



FELIPE SARNO MARTINS DOS SANTOS

A Teoria dos *Punitive Damages* como mecanismo de proteção aos direitos da personalidade

Salvador

2012



FELIPE SARNO MARTINS DOS SANTOS

Graduando – 5ª Matutino

A Teoria dos *Punitive Damages* como mecanismo de proteção aos direitos da personalidade

Artigo científico desenvolvido durante o curso de graduação em Direito da Universidade Salvador – UNIFACS.

Orientador: Prof. Rodolfo Mario Veiga Pamplona Filho

RESUMO: O presente trabalho trata da análise da Teoria dos *Punitive Damages* e sua utilização como uma forma de proteger e combater violações a direitos da personalidade.

Palavras-chave: *Punitive Damage*. Teoria do Desestímulo. Direitos Personalíssimos. Proteção.

Salvador
2012



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. A TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

2.1. HISTÓRICO

2.2. CONCEITO DE *PUNITIVE DAMAGES*

2.2.1. Diferenças entre a função pedagógica e a função reparatória

2.3. REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO

2.3.1. Características do ofensor no *punitive damage*

2.3.2 Diferenças entre culpa grave, imprudência e negligencia

2.4. RELAÇÃO ENTRE AS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS E A TEORIA DO DESESTÍMULO

2.5. REFERENCIAS LEGISLATIVAS BRASILEIRAS SOBRE O TEMA

2.6. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O TEMA

CAPÍTULO

3. ENTRAVES À APLICAÇÃO DA TEORIA DAS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS

3.1. A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO O PRINCÍPIO DA *NULLA POENA SINE LEGE*

3.2. *PUNITIVE DAMAGE* COMO UMA PENA PRIVADA

3.2.1 A cláusula penal e sua relação com a teoria do desestímulo.

3.2.2 O parágrafo único do art. 42 do CDC e o *punitive damage*

3.3. AS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

4. BENEFÍCIOS ORIUNDOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESESTÍMULO

4.1 ALGUMAS LUZES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

4.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E OS MÉTODOS PARA A SUA PROTEÇÃO

4.2.1 Conceitos e diferenças

4.2.2 A teoria do desestímulo como um dos mecanismos para a proteção dos direitos coletivos

5. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A maneira mais comum de se buscar indenizar os danos (morais ou materiais) sofridos por uma pessoa é através das indenizações reparatórias, onde se busca recompor o dano causado pelo agente. O objetivo principal é reparar o dano sofrido pelo indivíduo, não tendo, inicialmente o condão de punir ou dissuadir a conduta do agente que deu causa ao dano.

Contudo, ao se analisar o cenário atual da aplicação das indenizações aos causadores de danos, pode-se perceber que a mera função de satisfazer o dano sofrido não é mais suficiente. Nos dias de hoje, alguns casos pedem não apenas a função reparadora do dano, como pedem também, algum meio de reprimir aquela conduta, tendo em vista que ela foi demasiadamente imprudente, causou danos que financeiramente não trazem relevância para o agente causador ou, são danos oriundos de uma conduta reiterada e desidiosa.

Visando tal função das indenizações, países como os Estados Unidos da América, Inglaterra, Austrália, entre outros pertencentes à família do *Common Law* desenvolveram a doutrina dos chamados *Punitives Damages*. Esse instituto traz para as indenizações um novo caráter, ou “uma dupla face” como já lecionam alguns doutrinadores. As indenizações passam a ter não só uma função de ressarcir o dano, como também, de punir o causador do dano em âmbito civil. Na indenização é acrescido o chamado “valor de desestímulo”, valor esse que tem como função desestimular aquela conduta, caso seja entendido que o autor do dano não se sensibilize apenas com os valores a título de indenização reparatória.

2. A TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

As indenizações com caráter pedagógico ainda são uma nova maneira de pensar as indenizações civis. Como será demonstrado a seguir, essa nova função que se dá à responsabilidade civil, qual seja, a de atuar reprovando a conduta, não é um pensamento tão novo quanto se imagina.

2.1. HISTÓRICO

Por volta do século XVIII, no continente europeu, surge a teoria dos *Punitive Damages* marcando profundamente a responsabilidade civil norte-americana (RESEDÁ, 2009). Em um primeiro momento, a sua aplicação voltava-se contra os violadores dos direitos fundamentais, em especial o de ir e vir. O *habeas corpus*, por isso, possui não só um caráter de remédio constitucional, como também um caráter reparatório do constrangimento experimentado pelo sujeito.

Na jurisprudência inglesa, o *leading case* que provocou a aplicação do instituto aqui trabalhado ficou conhecido como *Wilkes vs Wood*. Nesse caso, ficou concluso que limitar o ressarcimento ao dano experimentado pela vítima (Sr. *Wilkes*, jornalista e opositor da coroa britânica, que foi detido e teve a sua casa devassada após a publicação de um artigo em um jornal da época), não era suficiente. Seria necessário estipular uma quantia a título de *exemplary damage*, para que tais condutas sejam desestimuladas.

Percebe-se que, mesmo em um primeiro momento, os objetivos dos *punitive damages* já estavam traçados de maneira clara e direta, qual seja: desestimular a conduta abusiva que ensejou o dano.

Em virtude da autonomia legislativa existente nos Estados Unidos da América, alguns entes federados norte-americanos são contra a aplicação da teoria aqui trabalhada. Porém, os Estados de Massachusetts, Louisiana, Nebraska e New Hampshire são minoria, sendo possível afirmar que se aplicam as indenizações punitivas nos EUA (RESEDÁ, 2009).

Sobre o tema, deve ser ressaltada uma peculiaridade. O *quantum* devido a título de indenização punitiva é estabelecido por um júri popular, devendo ele estabelecer se é cabível e, em caso positivo, de quanto deve ser a indenização. A atribuição de um júri para realizar tais tarefas acabou por colocar em xeque a validade das indenizações punitivas, uma vez que surgiam casos em que os valores estipulados eram demasiadamente elevados em relação ao dano experimentado, ganhando fama os casos em que a aplicação das indenizações punitivas teve um caráter teratológico.

Em virtude disso, os *punitive damages* vêm sofrendo forte resistência não só nos Estados Unidos, como também no Brasil. A ideia de que a utilização desse instituto gera enriquecimento sem causa é um forte argumento por parte daqueles que não são favoráveis à supracitada teoria.

