para um terceiro de boa-fé. A Corte julgou procedente o pleito de indenização *compensatory e punitive damages*, sob entendimento que ato fraudulento é motivo suficiente para quebrar o contrato e condenar o réu em ambas as modalidades.

Sendo a *punitive damages* uma indenização a mais e, preenchido os requisitos, a vítima terá direito a indenização pelos danos efetivos e também a indenização punitiva que serão quantificadas separadamente. Em síntese, o júri determinara a responsabilidade civil e arbitrará a indenização compensatória e posteriormente analisará o cabimento de indenização

---

<sup>4</sup> American Law Institute (ALI) escreve documentos conhecidos como tratados (Restatement of torts), que são resumos da lei comum do Estado (princípios legais que saem das decisões dos tribunais estaduais). Muitos tribunais e legislaturas consideram os tratados da ALI como material de referência oficial sobre muitas questões legais (American Law Institute, 1923).

punitiva e fixará o quantum. Na mesma decisão. (SEBOK, 2009, p. 2009 apud WALKER; SILVA, 2016, p. 300).

Destarte, nos Estados da Califórnia, Montana, Nevada, New Jersey, Texas, West Virginia, ocorre uma espécie de “bifurcação” no procedimento, o júri tratando do quantum indenizatória em etapas diferentes. Ou seja, analisará a responsabilidade civil pelos danos efetivos e em outra decisão/julgamento analisará o cabimento da indenização punitiva. (WALKER; SILVA, 2016, p. 300).

Há muitas divergências nos Estado norte-americanos do exato critério e da medida na conduta ilícita que poderá impor uma indenização punitiva, assim, diante de algumas imprecisões, sugere Owen (1989, p. 728 apud WALER, 2016, p. 138), que “a indenização punitiva é apropriada para conduta que seja realizada com um desprezo consciente ou gravemente culposo pelos direitos de outrem, e que constitua um desvio extremo de uma conduta ilícita”.

#### **4.1.2 A *punitive damages* no Brasil**

No Brasil, a Teoria do Desestímulo é defendida como método de majoração da indenização principal por danos morais, sendo assim, *a priori*, a única distinção da *punitive damages* ou indenização punitiva, no qual é uma segunda indenização, contudo, suas demais funções e critérios se coadunam.

O primeiro autor a desenvolver a Teoria do Desestímulo no Brasil foi Carlos Alberto Bittar, ao entender que a indenização tem caráter punitivo e exemplar:

Vacilações, no entanto, são notadas, em certos pronunciamentos de nossos magistrados, mas devem ser debitadas à conta do caráter ainda recente da formulação em causa e que, com certeza, sofrerão a cor- recado natural que da evolução científica resulta. A reiteração normal de decisões sobre a matéria uniformizará o critério mencionado como único vetor compatível com o vulto dos direitos em tela. Nesse sentido é que a tendência manifestada, a propósito, pela jurisprudência pátria, é a da fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, possa fazê-lo conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida ou, então, deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo e em elemento que, em nosso tempo, tem- -se mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial. (BITTAR, 2014, p. 283).

Sustenta o autor, também, que o *quantum* a mais deverá ser estabelecido pelo juiz e não a lei regular parâmetros mínimos e máximos, pois a função é punitiva. Assim, fixando inicialmente o valor devido e posteriormente majorando o valor do desestímulo.

Segundo Tartuce (2018), pode-se falar em uma “teoria do desestímulo mitigada” ao ponto que, o caráter punitivo da indenização é acessório e não uma função principal, todavia, contrapõe, a função social da responsabilidade civil reconhece o dever em disciplinar, ou desestimular, o ofensor. Em síntese, portanto, deve-se utilizar termos como “disciplinador”, “desestimulador”, “educativo”, “pedagógico”, mas não punitivo.

Outrossim, esclarece Donnini (2011), que a Constituição Federal determina prevenção e reparação ao tratar dos danos, por exemplo: o artigo 21, XXIII, (responsabilidade objetiva por danos nucleares); artigo 37 (responsabilidade civil objetiva do Estado); artigo 136, § 1º, II (responsabilidade civil da União pela ocupação temporária de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública); e artigo 225, § 3º (danos causados ao meio ambiente). Sem summa, traz à tona o princípio *neminem laedere* (não lesar outrem). Entretanto, nas relações regidas pelo Código Civil a prevenção se opera por meio de uma tutela inibitória do fator de desestímulo.

Assim, uma medida efetiva na relação civil de prevenção é a fixação de um valor de desestímulo quanto ao arbitramento da indenização, ao contrário que se propõe, não estamos vivendo uma “indústria das indenizações”, mas uma “indústria das lesões”. (DONNINI, 2011, p. 50).

A Teoria do Desestímulo também ganhou campo na Argentina, no qual um estabelecimento comercial impediu a entrada de um cadeirante ao reclamar da falta de acessibilidade no local. Diante disso, em Mar del Plata, em 2009, a Corte deferiu indenização por danos morais de trinta mil pesos e igual valor a título de multa civil. A decisão vislumbrou garantia dos Direitos Humanos, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, para tal, necessidade de impedir novas condutas que lhe aviltassem:

Desde nuestra perspectiva, la sentencia tiene três aspectos centrales: a) La reivindicación de los derechos de la minorías o grupos vulnerables; b) la argumentación a partir del derecho fundamental a la dignidad de trato; c) el recurso a los daños punitivos. Habida cuenta del objeto de este estudio nos detendremos en el último aspecto mencionado. (HERNÁNDEZ, 2011, p. 380 apud, CRUZ, 2015, p. 84).

Assim, a Teoria do Desestímulo segue a tendência de ser uma medida extrema, propostas nos danos extrapatrimoniais, aplicáveis em casos específicos que evidenciem dolo ou culpa grave ou nítida obtenção de lucro ilícito com extrema reprovabilidade na conduta.