2.2. CONCEITO DE *PUNITIVE DAMAGES*

Conceituar os *punitive damages* é um pouco mais difícil do que os demais institutos jurídicos, uma vez que, em virtude do *Common Law* e, por consequência, da força dos precedentes jurisprudenciais, o conceito ganha certa maleabilidade, tendo em vista que cada tribunal aplica-o de uma determinada forma. Outra barreira para se estabelecer um conceito uniforme é a própria autonomia legislativa, existente entre os estados norte-americanos.

Seguindo o magistério de ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE (2012), os *punitive damages* surgem como um mecanismo de proteção à dignidade da pessoa humana, com o objetivo de protegê-la em sua plenitude, especialmente no cenário jurídico que se desenha pós Constituição de 1988. Essa quantia estabelecida não está associada aos *compensatory damage* (indenização destinada a compensar os danos sofridos), sendo uma quantia autônoma e ligada apenas pelas questões de fato.

Ao contrário do que se pensa, as indenizações punitivas não se aplicam apenas aos danos morais, ou melhor, aos danos não econômicos. Essa modalidade de indenização possui o condão de punir o gerador do dano, com o escopo desse não repetir essa conduta danosa mais uma vez.

SALOMÃO RESEDÁ (2009) traz o seguinte conceito acerca do tema:

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade ou reiteração, que vai além do que se estipula como necessário para compensar o ofendido, no intuito de desestimulá-lo, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, no intuito de assegurar a paz social e consequentemente função social da responsabilidade civil.

À análise feita pelo ilustre professor pode-se concluir que tudo aquilo exposto anteriormente foi ratificado, dando vigor ao caráter duplo da responsabilidade civil, qual seja, o caráter pedagógico e o caráter de ressarcir o dano existente.

Corroborando ainda mais com esse entendimento, ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE (2012) traz o seguinte conceito:

Os *punitive damages* constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria. Por conseguinte, segundo Linda Schlueter e Keneth Redden, ficam de fora do âmbito dos *punitive damages*, as condutas lesivas decorrentes de ignorância (*ignorance*), culpa simples (*mere negligence*) ou engano (*mistake*).

Esse conceito, apresentado pelo autor supracitado, traz não só no que consistem os *exemplary damages* (a indenização com caráter punitivo), como alguns dos seus requisitos. Tais requisitos serão abordados em um momento mais oportuno.

Ante o exposto, pode-se concluir que os dois conceitos apresentados encaixam-se de maneira adequada ao pensamento aqui adotado, demonstrando, de maneira precisa, o que consiste os *punitive damages* e quais são os seus limites epistemológicos, sendo considerada como indenização com caráter punitivo aquela quantia que possui como objetivo desestimular uma conduta danosa que fora originada ou de um comportamento reiterado, ou de um dano que poderia ser evitado caso o agente tivesse tomado as devidas

precauções, a ser arbitrado pelo juiz, de forma separada da quantia estabelecida com o objetivo de reparar o dano sofrido.

2.2.1. Diferenças entre a função pedagógica e a função reparatória

Os juristas romanos já compreendiam que um ato danoso poderia dar ensejo a duas amplas sanções. Em primeiro lugar vinha à restituição do dano experimentado pelo indivíduo por parte do agente danoso. Era necessário examinar o caso concreto para que fosse quantificado o dano sofrido e dessa maneira um valor indenizatório com caráter reparatório fosse estipulado.

Em um segundo momento, quando se percebia que a ofensa era muito grande, não só ao indivíduo como também a toda coletividade, concluía-se que era necessária a aplicação de uma medida mais severa contra o causador do dano. Surge a pena, técnica utilizada ao se observar mais o agente danoso do que a própria vítima. Nos dias atuais, ela é utilizada para sancionar condutas criminosas, ou seja, condutas típica, antijurídicas e culpáveis.

Após anos de evolução, a sociedade ocidental começou a perceber a ineficiência desse modelo romano frente a determinadas situações oriundas de um mundo cada vez mais industrializado onde as relações de consumo se intensificam dia após dia, o cuidado com o meio ambiente ganha mais força e a ideia da concretização de uma justiça distributiva¹ em detrimento de uma justiça meramente política, ganha força a cada novo dia. Por esse motivo, a ideia de que as indenizações deixam de ter somente um caráter reparatório perde força e uma nova forma de se pensar a responsabilidade civil emerge.

¹ “A *justiça distributiva* consiste em dar a cada um o que é devido e sua função é dar desigualmente aos desiguais para torná-los iguais. [...] A função ou finalidade da justiça distributiva sendo a de igualar os desiguais, dando lhes desigualmente os bens, implica afirmar que numa cidade onde a diferença entre ricos e pobres é muito grande vigora a injustiça, pois não dá a todos o que lhes é devido como seres humanos. [...] A *justiça política* consiste em respeitar o modo pelo qual a comunidade definiu a participação no poder. Essa definição depende daquilo que a Cidade mais valoriza, os regimes políticos variando em função do valor mais respeitado pelos cidadãos.” (CHAUÍ, 2000, p. 494).

A indenização com caráter pedagógico, também chamado de caráter punitivo (oriundo de uma tradução literal da expressão inglesa *punitive damages*) possui uma função diversa. Essa modalidade de indenização deve ser utilizada para dissuadir a conduta danosa. Ao contrário da indenização reparatória, aqui se percebe que o objetivo principal não é apenas reparar o dano experimentado, mas sim desestimular a conduta, demonstrando a sociedade que atitudes como aquela não serão toleradas (PAMPLONA, 2011).

Conclui-se que essas são as diferenças entre a indenização com caráter pedagógico e a indenização com caráter reparatório: enquanto a primeira busca desencorajar um tipo de conduta danosa, a segunda busca ressarcir os prejuízos existentes no caso concreto. A aplicação de uma não exclui a outra, sendo possível se falar em sua aplicação simultânea.

2.3. REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO

Logo de início, podemos afirmar que um dos principais requisitos da aplicação do instituto aqui trabalhado é a conduta dolosa, tendo a intenção de causar prejuízo à outra parte. O grau de culpa do agente ao causar o dano não é relevante na responsabilidade civil. Independente se houve ou não a intenção de causar dano, o indivíduo que o fizer terá a obrigação de indenizar o ofendido na totalidade dos seus prejuízos.