### 4.1.3 Funções da Teoria do Desestímulo

As funções primordiais deste instituto em questão é punir o ofensor da conduta e desestimular novas práticas ilícitas, do próprio ofensor ou de terceiros. Assim, de modo didático, podemos dividir a Teoria do desestímulo em: (a) punição e (b) dissuasão, no inglês chamado de punishment e deterrence:

A ideia de punição, ou de desencorajar outras ofensas, usualmente não entra na responsabilidade civil, exceto na medida em que possa levar os tribunais a balancear as coisas em favor dos interesses dos autores em determinar se um ilícito foi efetivamente cometido. Em casos onde o ato do réu foi intencional e deliberado, e teve o caráter de indignação frequentemente associado aos crimes, quase todos os tribunais vêm permitido ao júri conceder numa ação de responsabilidade civil uma indenização a título “punitivo” ou “exemplar”, ou por vezes chamada “smart money”. Tais danos são concedidos em adição e em separado da compensação integral pelo dano sofrido, com o propósito de punir o agente, de ensiná-lo a não cometer o ilícito novamente, e dissuadir terceiros de seguir seu exemplo. (KEETON, 1984, p. 9 apud WALKER; SILVA, 2016, p. 301).

Na função punitiva sustenta Owen (1994, p. 375), inicialmente poderá parecer que um sistema moderno está garantindo uma vingança privada à vítima, contudo é apropriado porque protege e promover as liberdades e igualdades, ao mesmo passo que puni as condutas “quasi-criminal” (quase crime), pois tais condutas atingem a esfera das liberdades de outrem. Essa justificação é baseada na “retribution theory” (teoria da retribuição), ou seja, o ofensor merece sofrer um desagravo pela sua conduta ilícita, sendo que a mera reparação do dano não equilibrará a balança. A sociedade também será retribuída, pois a sociedade é empobrecida por haver uma desconfiança nas relações interpessoais. Portanto, é necessário reestabelecer a confiança de todos os membros da sociedade e da justiça.

Conclui-se que o autor prisma pela liberdade e igualdade, sustentando que o ofensor ao cometer um ilícito e causar um dano, está invadindo a esfera de liberdade da vítima e tornando ela desigual perante os outros membros da sociedade, por isso, é necessária uma superproteção aos bens alheios.

Destaca Ascensão (2011 apud MARINANGELO, 2016, p. 118), a reação da quebra do ordenamento jurídico, ou seja, conduta ilícita, é a sanção, no qual seja uma consequência desfavorável normalmente prevista para o caso de violação de uma regra. Entretanto, a obrigação de reparar o dano é apenas uma das possíveis sanções, são elas: compulsória; b) reconstrutiva; c) compensatória; d) preventiva; e) punitiva.

Em relação a função da dissuasão, esclarece Dobbs (1989, p. 844-846 apud WALKER; SILVA, 2016, p. 304-303), em síntese, que a dissuasão tem por finalidade

desencorajar novas condutas ilícitas e está dividida em dois sentidos: o primeiro é a dissuasão específica (*specific deterrence*), que age sobre o ofensor, é o agente que sofre a punição devido a conduta danosa; o segundo é a dissuasão geral (*general deterrence*), que age sobre terceiros ao identificarem o exemplo da punição sofrida pelo ofensor. Assim, surgiu o nome do qual o instituto é também chamado “indenização exemplar”.

Defende Rosenthal (2013), a *punitive damages* não se restringirá em atender os interesses particulares, mas sim um objetivo geral. A finalidade primária da pena civil é evitar um “perigo social”, comportamento lesivo que respinga na sociedade, isto é, para tutelar direitos supraindividuais.

Entre o contraponto de cláusula penal e *punitive damages*, faz-se necessário a distinção entre penas privadas e penas civis. As penas privadas desencadearão no momento da reparação do dano, para eliminar as consequências da ofensa e constituem de autonomia da vontade. As penas civis, por outro lado, não estão subordinadas a ocorrência dos danos e seus efeitos, mas tão somente a conduta ilícita, pois sua finalidade é preventiva e dissuasória. (ROSENVALD, 2013, p. 42-44).

Além das funções primordiais, há funções secundárias, por exemplo, a função educativa, que cumpre divulgar para o público a existência de um direito juridicamente protegido ou tornar público informações de potenciais perigos como maus médicos ou produtos, por exemplo. E, também, visa proteger os valores mais caros da sociedade, tutelar a harmonia, convívio ético e condutas moralmente aceitas, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana.

No ordenamento jurídico Americano existem o chamado *policing* ou *law enforcement* (policimento), as chamadas “funções de policimento) é um método que visa encorajar que pessoas e seus advogados hajam em prol do interesse público (AUSNESS, 1986, p. apud WALKER; SILVA, 2016, p. 340. Este instituto é muito utilizado na área ambiental e, basicamente, por comparação, é uma ação popular contra particulares ou entidades públicas com a indenização punitiva revertida para o autor.

A função de policimento trabalha *ex post*, identificar e punir os ofensores que não forem desestimulados de cometer a conduta ilícita, está indenização serviria para recompensar o particular em agir como um “promotor privado”. (Walker, 2016, p. 141).

#### 4.1.4 Critérios de fixação do quantum indenizatório do *punitive damages* na experiência Americana

A Suprema Corte Americana assumiu um papel essencial na aplicação da teoria do desestímulo, haja visto que não existe uma lei federal para regular este instituto e por adotar o sistema *common law*, a jurisprudência é determinante para estipular critérios de aplicação.

Segundo Cruz (2015), um caso marcou os Estados Unidos, “BMW of North American, Inc VS. Gore de 1996. Este caso foi um paradigma na aplicação da *punitive damages* nos Estados Unidos, Gore adquiriu um veículo novo da BMW, mas descobriu que este já tinha sido danificado e reparado, ou seja, não poderia ter sido vendido como novo. Nesta linha, ingressou com uma ação judicial alegando fraude e requerendo indenização. A empresa contestou alegando que a reforma foi de 3% (três por cento) do valor do carro.