O mesmo não ocorre quando se fala na aplicação das indenizações punitivas. Para que esse instituto seja aplicado é necessário auferir a existência de uma conduta comissiva do autor do dano. A culpa grave se for preenchida, também pode ser um requisito para aplicação dos *punitive damages*, sendo esse tipo de culpa originada decorrente de uma imprudência ou negligência grave, onde o agente comete um erro crasso ao ser omissivo em relação a um evento futuro e certo.

ANDRÉ GUSTAVO CORREA DE ANDRADE leciona no seguinte sentido, sobre culpa grave:

“A culpa grave é aquela ‘decorrente da imprudência ou negligência grosseira’, em que o agente atua com ‘grosseira falta de cautela’. A doutrina pátria comumente identifica a culpa

grave com a culpa consciente, em que o agente prevê a possibilidade da ocorrência do resultado, acreditando sinceramente que este não ocorrerá. Todavia, essa identificação não se afigura correta.” (ANDRADE, 2012)

Outro requisito importante a ser preenchido é o de impedir o lesante de obter lucro com a prática do seu ato danoso, apesar de não ser um elemento obrigatório.

A sua razão de existir consiste na hipótese em que, por culpa simples (quando não há intenção de lesar), um indivíduo cause dano a outrem e venha a obter vantagens financeiras decorrentes dessa conduta. Não parece coadunar com o bom direito, permitir que esse indivíduo mantenha o seu patrimônio obtido de maneira inadequada, devendo prevalecer a máxima “*Nemo ex delicto suo lucretur*”².

Analisando essa hipótese sob uma ótica capitalista de mercado, pode-se perceber que por trás de determinadas condutas, está o interesse mesquinho de enriquecer a qualquer custo, mesmo que seja necessário violar o direito de terceiros.

Por fim, mas não menos importante, é a existência do elemento pedagógico-desestimulador do *punitive damage*. Como já foi dito anteriormente, as indenizações punitivas têm como objetivo desestimular uma conduta. Dessa maneira, para ser aplicado, faz-se necessário que, com tal ação, esse objetivo seja alcançado.

Não faz sentido empregar as indenizações punitivas caso aquela conduta seja isolada e originada por um ato infeliz de um indivíduo que não possui histórico de cometer violações a direitos. Necessário que o causador do dano tenha capacidade de repetir o dano realizado e, por isso, mereça sofrer uma punição para ser desestimulado.

2.3.1. Características do ofensor no *punitive damage*

Assim como ocorre no requisito que busca analisar a capacidade pedagógica do *punitive damage*, aqui também é analisada a repercussão social do caso, a capacidade que o ofensor possui em causar mais danos após

² “Ninguém deve lucrar com o próprio delito”

reiterar aquelas ofensas, bem como a capacidade econômica. Dessa maneira, autores como SALOMÃO RESEDÁ (2009), OSNY CLARO DE OLIVEIRA JUNIOR (2012), entre outros, entendem como mais importante a análise do ofensor do que do ofendido, na quantificação de uma *indenização punitiva*.

Para sanar tal dúvida, SALOMÃO RESEDÁ (2009), seguindo os ensinamentos de RAMON DANIEL PIZARRO, conclui que essa modalidade de responsabilidade civil não pode ser diretamente relacionada com ausência de culpa por parte de agente causador do dano. Dessa forma, não existem impedimentos de incidência do *punitive damage* nos casos de responsabilidade civil. Apesar da análise sobre a intenção de causar dano não ser levada em consideração, deve-se atentar para o fato da reincidência na conduta. Caso seja nítida a reincidência dos danos e que o agente causador não tomou atitudes com o fito de que essas atitudes danosas sejam posta a termo, devem-se aplicar as indenizações com caráter punitivo.

2.3.2. Diferenças entre culpa grave, imprudência e negligencia

É possível existirem casos em que a responsabilidade civil seja aplicada e não exista o elemento culpa na conduta do agente. São os casos de responsabilidade civil objetiva do causador do dano.

Nos casos em que se entende ser necessária a aplicação da Teoria do Desestímulo (*punitive damages*) a análise da culpa é um pouco mais importante do que para a aplicação da responsabilidade civil convencional. A culpa *in negligendo* ocorre quando o agente se omite perante um determinado fato em quem deveria atuar, tendo em vista possuir conhecimentos sobre o risco da situação fática, ou seja, o indivíduo “realiza uma abstenção culposa, negligenciando um dever de cuidado” (PAMPLONA, 2011).

Por sua vez, a imprudência, segundo FLÁVIO TARTUCE (2011), consiste na falta de cuidado adicionado de uma conduta comissiva. O agente não se prepara devidamente para realizar um determinado ato. O art. 186 do Código Civil de 2002 entende praticar ato ilícito aquele que gera dano por imprudência, assim como aquele que gera dano por agir com negligencia.

No que se refere à culpa grave, MARIA HELENA DINIZ (2011) afirma que existe quando “dolosamente, houver negligencia extrema do agente, não

prevendo aquilo que é previsível ao comum dos homens.” (DINIZ, 2011). O agente danoso poderia ter evitado a ocorrência do dano, contudo, o dano aconteceu por ter menosprezado as circunstâncias que envolviam o caso, não dando o devido valor aos riscos que envolviam aquela situação.

Percebe-se que existe uma gradação entre a negligência, imprudência e a culpa grave, sendo a primeira a mais branda e a última a mais grave. Essa gradação deverá ser levada em conta no momento em que for ser arbitrada a quantia com caráter pedagógico.

2.4. RELAÇÃO ENTRE AS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS E A TEORIA DO DESESTÍMULO

Ao analisar a expressão ‘indenizações punitivas’, percebe-se que o segundo termo da mesma remete a uma ideia de sanção. Buscando entender o sentido dessas duas últimas palavras, conclui-se que as indenizações possuem um caráter de desestímulo em relação a ação praticada pelo agente.

Dessa maneira, note-se que as expressões “indenizações punitivas” e “teoria do desestímulo” estão ligadas por um tronco único e se tocam quando se busca entender o significado das duas locuções. Ambas buscam reprimir condutas dolosas que venham a ferir direitos individuais.

Segundo o magistério do professor baiano, SALMÃO RESEDÁ (2009), “teoria do desestímulo” seria o nome mais adequado para se utilizar. Isso se deve, na medida em que desestimular é o núcleo do instituto em questão. Não é considerado uma atecnia utilizar a expressão “*punitive damage*” ou “*exemplary damages*” para se referir ao assunto. Segue ele afirmando que essa rotulação (teoria do desestimulo) seria um cientificismo mais acurado.

2.5. REFERENCIAS LEGISLATIVAS BRASILEIRAS SOBRE O TEMA

Indiretamente, o Código Civil prevê sanções para aqueles que descumprem determinadas normas jurídicas. Veja-se o caso dos arts. 408 a 416 do CC/02 que tratam das cláusulas penais nos contratos. Fica clara a existência de uma intenção do legislador em conferir ao direito civil a capacidade de impor uma sanção aquele individuo que descumpre um de seus

preceitos. Deixa-se a análise desse diálogo entre o Direito Penal e o Direito Civil para um momento mais oportuno, tendo em vista ser um ponto de grande polêmica.

A importante lição que se tira desses artigos é a possibilidade que existe do Direito Civil impor uma sanção e demonstrar como essa sanção pode ser muito bem utilizada em um país com um sistema penal arruinado como, infelizmente, é o nosso.

Veja-se aquilo que traz o parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, **por valor igual ao dobro do que pagou** em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. (Grifos nossos)

Para aqueles menos informados e que não estão a par da evolução teórica da responsabilidade civil, surge uma pergunta logo de imediato: qual a justificativa dessa dobra? Nitidamente o legislador estabeleceu essa dobra legal pensando no caráter pedagógico da responsabilidade civil. Ao redigir esse comando, o legislador teve a sensibilidade de perceber que, na prática, várias empresas vinham cobrando valores excessivos com o fito de enriquecer a custa da violação do direito alheio.

Com esse parágrafo único, busca-se combater essa conduta reiterada de cobrar a mais do que o devido, punindo quem age dessa forma e por outro lado, visa ao combate ao enriquecimento sem causa por parte do fornecedor.

Posto isso, se pode concluir que mesmo que o fornecedor restitua o valor excedente, ele ainda terá vantagem indevida, pois durante o tramite do processo judicial, que buscou reaver a quantia paga indevidamente, se passou tempo suficiente para que o fornecedor transformasse aquela quantia, que muitas vezes pode ser pequena, em uma quantidade razoável de capital, tendo em vista sua capacidade de gerar riqueza.

2.6. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O TEMA

No ano de 2009, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará julgou procedente o pedido de indenização com caráter punitivo que buscou reparar um dano moral que veio a ocorrer com a parte autora da ação, em virtude da inscrição indevida no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e no Serasa. O juízo de piso condenou a Ré, uma instituição financeira que atua no ramo varejista, a pagar a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais) ao Autor.

Inconformado com a decisão proferida, o banco réu apelou da decisão pleiteando a completa reforma da sentença proferida. Adesivamente, o Autor da Ação recorreu pedindo a majoração da condenação para a quantia de R\$160.000,00 (cento e sessenta mil reais). O egrégio Tribunal de Justiça do Pará acordou em manter o valor estabelecido pelo juízo de piso, negando provimento ao Recurso adesivo ofertado pelo Autor da Ação. Veja-se o que traz a ementa do acórdão:

“APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO EM SEDE DE AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. FILIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ARTS. 14 E 25 DO CDC. DANO MORAL IN RE IPSA. **APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESESTÍMULO OU PUNITIVE DAMAGE. CARÁTER PEDAGÓGICO E REPRESSIVO.** JUROS DE MORA DEVIDOS DESDE A CITAÇÃO À TAXA 1% AO MÊS. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA DESDE A SENTENÇA. PRECEDENTES DO STJ. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS .1425CDC³.” (Grifos nossos)

O Tribunal de Justiça do Pará percebeu a necessidade de inibir a conduta tomada pelo ofensor e estipulou, não só a quantia referente à restituição do dano moral, mas também uma quantia que possa servir como sanção contra a outra parte.

³ 200830102840 PA 2008301-02840, Relator: CLAUDIO AUGUSTO MONTALVAO DAS NEVES, Data de Julgamento: 13/04/2009. Data de Publicação: 15/04/2009

A aplicação de indenizações punitivas em casos de dano moral ainda é mais recorrente do que nos casos de dano material. Contudo, na medida em que se conhece mais o instituto e se cria mais familiaridade com o tema, percebe-se que ele pode ser aplicado, sem nenhum problema, para ambos os casos.

3. ENTRAVES À APLICAÇÃO DA TEORIA DAS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS

É importante que logo nesse primeiro momento em que é analisada a viabilidade da Teoria do Desestímulo no Brasil, seja entendida essa transição de paradigma que está ocorrendo com um dos principais institutos do Direito Civil. Como leciona SALOMÃO RESEDÁ: “A ideia clássica de indenização em razão de ações por responsabilidade civil, particularmente quando atinente ao dano moral, não mais abrange a plenitude que o instituto necessita” (RESEDÁ, 2009).

Alguns tribunais⁴ pelo País já reconhecem o caráter pedagógico da responsabilidade civil, apesar de serem casos pontuais, sem uma grande quantidade de julgados. Com a análise dos conflitos em âmbito civil que ocorrem no cotidiano jurídico, percebe-se a necessidade de se cultivar essa forma de pensar a Responsabilidade Civil. Dessa maneira, não são raros os pensadores⁵ que adotam a função dúplice, onde se indeniza a vítima ao mesmo tempo em que se sanciona o causador do dano.

O STJ – Superior Tribunal de Justiça já vem entendendo a função punitiva do dano moral como sendo um caminho para “Contribuir para

⁴ “APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO APÓS QUITAÇÃO DA DÍVIDA. DEVER DE INDENIZAR. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS. DANO PRESUMIDO. INDENIZAÇÃO. EFEITO PEDAGÓGICO. CRITÉRIO FUNDAMENTAL PARA EVITAR REINCIDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.” (181036 SC 2008.018103-6, Relator: Lédio Rosa de Andrade, Data de Julgamento: 24/06/2011, Quarta Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Apelação Cível n. 2008.018103-6, de Lages)

⁵ Salomão Resedá (2009), Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze (2011), Judith Martins-Costa(2012), Felipe Peixoto Braga Netto(2010).

desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica” (NETTO, p. 98).