O julgador de primeira instância constatou fraude e que a informação da reparação não era repassada aos distribuidores e revendedores, assim determinou indenização de US\$ 4.000 (quatro mil dólares), em favor de Gore, bem como condenou a empresa em US\$ 4.000.000 (quatro milhões de dólares) à título de *punitive damages*. A corte do Alabama manteve a decisão, mas reduziu pela metade. Contudo, a Suprema Corte Americana considerou um número de “cifras estratosféricas”, e a Corte do Alabama reduziu para US\$ 50.000 (cinquenta mil dólares). (CRUZ, 2016, p. 80).

Diante disso, a Suprema Corte determinou alguns critérios de fixação do quantum indenizatório em três etapas: fórmula, quantia e proporção.

A primeira etapa é definir uma fórmula verbal que indique um limite, a Corte destaca que qualquer que seja a fórmula, deverá ser com uma linguagem simples e de fácil compreensão por parte do júri. O segundo é fixar o valor limite. E por último, fixar um valor pela proporção. Para tanto, decorre de estudos realizados sobre o tema. (HERRERA, 2011, p. 270 apud CRUZ, 2015, p. 81).

(i) o grau de reprovabilidade da conduta do réu (the degree of reprehensibility of the defendant’s misconduct). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (the tortious conduct evinced na indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente; (ii) a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive*

damages; (iii) a diferença entre os punitive damages concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 243 apud CRUZ, 2015, p. 82).

Segundo Sebok (2009, p. 185 WALKER, 2016, p. 150), todos os Estados preveem a possibilidade de revisão do montante da indenização punitiva arbitrada pelo júri em excesso<sup>5</sup>. Contudo, alguns Estados não têm hábito de alterar as determinações do júri, diante do ordenamento jurídico dos Estados Unidos. Assim, os Estados conferem liberdade aos jurados, determinam uma tabela detalhada dos fatores que devem seguir: (1) a condição econômica do lesante; (2) a proporção entre a indenização compensatória e a indenização punitiva; (3) a natureza e a gravidade do ilícito; (4) o grau de culpabilidade do lesante; e (5) todos os demais fatores relevantes. Esses fatores foram expandidos pelos demais estados de Louisiana, Minnesota, Mississippi, e Tennessee que incluíram também: a duração da conduta do lesante; o lucro auferido pelo ilícito; e se o lesante tomou medidas corretivas, visando a mitigar o dano causado

A Restatement (secont) of Torts, §908, na parte final, esclarece que o julgador deverá ponderar, adequadamente, a reprovabilidade da conduta, a natureza do prejuízo e a riqueza do réu. Neste diapasão, na Corte da Pennsylvania analisou um julgamento, no qual seguranças não permitiram a entrada de um rapaz no bar, por considerar a carteira de imigrante incapaz de confirmar sua identidade e idade, sendo que existia todas as identificações para tal e, após discussões, iniciou-se uma luta corporal. Intentada a respectiva ação, conclui-se danos morais pagos pelo bar em U\$18,000 (dezoito mil dólares), danos morais pagos pelos seguranças em U\$12.000 (doze mil dólares) e danos punitivos pagos pelos seguranças em U\$25.000 (vinte cinco mil dólares). Em recurso a Corte, sustentou que não se fez prova da riqueza dos réus, assim não poderia aviltar-se o dano punitivo. Contudo, concluiu o Tribunal que não há necessidade de comprovar riqueza quando os danos punitivos estão proporcionalmente adequados aos danos compensatórios, sendo assim, necessária prova de riqueza quando um rico cometer um ilícito e uma indenização ponderada mostrar-se irrisória. (ROMAN, 2007, p. 1-2).

Observa-se é utilizado as condições financeiras do réu após determinada a possibilidade de aplicação da indenização punitiva e muitos Estados exigem que a indenização punitiva esteja com proporção com o dano efetivo sofrido.

---

<sup>5</sup> Exceto Ohio que deixa a cargo do júri pela responsabilização da *punitive damages* e do juiz a fixação do quantum indenizatório (SEBOK, 2009, p. 319 apud WALKER, 2016, p. 150).

## 4.2 CRÍTICAS A TEORIA DO DESESTÍMULO

Dentre as críticas da teoria do desestímulo, destaca-se cinco argumentos empregados com unanimidades que implicam na aplicabilidade das indenizações punitivas no ordenamento jurídico brasileiro: incentivo a indústria das indenizações, enriquecimento sem causa, ausência de disciplina legal, incentivo à vingança, produção de resultado social e econômico indesejado. Todavia, enfrentaremos somente os três primeiros, por serem mais pertinentes.

## 4.3 INCENTIVO A INDÚSTRIA DAS INDENIZAÇÕES

Sem dúvida o mais corriqueiro argumento contrário à indenização punitiva e o suposto excesso de processos e indenizações que gerariam. No Direito Americano é muito criticado, é chamado por muitos de *tort lottery* (delito da loteria). Contudo, a função da teoria do desestímulo não é criar milionários, mesmo nos Estados Unidos da América, sendo que casos emblemáticos foram revistos e valores reduzidos pela Suprema Corte Americana.

Pesquisa realizada nos 75 (setenta e cinco) condados mais populosos dos Estados Unidos, revela que apenas 6% (seis por cento) dos casos (total de 6.504 processos pesquisados), tiveram o *punitive damages* concedidos. Destes casos procedentes, a metade recebeu menos de U\$ 50.000 (cinquenta mil dólares). Em 41 casos foram concedidos mais de um milhão de dólares. (MARINANGELO, 2016, p. 137).