Dessa forma, o caráter dúplice da responsabilidade civil tem sido reconhecido no citado tribunal superior, sendo reiterado em diversos julgamentos tal qual o REsp 207.926 de relatoria do Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, publicado no DJ de 08/03/2000 veja-se:

Responsabilidade civil. Dano Moral. Indenização. O dano moral deve ser indenizado mediante a consideração das condições pessoais do ofendido e do ofensor, da intensidade do dolo ou grau de culpa e da gravidade dos efeitos, a fim de que o resultado não seja insignificante, a estimular a prática do ato ilícito, nem o enriquecimento indevido da vítima. (BRAGA NETTO, 2010, p. 98)

3.1. A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO O PRINCÍPIO DA *NULLA POENA SINE LEGE*

O brocardo latino *nulla poena sine lege* é conhecido até mesmo por aqueles que não frequentaram uma faculdade de Direito. Esse dizer latino ilustra a ideia de que só é possível se aplicar uma pena, caso exista uma lei prévia que preveja essa aplicação. O art. 5º, XXXIX, da nossa Carta Magna, já prevê que “não há crime sem lei anterior, que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Dessa maneira, a doutrina o definiu como sendo o Princípio da Legalidade Penal⁶, por justamente prever, na lei, a pena a ser utilizada.

Como se pode perceber, este princípio é bastante caro não só para os penalistas, mas também para todos que lidam com o Direito. Violá-lo seria criar uma situação de grande insegurança jurídica e que colide com as previsões

⁶ “Seguindo o mesmo caminho, KARL LARENZ define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre **uma hipótese de incidência** e uma **consequência jurídica**. Daí por que os princípios indicariam somente a direção em que está situada - a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra.” (ÁVILA, 2005).

constitucionais, não sendo diferente para a aplicação das indenizações punitivas.

Para que o princípio da Legalidade fosse suscitado como forma de suavizar a aplicação da Teoria do Desestímulo seria necessário que a relação trabalhada, bem como o instituto, fosse pertencente ao âmbito penal. Essa é a principal função do princípio da legalidade esculpido no art. 5º, XXXIX da Constituição de 1988. Não se pode considerar a teoria do desestímulo como sendo uma pena em seu sentido estrito, por não se enquadrar nas previsões estabelecidas em lei e trabalhadas pela doutrina.

Ocorre que, ao se deparar com a expressão “indenização punitiva” as atenções são voltadas para a expressão “punitiva” e não “indenização”. *Data vênia*, devemos compreender a expressão “indenização punitiva” como um todo, não apenas como sendo duas partes distintas. Analisando apenas sob o prisma da punição pode-se cair no equívoco de confundir a função pedagógica pretendida pelo caráter dúplice da responsabilidade civil com a função punitiva do Direito Penal. O que o Direito Penal estabelece ao indivíduo é uma pena que, nas palavras de DAMÁSIO DE JESUS (2011) consiste em uma: “sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

Dessa maneira, percebe-se que a pena no Direito Brasileiro não possui nenhuma relação com a indenização com caráter punitivo que se pretende aplicar pelo Direito Civil. Sendo assim, absurdo seria afirmar que as penas de multa, previstas para determinados crimes, também estão ligadas à quantia estabelecida a título de *punitive damages*, uma vez que a multa é uma espécie de pena.

3.2. PUNITIVE DAMAGE COMO UMA PENA PRIVADA

A pena no Direito Penal, por sua própria gravidade, assume duas finalidades. A primeira finalidade está relacionada à função retributiva da pena, ou seja, é aplicado ao infrator uma sanção pelo Estado que irá lhe causar mal para que aquele que é alvo da pena possa sentir aflição e dor, tal qual aquele que foi vítima do crime. A segunda função pode ser direcionada ao agente ou

aos demais membros da coletividade. Continuando com os ensinamentos de FERNANDO CAPEZ (2004) é possível compreender que “a finalidade da pena é punir o autor da infração penal”, uma vez que o indivíduo causa um mal a sociedade ou a outro indivíduo e por isso merece ser apenado como está previsto no ordenamento jurídico.

Ao ser condenado a pagar uma quantia referente à indenização punitiva, de imediato, o leigo irá ficar surpreso por sofrer uma pena na esfera cível. Contudo, é fácil perceber que a Teoria do Desestímulo em nada tem a ver com as penas previstas no sistema penal. Apesar do valor estipulado a título de indenização punitiva ser maior do que o necessário para restituir o dano experimentado, sendo esse fator devido por sua própria natureza, ele não possui caráter de pena, típico do processo penal. Assim sendo, e revisitando as lições de SALOMÃO RESEDÁ (2009), a Teoria do Desestímulo é “uma forma de o Direito Civil penalizar”.

Quando um dano é causado repetidas vezes e nada é feito para impedir a sua reincidência, as relações sociais ficam abaladas. No momento em que danos são causados a todo instante e nada é feito para que seja interrompida tal atitude, a comunidade fica abalada e, com isso, também vira alvo do dano.

Como já foi dito, a atual Responsabilidade Civil não mais se limita ao indivíduo e seus problemas. Agora, busca-se entender quais os mecanismos hábeis para prevenir danos à coletividade e ao indivíduo, seja esse dano simultâneo ou não. O sistema deve passar a proteger também a paz social e garantir que as pessoas não vivam com receio de serem prejudicadas por aqueles entes mais fortes economicamente, ou com maior influência política etc.

Portanto, ao tentar se proteger a sociedade, assim como o indivíduo, buscando ressarcir os danos experimentados por ambos, deve-se falar em indenização, não em pena. “Esse valor refere-se ao dano indireto ou mediato sofrido pela coletividade, em razão da conduta do ofensor: a instabilidade por ele gerada, com a conseqüente prejudicialidade à manutenção da paz social.” (RESEDÁ, 2009)

A Teoria do Desestímulo não pode ser relacionada a um abuso de direito por parte do(s) ofendido(s). Ela embute em seu bojo o caráter de sancionar aquele que deu causa ao dano, não simplesmente causar prejuízo a este, para

que ele sinta-se desestimulado. O valor estipulado a título de *punitive damage* tem função pedagógica, equivocando-se quem pensa em função penal. Dessa forma, não se pode aproximar o *punitive damage* da sanção penal. Ele é um acréscimo na indenização moral e/ou material que será aplicado com o escopo de educar o causador do dano.

3.2.1 A cláusula penal e sua relação com a Teoria do Desestímulo.

A cláusula penal consiste em um pacto firmado entre as partes, no qual é estipulado pena e multas, na hipótese de uma das partes não cumprir ou retardar o cumprimento do contrato. Essa cláusula tem como escopo garantir a segurança no cumprimento de um contrato, tendo em vista o seu caráter nitidamente coercitivo.

PABLO STOLZE E RODOLFO PAMPLONA (2011, p. 361) conceituam da seguinte maneira a cláusula penal:

A cláusula penal é um pacto acessório, pelo qual as partes de determinado negócio jurídico fixam, previamente, a indenização devida em caso de descumprimento culposos da obrigação principal, de alguma cláusula do contrato ou em caso de mora.

Apesar de se estabelecer um valor a título de pena, esse valor não terá relação com a obrigação principal firmada no contrato. Ou seja, ainda que ocorra o pagamento da cláusula penal, poderá a parte que auferir danos reivindicar indenização por danos materiais e/ou morais. O art. 416 do Código Civil de 2002 traz essa previsão de maneira bem clara: “Art. 416. Para exigir a pena convencional não é necessário que o credor alegue prejuízo”.

Trazendo essa breve explanação para o tema aqui trabalhado, pode-se perceber que o Código Civil de 2002 permitiu que as partes em um contrato estipulassem um valor a ser pago a título de multa, ou melhor, a título de pena, já que o próprio diploma legal traz o nome de cláusula penal para a mesma.

Conclui-se que o argumento de que a Teoria do Desestímulo é permitir que fosse estipulada uma pena pecuniária entre as partes em âmbito cível e que, por esse motivo, não seria permitido pela Legislação pátria cai por terra, uma vez que está nítida a consolidada ideia de que estabelecer uma pena

privada pecuniária é válida e comumente utilizada no Brasil. Dessa forma, a Teoria do Desestímulo está relacionada com a cláusula penal do Código Civil.

3.2.2 O parágrafo único do art. 42 do CDC e o *punitive damage*

O legislador, ao redigir o Código de Defesa do Consumidor, trouxe a ideia da punição por meio da indenização através do parágrafo único do artigo 42. Veja-se:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Apesar de, em nenhum momento, o Legislador dispor literalmente sobre ideia de uma sanção em âmbito civil para o fornecedor que cobra quantia indevida, não há outra conclusão a ser tirada do citado dispositivo, se não a de que o dobro do valor cobrado em excesso é devido como forma de punir o fornecedor que cobrou de forma inadequada. Tal regra encontra-se de forma parecida no art. 940 do Código Civil. Veja-se:

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Os dois dispositivos legais não trazem literalmente que a responsabilidade civil ganha um caráter punitivo, contudo, estabelecem

situações em que a função sancionatória do citado instituto jurídico é nítida, não havendo dúvidas quanto à intenção do Legislador ao redigi-las.

Quando se afirma que a Legislação Brasileira não está propícia à aplicação da Teoria do Desestímulo vai-se de encontro ao que está previsto no ordenamento jurídico pátrio. Mesmo que esta teoria não esteja expressamente permitida, percebe-se que a função dúplice da Responsabilidade Civil é evidente e não vai de encontro à vontade do Legislador.

Deve-se compreender que as mudanças que estão acontecendo nos dias atuais fazem com que antigos paradigmas sejam derrubados e, em seu lugar, surja uma nova forma de se pensar aquilo que era posto. A Legislação já permite que essa nova maneira de pensar e aplicar a Responsabilidade Civil, o óbice reside no senso comum teórico que cria uma espécie de “barreira” para que o novo surja e modifique aquilo que precisa ser modificado.

O caráter pedagógico está previsto no nosso sistema normativo e cabe aos operadores do direito aplicarem da melhor forma possível.

3.3. AS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

É quase impossível falar do tema e o suposto enriquecimento sem causa não ser suscitado como uma das barreiras que impedem a aplicação do tema no Brasil. O temor de que algumas pessoas possam utilizar o Poder Judiciário como mecanismo para ascenderem a uma condição econômica superior ronda os pensamentos daqueles que trabalham com o Direito, principalmente nos casos em que são estipuladas indenizações com caráter punitivo.

O enriquecimento sem causa é um princípio do direito civil, que deve ser observado a todo o momento em relações jurídicas de sua natureza. Esse princípio visa a vetar o empobrecimento de uma das partes e o enriquecimento da outra de uma maneira que não coadune com o direito.

O art. 884 do Código Civil trás o seguinte comando sobre o tema: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido...”. Dessa forma, o enriquecimento sem causa é a ausência de um negócio jurídico que justifique o crescimento patrimonial do indivíduo. Além de estar vedado em âmbito infraconstitucional,

ele também é proibido em nível constitucional com a positivação dos valores da equidade e da boa-fé.

Afirmar que a indenização punitiva gera enriquecimento sem causa é esvaziar o conteúdo do instituto. Quando sofre um dano total no valor de mil reais e se estipula uma indenização no valor de mil e duzentos, sem que tenham ocorridos motivos para a aplicação da indenização punitiva, ai sim, se está diante de um enriquecimento sem causa. Porem, quando é estipulado um valor para a reparação do dano e outro para a Teoria do Desestímulo, tendo preenchido os requisitos para a aplicação do mesmo, não há motivos para se falar em enriquecimento sem causa.

Entre o enriquecimento sem causa, o valor atribuído a título de indenização punitiva, e a necessidade de se estabelecer um valor capaz de punir o ofensor existe uma zona em que esses três elementos podem conviver de forma pacífica. O segredo para a solução desse problema será a atuação do magistrado no momento em que for estipular tal valor.

4. BENEFÍCIOS ORIUNDOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESESTÍMULO NO COMBATE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade ganham força após a promulgação da Constituição de 1988. Os direitos fundamentais passam a irradiar nas relações privadas e a relação interpessoal ganha uma nova forma de como ser observada. Nesse presente tópico analisa-se em que consistem tais direitos, bem como a sua relação com os *Punitive Damages*.

4.1 ALGUMAS LUZES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ideia de que o homem não deve ser protegido somente no âmbito patrimonial ganhou mais força, atribuindo mais poder aos direitos da personalidade. O Código Civil em vigor traz um capítulo dedicado exclusivamente para o tratamento desses tipos de direitos, demonstrando a mudança axiológica que ocorreu no direito brasileiro.