Como pondera Andrade (2009 apud MARINANGELO, 2016, p. 138), é menor no Brasil a chance de haver condenações desmensuradas, pelo fato do arbitramento competir ao juiz, ou seja, menos propenso ao julgamento passional.

## 4.4 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O enriquecimento sem causa costuma ser tratado como princípio jurídico, instituto regulador de certas relações obrigacionais. Como princípio é determinante para critério interpretativo de aspecto privado e público. Pois bem, como regra específica dos artigos 884 e 886, todos do Código Civil vigente, torna obrigação a restituição do patrimônio a outrem sem causa que o justifique.

Segundo Puccinelli (2015), a responsabilidade civil não se confunde com enriquecimento ilícito, sendo que a responsabilidade civil elimina o dano ou prejuízo e o

enriquecimento ilícito visa suprimir o locupletamento injusto ou ilegítimo de alguém. Contudo, a indenização por danos morais tem caráter compensatório, caso por analisar em caráter punitivo e indenizar, sem prévia cominação legal, surgirá o enriquecimento ilícito.

O fundamento por trás do enriquecimento sem causa repousa na estabilização patrimonial determinada pelo ordenamento, sendo vedada a migração injustificável do bem entre patrimônios. Segundo Tartuce (2014), não se admite conduta baseada em especulação, no locupletamento sem razão.

De modo contrário, segundo Gattaz (2016), levando um ponto curioso, caso for determinante a aplicação, está será fundamentada, materializada por uma decisão judicial. Pois bem, parece haver uma causa, mas o que realmente incomoda é gerar para a vítima uma indenização superior ao dano.

Desta feita, o escopo da Teoria do Desestímulo é sancionar condutas ilícitas sem o intuito de obtenção de lucro, condenar o réu sob esta égide, há causa e fundamentação jurídica, assim não há enriquecimento sem causa.

#### 4.5 AUSÊNCIA DE DISCIPLINA LEGAL

A ausência de disciplina legal específica a aplicação da indenização punitiva constitui uma discussão entre os defensores do instituto no Brasil, já não bastasse quem é contrário à ideia. Assim, a Teoria do Desestímulo poderá ser vislumbrada em três posições: com escopo de dar um *plus* no valor indenizatório; aplicação do instituto, desde que haja disciplina legal específica e; rechaçar completamente a ideia, sob alegação do ordenamento jurídico brasileiro não comporta tal modalidade.

##### 4.5.1 Plus indenizatório

O princípio da reparação integral, estabelecido no artigo 944, do Código Civil vigente, esclarece que há três funções da compensação extrapatrimonial: compensatória, concretizadora e indenitária. No que diz respeito a última, não há permissão que a indenização ultrapasse a extensão do dano. (SANSEVERINO, 2010).

Não obstante, por sua própria natureza, é impossível medir o valor moral de determinada pessoa, logo a extensão do dano extrapatrimonial. Vimos a dupla função da indenização por dano moral, com intuito de amenizar a dor do ofendido e educar o ofensor. Segundo Bittar (2014), “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que

represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo.”

Para Bittar (2014), deve fixar um valor de desestímulo para inibir novas práticas lesivas, algo que atinja o patrimônio do lesante, que possa conscientizar-se da vereda indevida assumida, de outra parte, exemplo expressivo para a coletividade.

Nota-se, que Bittar, engloba todo o conceito da *punitive damages* e suas funções, exceto na forma de aplicabilidade, ou seja, uma segunda indenização punitiva, mas tão somente uma majoração na indenização de cunho moral.

Neste correte, sintetiza Tartuce (2018), que os juristas Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Roberto Gonçalves, lecionam que a prevalência é um sentido duplo nos danos morais, sendo um caráter de punição ao infrator e o segundo a garantia de uma espécie de satisfação a vítima, que poderá se traduzir em valor pecuniário.

Nesta esteira, quando o valor indenizatório se torna irrisório, da perspectiva de não ser capaz em punir o ofensor, o quantum indenizatório poderá ser majorado sob fundamentação da Teoria do Desestímulo.

#### **4.5.2 Prévia previsão legal**

Segundo Serpa (2011), o *punitive damages* se molda ao ordenamento jurídico brasileiro e efetiva e inibe novas condutas ilícitas, construindo uma sociedade justa, segura e solidária, assim, evitando o rebaixando do nível social. Todavia, com uma condicionante de expressa previsão legal.

Segundo Rosenthal (2013), uma espécie de *Plus* na indenização perde-se todo caráter punitivo, surgindo um lucro resultante da ilicitude, no qual não cumpre a ética da efetividade. Assim, confundirá uma sanção com uma reparação que não terá o condão de inibir novas condutas indesejadas pelo sistema, posto qualificadas pela malícia ou grave culpa.

#### **4.5.3 Incompatibilidade com ordenamento jurídico brasileiro**

Segundo Nader (2016), nosso sistema não comporta os *punitive damages*, sendo a responsabilidade civil tem a função primordial de restaurar o equilíbrio das relações sociais, no limite do possível; sua natureza é reparatória. Assevera, que a compensação plena se mostra capaz de evitar novas práticas

Alinhado a essa corrente, em uma corrente majoritária, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, defendem que a indenização é meramente reparatória, sendo tradição está a tradição da responsabilidade civil no Direito Brasileiro. (TARTUCE, 2018, p. 444).

Para Pablo Stolze e Rodolfo Filho, discorrem que é clara a natureza reparatória do dano moral como pedagógica, mas não concretiza como uma “pena civil”, mas por uma compensação pecuniária ao ofendido, sem prejuízo das demais funções acessórias (TARTUCE, 2018, p. 449).

#### 4.6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA TEORIA DO DESESTIMULO

Segundo Tartuce (2018, p. 444), a Teoria do Desestímulo, não vinha sendo bem aceita pela nossa jurisprudência, que identificava perigos na sua aplicação. No entanto, nos últimos tempos, tem crescido o número de adeptos a essa teoria. ”

Cabe uma análise mais intrínseca da aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a jurisprudência posição de destaque na busca de direitos e deveres.