Os direitos pessoalíssimos ou direitos da personalidade (como adota o Código Civil nacional) são conceituados por PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA (2002, p.144) por como sendo “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.”. São esses os direitos que estarão voltados a proteger os direitos subjetivos, ou seja, o direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica e à integridade moral (direito a honra, à imagem e à identidade).

Tão importante quanto o conceito, são as características desses direitos. Uma vez que são direitos relacionados às pessoas, os direitos da personalidade possuem posição privilegiada dentro do rol dos direitos privados. Os direitos da personalidade são: absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios (PAMPLONA, 2002).

São absolutos pelo caráter *erga omnes* desses direitos, sendo possível opor perante toda a coletividade. Mesmo o titular de tais direitos não tem o direito de dispor deles, como é o caso, por exemplo, do suicídio. Apesar de não ser crime, tanto a instigação como o auxílio ao suicídio são condutas tipificadas no Código Penal brasileiro. A generalidade está ligada à outorga de tais direitos a todos os indivíduos pelos simples fato de existir.

O caráter extrapatrimonial está ligado, como o próprio nome já indica, à ligação dos direitos da personalidade à proteção de bens imateriais. Nada impede que existam direitos personalíssimos que protejam bens materiais, contudo, a extrapatrimonialidade visa proteger tantos os bens materiais quanto os bens imateriais.

A indisponibilidade desses direitos é relativizada pela própria força da Lei. O Código Civil de 2002 prevê em seu décimo primeiro artigo que:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA (2002, p.155) trazem trecho em que JOSAPHAT MARINHO trata sobre a relativização dessa característica dos direitos da personalidade:

“Verifica-se que certos direitos, como os autorais e o relativo à imagem, ‘por interesse negocial e da expansão tecnológica’, entram na ‘circulação jurídica’ e experimentam ‘temperamentos’, sem perder seus caracteres intrínsecos. É o que se apura na adaptação de obra para novela ou no uso da imagem para a promoção de empresas. Também é semelhante o fenômeno, sem interesse pecuniário, na cessão de órgãos do corpo para fins científicos ou humanitários. Dai, Henri, Leon et Jean Mazeaud poderem fixar, já em 1955, que ‘se a intransferibilidade aparece como o caráter essencial dos direitos da personalidade, também se submete a certos abrandamentos’ (atténuations)”.

O caráter imprescritível é compreendido como a inexistência de prazo prescricional para a sua utilização. Não deve haver um limite temporal para que um indivíduo goze de um direito, estando esse atributo diretamente ligada a característica da vitaliciedade. Aqui se defende que a maioria dos direitos da personalidade se extingue com a morte do indivíduo. Aqueles direitos relacionados a honra podem ser evocados caso exista lesão aos mesmos.

Como consequência lógica do caráter indisponível, a impenhorabilidade coloca um limite, não sendo permitindo que direitos morais, por exemplo, sejam penhorados.

Os direitos da personalidade são classificados em três grupos. Existem o direito a vida e integridade física, que cuida de tudo aquilo q se relaciona com o corpo vivo ou morto do indivíduo; o direito a integridade psíquica e as criações oriundas do trabalho intelectual da pessoa; e por fim, mas não menos importante, a integridade moral, que se relaciona com os direitos a honra, imagem etc. Essa classificação adotada por STOLZE & PAMPLONA (2011) parece ser a mais correte e por isso será adotada no presente trabalho.

4.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E OS MÉTODOS PARA A SUA PROTEÇÃO

O Código Civil Brasileiro, como foi ressaltado anteriormente, buscou dar a proteção necessária para essa modalidade de direitos e em seu décimo segundo artigo impõem o seguinte mandamento: “Art. 12 – Pode-se exigir que

cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”.

Esse entendimento possui respaldo constitucional. No art. 5, LXVIII e LXIX da Constituição Federal, estão previstos meios para sanar violações a liberdade de locomoção (inciso LXVIII) e a direitos líquidos e certos que não são amparados por *habeas corpus* e *habeas datas* (inciso LXIX). Esses dois incisos que, aparentemente, são muito amplos, servem como lastro para a proteção dos direitos da personalidade em nível infraconstitucional, juntamente com o Pacto de São José da Costa Rica, que foi inserido em nosso ordenamento jurídico através do Decreto n. 678/92, que determina o comprometimento do Estado em respeita e garantir os direitos personalíssimos.

Um dos problemas enfrentados para proteger os direitos da personalidade é a dificuldade que existe nos dias de hoje em se quantificar a violação a um desses direitos. Na lógica do mercado capitalista os bens materiais são fáceis de estipular um valor, sendo realizado tal ato avaliando o valor médio que tal bem alcançaria no comércio. Contudo, as violações aos direitos personalíssimos são mais difíceis de estipular uma quantia indenizatória, tendo em vista que não existe a possibilidade de mercantilizar tais direitos. Quanto custa a honra? Quanto custa a imagem? São valores difíceis de estipular, mas que, sem dúvida, é melhor passar pelas dificuldades de se quantificar o dano moral do que deixar o lesado sem nenhum tipo de tutela.

Um aspecto que surgiu quando se fala em dano moral é a amplitude desse dano. Como o Direito caminha por uma estrada nova, onde paradigmas são questionados e muitos deles são tidos como ultrapassados, nada mais correto do que questionar a amplitude do dano moral. Após a promulgação da Constituição de 1988, a prevalência do coletivo frente ao indivíduo ficou clara. No momento em que se viola o direito personalíssimo se está indo de encontro não só ao indivíduo como a toda sociedade.

Dessa maneira, a Teoria do Desestímulo poderá ser aplicada visando a não só restituir o direito violado, como também sancionar o indivíduo causador do dano, uma vez que esse dano poderá prejudicar não só uma pessoa como também toda coletividade. Como é de fácil percepção, restituir um direito da personalidade *in natura* é impossível. Não há meios capazes de se devolver a

privacidade violada, o tormento psicológico experimentado, a imagem divulgada indevidamente.

STOLZE e PAMPLONA (2002) afirmam que a natureza da reparação do dano moral (o dano oriundo da violação dos direitos da personalidade) é sancionadora, devendo ser considerada como sanção a consequência lógico-normativa de uma conduta que feriu o ordenamento jurídico. Esse valor estipulado como caminho para a restituição do direito infringido tem como finalidade desestimular o agente causador do dano a repetir tal comportamento. A indenização não terá um caráter ressarcitório, mas, sim, compensatório.

Busca-se compensar o dano sofrido, uma vez que restituir o direito violado é juridicamente impossível. Em uma análise mais profunda sobre o tema, pode-se pensar que restituir um dano moral com uma quantia pecuniária é algo questionável, pois se estaria quantificando um valor imaterial e que não seria passível de tal valoração.

Nada obstante aos que pensam de tal maneira, entende-se que na hipótese de não haver nenhum tipo de restituição do direito violado é um cenário muito mais desagradável do que aquele de compensar o dano através de uma quantia pecuniária. Dessa maneira, encontra-se a Teoria do Desestímulo como alicerce para que se possa compensar essa violação ao mesmo tempo em que se inibe a reiteração daquela conduta.

Por tudo que foi exposto, entende-se que a utilização da Teoria do Desestímulo é a maneira mais adequada para se combater a violação aos direitos da personalidade, uma vez que tais direitos ganham cada vez mais importância no cenário jurídico nacional, devendo ser protegidos e suas violações desencorajadas.

A Jurisprudência já vem entendendo dessa maneira e posicionamentos como o do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL⁷ vem sendo adotados em todo o país.

⁷ CIVIL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFENSAS VERBAIS, PROMOVIDAS POR PREPOSTO CONTRA CONSUMIDOR EM LOJA COMERCIAL, DURANTE A ENTREGA DE SERVIÇO PRESTADO EM VEÍCULO. CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS. AGRESSÕES FÍSICAS SOFRIDAS. VIOLÊNCIA. ABUSO DE DIREITO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 186 C/C 927, CCB/02. CLIENTE RIDICULARIZADO. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE

Na contenda apreciada pelo Tribunal do Distrito Federal foram configuradas as ofensas verbais por parte do fornecedor, o que caracterizou violações a sua honra e a sua imagem. Nesse sentido fora estipulada indenização com caráter pedagógico com o objetivo não só de indenizar o individuo que sofreu com o dano, como também de inibir que condutas, como a narrada acima, se repitam.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto pode-se aduzir que a Teoria do Desestímulo ainda possui um caminho muito grande a percorrer até que os juristas brasileiros tenham confiança nesse instituto e consigam aplica-lo da maneira correta. Com tal aplicação será evidente as benesses oriundas de tal ato, caindo por terra aquele entendimento antiquado de que de a Teoria do Desestímulo não está de acordo com a ordem jurídica brasileira.

A evolução da sociedade e o constante crescimento dos tipos de relações intersociais vêm transformando a Teoria da Responsabilidade Civil,

INDENIZAR. CARÁTER PUNITIVO, PEDAGÓGICO-EDUCATIVO E PREVENTIVO DA INDENIZAÇÃO. CORREÇÃO NO QUANTUM ARBITRADO. SENTENÇA MANTIDA. UNÂNIME.

1. O CONSUMIDOR DURANTE A CONTRATAÇÃO E ENTREGA DO SERVIÇO TEM O DIREITO DE SER TRATADO COM DISTINÇÃO, RESPEITO E DISCRICÃO.

2. AGE ILICITAMENTE O PREPOSTO DE EMPRESA QUE DISCRIMINA E REDICULARIZA CLIENTE, NO INTERIOR DE LOJA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS AUTOMOTIVOS, POR DESCONHECÊ-LO OU DESCONFIAR DE SUA FORMA DE PAGAMENTO.

3. HAVENDO OFENSAS VERBAIS EM PÚBLICO (INTERIOR DE LOJA), SURGE O DEVER DE INDENIZAR E O DIREITO DE SER INDENIZADO. DANO MORAL CONFIGURADO.

4. O "QUANTUM" FIXADO NA INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS DEVE ATENTAR PARA AS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO EVENTO, PARA A SITUAÇÃO PATRIMONIAL DAS PARTES (CONDIÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA), PARA A GRAVIDADE DA REPERCUSSÃO DA OFENSA, ATENDIDO O CARÁTER COMPENSATÓRIO, PEDAGÓGICO E PUNITIVO DA CONDENAÇÃO, SEM GERAR ENRIQUECIMENTO INDEVIDO, SEMPRE EM SINTONIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

5. RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. UNÂNIME.

(20040110248843 DF, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 18/05/2005, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Data de Publicação: DJU 20/06/2005 Pág. : 123)

não sendo mais possível aplicá-la tal qual a mesma foi pensada em sua gênese na Roma antiga.

Entre essas modificações está a proteção aos direitos da personalidade. A Responsabilidade Civil não mais se preocupa exclusivamente com os direitos patrimoniais do indivíduo, mas também com os direitos personalíssimos.

Os direitos da personalidade ganham mais força após a Constituição Federal de 1988 onde ocorre a irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, os direitos da pessoa ganham mais força e exigem uma maior proteção do Estado. Dessa maneira, a Responsabilidade Civil ganha uma dupla face, possuindo caráter ressarcitório e um caráter inibitório.

Surge, portanto, mais um mecanismo de proteção aos direitos da personalidade que é a correta aplicação da Teoria do Desestímulo. Essa aplicação correta vem para garantir que Vantagens econômicas e/ou sociais sejam utilizadas para gerar dano ao indivíduo de forma reiterada, causando instabilidade dentro da sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **INDENIZAÇÃO PUNITIVA**. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136>. Acesso em: 18 jan. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília DF: Senado Federal, 1988. 292 p.

_____, Código de Defesa do Consumidor. Brasília: [s.n], disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 08/11/2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 7 ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2004, vol 1, p. 40.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000. Código Civil de 2002

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 1. São Paulo: Saraiva, 2002. 522 p.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12º. São Paulo: Saraiva, 2011. 428 p.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Obrigações**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Obrigações**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**. 25º. São Paulo: Saraiva, 2011. 724 p.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: punitive damage e o Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2012.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito do Consumidor: À luz da jurisprudência do STJ**. 9. ed. Salvador: Podivm, 2007. 266 p.

OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3547>>. Acesso em: 5 fev. 2012

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Método, 2011. xxvi, 1356 p.