##### 4.6.1 Tribunal de Justiça de Santa Catarina

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina é categórico em afirmar que a indenização por danos morais é uma compensação à ofensa, não sendo confundida com uma punição, na jurisprudência posta, o comerciante foi vítima de uma fraude e buscou tutela jurisdicional para ressarcimento dos danos materiais e morais, contudo, obteve resposta somente nos danos materiais:

Indenização de danos morais deve representar uma compensação por uma efetiva lesão extrapatrimonial sofrida e não pode ser confundida com uma punição (punitive damages) ao agente. A presunção de dano moral sem comprovação de que um componente da personalidade do autor foi atingido de maneira relevante, no fundo, acaba por substituir, implicitamente, a compensação por punição, que só é admitida no direito anglo-saxão em casos de dolo, fraude, malícia ou outra conduta especialmente grave. (SANTA CATARINA, 2018)

Neste norte, sustenta a jurisprudência, que as indenizações devem ser arbitradas pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Assim, muitas vezes, tende-se diminuir os valores estabelecidos:

INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ORGANISMO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DANO MORAL PRESUMIDO - AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE DÉBITO -INDENIZAÇÃO DEVIDA - REDUÇÃO DO VALOR OBSERVADA A PROPORCIONALIDADE ENTRE O VALOR DEVIDO E A MAGNITUDE DO

DANO PRODUZIDO. Em ações de reparação de dano moral meramente presumido, por inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, a indenização há de ser fixada com parcimônia, observando-se, de forma escrupulosa, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, porque é notório que a agregação de um plus a título de punitive damages, não cumpre a sua função de exemplaridade e de prevenir condutas semelhantes, do que dão testemunho as incontáveis ações similares que assoberbam o Judiciário.

Contudo, é mais suave essa interpretação em torno na relação consumerista em que nítida desonra com o consumidor:

No que toca à fixação do quantum indenizatório, é consabido que o abalo anímico, por natureza, não é mensurável pecuniariamente como o dano patrimonial, razão por que não visa exatamente à reparação, mas à compensação da vítima (compensatory damages). De outro ângulo, porém, avulta hodiernamente também a finalidade punitiva da indenização (punitive damages), uma vez que a afronta à dignidade da pessoa humana, como fundamento basilar do Estado, à luz do art. 1º, inciso III, da Fundamental Law, reclama censura enérgica para que não se repita (prevenção negativa) e para reforçar a vigência da ordem jurídica (prevenção positiva). (SANTA CATARINA, 2017).

Outrossim, o caso específico, uma grande financeira inscreveu a consumidora no rol de maus pagadores. Provado nos autos que enviou o comprovante de pagamento por e-mail e, ainda assim, a inscrição perdurou por 6 (seis) meses. Assim, o Tribunal entendeu que o valor inicial de R\$10.000,00 (dez mil reais), não correspondia com a indenização, a qual, deveria ter o viés compensatório e punitivo. Portanto, majorou a indenização para R\$25.000,00 (vinte cinco mil reais).

Na busca do termo “desestímulo”, percebe-se que é mais utilizado, torna-se mais técnico, e, principalmente nas relações de consumo é empregado no quantum indenizatório:

O valor da reprimenda imposta ao causador do indevido gravame deve, pois, atender ao fim de reconfortar o ofendido, sem que se traduza em vantagem indevida, ao passo que deve servir como punição pedagógica ao ofensor, para que não reincida na conduta ilícita perpetrada, sem contudo trazer-lhe a ruína. Nesse passo, entende-se que o valor de R\$ 20.000,00 fixado na origem cumpre o duplo escopo da medida. [...]pois aquele que tem seu nome negativado por R\$ 10,00 ou R\$ 10.000,00 sofre os mesmos impedimentos creditícios. (SANTA CATARINA, 2018).

No caso em tela, grande financeira negativou uma pessoa sem qualquer relação, o juiz de primeira instância fixou a indenização no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais) e o Tribunal manteve.

Contudo, sob o argumento da Teoria do Desestímulo, pondera-se outros critérios de fixação do quantum indenizatório, e por vezes, o valor da indenização é diminuído ou mantido, dificilmente é majorado. Mas há exceções raras que visam impor um caráter punitivo ao dano moral:

Analisando os autos, entende-se adequada a majoração da quantia fixada pelo Togado singular para os R\$ 18.000,00 requeridos pela recorrente adesiva, pois tal quantia se encontra dentro dos patamares entendidos como adequados pelo posicionamento reiteradamente firmado por esta Câmara, cujas indenizações são fixadas para evitar o enriquecimento indevido da parte autora, garantindo-lhe, por outro lado, o reconforto por ter suportado transtornos de natureza creditícia, além de, como dito, assegurar o caráter punitivo da medida imposta ao ofensor (SANTA CATARINA, 2017).

Também é louvável o termo “caráter punitivo”, encontrado em muitas outras emendas:

O quantum indenizatório deve ser fixado levando-se em conta os critérios da razoabilidade, bom senso e proporcionalidade, a fim de atender seu caráter punitivo e proporcionar a satisfação correspondente ao prejuízo experimentado pela vítima sem, no entanto, causar-lhe enriquecimento ilícito, nem estimular o causador do dano a continuar a prática-lo. (SANTA CATARINA, 2016).

O presente caso, em apreço, trata-se de pessoa jurídica que teve seu nome vinculado ao rol de inadimplentes indevidamente por empresa de telefonia. Entendeu-se na aplicação do Código de Defesa Do Consumidor. Não provado o vínculo contratual entre as partes, muito menos a dívida, e a fim de tutelar o bom nome e imagem, majorou a indenização por danos morais de R\$8.000,00 (oito mil reais) para R\$25.000,00 (vinte cinco mil reais).

Também destaca, em Joinville os réus efetivaram protesto indevido de duplicata, assim, causando danos extrapatrimoniais nos autores. Na sentença o juiz entendeu que o valor devido, considerando os fatos narrados, era de R\$20.000,00 (vinte mil reais), contudo o pedido inicial era de R\$15.000,00 (quinze mil reais). No acordão, entendeu que o valor devido poderia ultrapassar os valores estipulados na sentença, mas o limite estava posto nos pedidos da inicial.

Decote, de ofício, da indenização que extrapolou os limites do pedido. Julgamento ultra petita. Importância restante de r\$ 15.000,00, todavia, mantida incólume. Inteligência das finalidades compensatória e punitiva da indenização. (SANTA CATARINA, 2018).

Desta espreita, conclui-se que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não aplica a Teoria do Desestímulo em qualquer fato que gere ou cause dano moral. Mas tão somente em casos específicos, principalmente nas relações de consumo, no qual a conduta do ofensor demonstre alta reprovabilidade e grande lesividade ao consumidor.

Todavia, é evidente que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não vislumbra a indenização como um meio de punição, mas na fixação do quantum indenizatório pondera razoabilidade, proporcionalidade, caráter compensatório, e em casos específicos o punitivo ou pedagógico.

#### 4.6.2 Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça pondera a razoabilidade e proporcionalidade no quantum indenizatório, evitando o enriquecimento sem causa, e sopesando as condições pessoais do ofensor:

2. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. 3. A aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2010).

No caso em tela, seis herdeiros buscavam a defesa à imagem do pai falecido, no qual um jornal utilizou de uma foto registrada 7 (sete) anos atrás dos fatos para ilustrar uma reportagem. Tribunal *a quo* determinou indenização moral no valor de R\$960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), mas o Superior Tribunal de Justiça fixou em R\$145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais).

Nas decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça o valor indenizatório por danos morais somente será revisado quando for irrisório ou exorbitante, assim, poderá ser suscitado e analisado a Teoria do Desestímulo, vejamos:

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a revisão do valor arbitrado a título de indenização por danos morais apenas será viável quando irrisório ou exorbitante o montante fixado, em evidente ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Na espécie, para formar seu convencimento, a instância de origem valeu-se do exame da "intensidade e da repercussão do dano, da condição sócio-econômica do ofendido, do grau de culpa do ofensor, das condições financeiras do ofensor, bem como do que a doutrina denomina de Teoria do Desestímulo" (fl. 95). Assim, para se alterar tal entendimento, notadamente considerando que a quantia estipulada - R\$ 8.000,00 (oito mil reais) - não se mostra excessiva, necessário o revolvimento do material probatório, o que encontra óbice no enunciado 7/STJ. Precedentes. (BRASIL, 2014).

No mesmo norte, encontrar em diversos acórdão que o Superior Tribunal de Justiça pondera a capacidade econômica dos ofensores, condições pessoais da vítima, caráter pedagógico e sancionatório da indenização por danos morais:

8. . Na hipótese, não é cabível a revisão do montante fixado a título de indenização por danos morais (R\$ 20.000,00 - vinte mil reais) por não se mostrar irrisório ou abusivo, haja vista o quadro fático delineado nas instâncias locais, sob pena de afronta à Súmula nº 7/STJ. 9. A quantificação do dano extrapatrimonial deve

levar em consideração parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico e sancionatório da indenização, critérios cuja valoração requer o exame do conjunto fático-probatório. 10. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2018).

Extraí-se desta jurisprudência que o dano moral se originou de ofensas produzidas por uma advogada para uma juíza em peças processuais, assim o Superior Tribunal de Justiça considerou adequada o manteve a decisão do Tribunal de origem no montante de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Doutro modo, o Superior Tribunal de Justiça também enumera o enriquecimento ilícito, mas sem descrédito ao caráter “punitivo-pedagógico” da indenização”:

Também devem ser observados, para a fixação da verba, o poder econômico do ofensor, a condição econômica do ofendido, a gravidade da lesão e sua repercussão, não se podendo olvidar da moderação, para que não haja enriquecimento ilícito ou mesmo desprestígio ao caráter punitivo-pedagógico da indenização. Isto posto, observando-se as circunstâncias do caso concreto, tem-se que a quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) se ajusta aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. (BRASIL, 2017).

Na análise da jurisprudência, constata-se que uma concessionária de água deixava de abastecer uma região em desenvolvimento, tendo obrigação legal. Deixado de provar obras de ampliação em andamento ou estudos que comprovassem a desnecessidade da demanda, fixou-se dano moral em R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e R\$100,00 (cem reais) de multa por dia, no período máximo de 30 (trinta dias).

A teoria do desestímulo busca uma majoração nos danos morais, com intuito de atribuir um valor para desestimular novas condutas, sendo que a Corte não absorve a teoria por completo. Muitas vezes confunde a *punitive damages* ao fixar o quanto indenizatório, que poderá ser analisada pelas condições financeiras do ofensor, com a fixação no dano moral.

Contudo, há uma tendência em entender o caráter punitivo da indenização por danos morais, porém, as qualidades do ofensor e do ofendido sobrepõem. Mas poucas vezes o valor indenizatório é revisado por entender que somente em caso de fixação exorbitante ou irrisório pelo tribunal *a quo*, ou seja, dois extremos, portanto dificilmente é cabível uma análise pelo Tribunal Superior de Justiça.

## 5 CONCLUSÃO

Nos primórdios o método utilizado para reparar o dano era a “pena de talião, contudo, percebeu-se as vantagens em aplicar uma pena pecuniária compensatória pelo dano causado, nascendo os primeiros traços da responsabilidade civil. Assim, a *lex aquilia*, do Direito Romano, define os danos extrapatrimoniais e influencia o Código de Napoleão e faz nascer a obrigação de reparar o dano quando agir com Culpa, no qual formou uma base para diversos códigos do ocidente, inclusive do Brasil.

A responsabilidade Civil surge com dever de reparar o dano causado decorrente quebra da obrigação contratual ou da conduta contrária a lei, podendo ser danos patrimoniais ou danos morais. Para configurar a responsabilidade civil é necessário estar presente o liame entre a ação e resultado, ou seja, o nexo de causalidade entre os danos sofridos e a conduta ilícita do ofensor. Entre as funções da responsabilidade civil, reparação ou compensação do dano, destaca-se a função sancionatório e dissuasiva.

A teoria do desestímulo é espelhada no instituto norte-americano *punitive damages*, no qual, naquele ordenamento jurídico, é uma segunda indenização quando verificada uma extrema reprovabilidade na conduta ilícita. Aqui no Brasil, a Teoria do Desestímulo nasce com a possibilidade de majorar a indenização por danos morais, vislumbrando, também, seu caráter punitivo e dissuasivo.

Desde modo, pode-se verificar uma breve distinção da Teoria do Desestímulo com a *punitive damages*, sendo apenas acerca do momento indenizatório, que a primeira atura como um “plus”, algo a mais, na indenização por danos morais, ou até mesmo, um dano moral que, outrora, era irrelevante para o Direito torna-se relevante e passível de indenização.

Assim, como vislumbrado, a indenização, em especial, por danos morais, poderá ter um caráter punitivo e ser suscitada uma majoração até um valor que punirá o ofensor e desestimulará novas condutas ilícitas e, também, surtirá um exemplo para os outros membros da sociedade.

Neste aspecto, a Teoria do Desestímulo está em consonância com o sistema de responsabilidade civil do ordenamento jurídico, que tem o condão de equilibrar as relações jurídicas na sociedade e, sustenta por alguns autores, função de sancionar e dissuadir. Além de garantir segurança nas relações interpessoais e jurídicas, ao passo que resguarda os valores intrínsecos da sociedade.

Por tudo isso, nota-se que a jurisprudência ainda não abarcou completamente o modelo norte-americano. Os julgadores têm sido cautelosos ao fixar o quantum indenizatório,

utilizando técnicas peculiares ao caso concreto, fazendo uso da razoabilidade e da proporcionalidade, majorando as indenizações de modo “restritivo”, em casos específicos ou no quantum indenizatório. Todavia, com uma tendência em citar a Teoria do Desestímulo em casos envolvendo, principalmente, relação de consumo e a lesão extrema ao consumidor, assim, majorando o quantum indenizatório a um patamar, em tese, capaz desestimular ilícitos civis.

Desta forma, conclui-se que a Teoria do Desestímulo como instrumento majoração das indenizações por danos morais é aplicável no ordenamento jurídico brasileiro com caráter punitivo-pedagógico e dissuasivo, este último também influenciando na sociedade, quando a conduta ilícita for perpetrada com dolo ou culpa grave, com extrema ofensa aos direitos fundamentais ou na obtenção de lucro. Todavia, não se deverá ser confundido com um lucro ao ilícito praticado e\ou ao dano suportado.

Nada obstante, talvez, na prática essa dúvida quanto a confusão poderá surgir, assim, o método melhor empregado é o da sua origem, ou seja, a *punitive damages*, uma segunda indenização quanto a conduta ilícita tiver por objetivo causar dano extremo aos direitos fundamentais ou obtenção de lucro.

Para tal, na estruturar do instituto da indenização punitiva é necessária uma regulamentação legislativa que determinará as circunstâncias de aplicação, sendo na relação contratual ou extracontratual. Todavia, a previsão deverá ser cláusula geral e não circunstâncias taxativas. Pois, tal instituto remete-se a causas complexas e amara-las prejudicaria o desempenho de suas funções, do mesmo modo que segue a responsabilidade civil.

Deste modo, sugere-se o acréscimo de um parágrafo segundo no artigo 944, do Código Civil de 2002, por exemplo: o juiz poderá condenar ao pagamento de razoável de indenização punitiva, quando verificado dolo ou culpa grave de extrema reprovabilidade na lesão aos direitos fundamentais ou obtenção de lucro na conduta ilícita praticada.

De tal sorte, este trabalho não abordou todos os temas, sendo possível um estudo prático nas indenizações por danos morais arbitradas pelos tribunais superiores com cunho punitivo, pedagógico, disciplinar etc., e verificar o alcance dos efeitos desejados, ao ponto, se o ofensor ensejou em novas práticas ilícitas.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, José Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977320/cfi/6/2!/4/2/2@0:38.8>>. Acesso em: 22 abr 2018.
- AMERICAN LAW INSTITUTE. **About ALI**. Disponível em; <<https://www.ali.org/about-ali/>>. Acesso em: 02 nov 2018.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto, 1909. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 28 out 2018.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 27 out 2018.
- \_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 22 out 2018.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071impressao.htm)>. Acesso em: 12 out 2018.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm)>. Acesso em: 11 nov 2011.
- \_\_\_\_\_. **Lei Nº 8.078, DE 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 29 out 2018.
- \_\_\_\_\_. **Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em 27 out 2018.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental 850273, da Bahia**. Relator. Des. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200602623771&dt\\_publicacao=24/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602623771&dt_publicacao=24/08/2010)>. Acesso em: 11 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 563211, de Pernambuco**. Relator. Des. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 23 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PUNITIVE+DAMAGES&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 11 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp Nº 563.211 (2014/0203157-8), de Pernambuco**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 23 setembro de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402031578&dt\\_publicacao=26/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402031578&dt_publicacao=26/09/2014)>. Acesso em: 11 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 2016/0322963-5, do Paraná**. Relator Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Brasília, 24 de abril de 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201603229635&dt\\_publicacao=30/04/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603229635&dt_publicacao=30/04/2018)>. Acesso. 11 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 2017/0129439-6, do Rio de Janeiro**. Relator Min. Ministro Herman Benjamin. Brasília, 21 de setembro de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201701294396&dt\\_publicacao=09/10/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701294396&dt_publicacao=09/10/2017)>. Acesso em: 17 nov. 18.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 187. Brasília, 30 maio 1997**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_13\\_capSumula187.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_13_capSumula187.pdf)>. Acesso em: 28 out 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 326. Brasília, 07 junho 2006**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_27\\_capSumula326.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_27_capSumula326.pdf)>. Acesso em: 22 abr 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 385. Brasília, 08 junho 2009**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013\\_35\\_capSumula385.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula385.pdf)>. Acesso em: 25 out 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 341, Brasília, 13 de dezembro de 1963**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2478>>. Acesso em: 11 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 161. Brasília, 13 dezembro 1963**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3501>>. Acesso em: 28 out 2018.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações; responsabilidade**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica->

federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 24 out 2018.

CRUZ, André Pinheiro. **Punitive damages**: origem e proposta de aplicabilidade temperada ao direito brasileiro. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/19657>>. Acesso em: 02 nov 2018.

DEMO, Wilson. **Manual de história do direito**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil: responsabilidade civil. 19. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Civil Pós Contratual**: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502140356/cfi/49!/4/4@0.00:13.5>>. Acesso em: 19 nov 2018.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil**: responsabilidade civil. Caixas do Sul: Educ, 2013.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade Civil Preventiva**: função, pressupostos e aplicabilidade. 2014. 273 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito civil**: Obrigações e Responsabilidade Civil. 5. Ed. Curitiba: JusPODIVM, 2016. v. 11.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. **Punitive damages no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 964, fev/2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rtrib\\_n.964.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.964.07.PDF)>. Acesso em: 03 nov 2018.

GEGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 10.ed. ver., atual e ampl. São Paulo: saraiva, 2012. v. 3.

GIORDANI, Mario Curtis. **História da antiguidade oriental**. 14. Ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

\_\_\_\_\_. **Direito civil esquematizado**: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual**. 2016. 306 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18822>>. Acesso em: 06 nov 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil 7: responsabilidade civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968724/cfi/6/28!/4/8/4@0:0>>. Acesso em: 11 out 2018. v. 7.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968724/cfi/6/2!/4/2/2@0:9.24>>. Acesso em: 22 abr 2018. v. 7.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OWEN, David. **A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform**. Villanova Law Review - University of South Carolina Scholar Commons, v. 39, p. 363, 1994. Disponível em: <[https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1984&context=law\\_facpub](https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1984&context=law_facpub)>. Acesso em: 02 nov 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PUCCINELLI, André. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626713/cfi/266!/4/4@0:00:15.4>>. Acesso em: 17 nov 2018.

ROMAN, Dennis. **Is Proof Of Wealth Necessary To An Award Of Punitive Damages?** Marshall, Dennehey, Warner, Coleman & Goggin., Pittsburgh, Defense Digest, setembro, 2007. Disponível em <<https://www.bestlawyers.com/Content/Downloads/Articles/18572.pdf>>. Acesso em: 06 nov 2018.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218409/cfi/55!/4/4@0:00:57.1>>. Acesso em: 12 out 2018.

ROSSI, Ricardo. **A indenização do dano moral no direito do consumidor como instrumento da jurisdição para reprimir e prevenir ilícitos civis**. 2015. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/handle/235/11997>>. Acesso em: 11 nov 2018.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação Integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação n. 0000125-23.2014.8.24.0037, de Joaçaba**. Relator Des. Gilberto Gomes de Oliveira. Florianópolis, 17 de maio de 2016. Disponível em: <link>. Acesso em: 17 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, **Apelação Cível n. 0300512-71.2016.8.24.0076, de Turvo**, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves. Florianópolis, 12 dezembro de 2017. Disponível em: <link>. Acesso em: 17 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Civil n° 0305550-15.2014.8.24.0018, de Chapecó**. Relator. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos. Florianópolis, 08 de novembro de 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora)>. Acesso em: 11 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Civil n° 0300821-50.2015.8.24.0069, de Joinville**. Relator. Des. Newton Varella Júnior. Florianópolis, 02 de janeiro de 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora)>. Acesso em: 11 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Civil n° 0327706-79.2014.8.24.0023, de Garopaba**. Relator. Des. Jairo Fernandes Gonçalves. Florianópolis, 12 de setembro de 2017. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora)>. Acesso em: 11 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0000214-78.2013.8.24.0167, de Garopaba**. Relator Des. Newton Varella Júnior. Florianópolis, 06 de julho de 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora)>. Acesso em: 11 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Civil n° 0001886-72.2014.8.24.0075, de Tubarão**. Relator. Des. Jairo Fernandes Gonçalves. Florianópolis, 31 de outubro de 2017. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora)>. Acesso em: 11 nov 2018

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 11 nov 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Método, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982218/cfi/6/16!/4/8/6@0:0.>>. Acesso em: 14 out 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direitos das obrigações e responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito civil**. 6. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: Obrigações e responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014570/>>. Acesso em: 02 out 2018. v. 2.

WALKER, Mark Pickersgill. **O modelo jurídico dos punitive damages nos ordenamentos jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos da América**. 2016. 203 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016. Disponível em: <[http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFSC\\_e51b86d2265f988f8da3c789f43caf52](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFSC_e51b86d2265f988f8da3c789f43caf52)>. Acesso em: 08 nov 2018.

WALKER, Mark Pickersgill; SILVA, Rafael Peteffi da. **Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 295-326, dez. 2016. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p295>>. Acesso em: 02 nov. 2018.