

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**INTERVENÇÃO ESTATAL, GOVERNANÇA
CORPORATIVA E COMPLIANCE NO COMBATE À
CORRUPÇÃO**

EDIMUR FERREIRA DE FARIA

MIGUEL KFOURI NETO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

I61

Intervenção estatal, governança corporativa e compliance no combate à corrupção [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Edimur Ferreira De Faria, Miguel Kfourri Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-349-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Intervenção Estatal. 3. Governança Corporativa. 4. Compliance. 5. Corrupção I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
INTERVENÇÃO ESTATAL, GOVERNANÇA CORPORATIVA E
COMPLIANCE NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Intervenção Estatal, Governança Corporativa e Compliance no Combate à Corrupção: direitos especiais e tutela das minorias na atividade empresarial” reuniu no XXV Congresso do CONPEDI, realizado em Curitiba-PR, quinze artigos, sendo que um deles não foi apresentado pelos respectivos autores, por isso, não consta desta coletânea.

Os artigos defendidos foram escritos por doutores, doutorandos, mestres e mestrandos, individual ou em coautoria com respectivos orientadores ou professores. Os trabalhos são de alto nível, profundidade e discussão adequados e compatíveis com as exigências próprias dos trabalhos científicos. São textos originais contendo novidades nos campos investigados, abordando questões polêmicas e atuais, ainda pouco enfrentadas pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Os debates e discussões que se seguiram após a cada cinco apresentações foram profícuos e relevantes para melhor compreensão das particularidades do temário do GT. Selecionaram-se, aleatoriamente, alguns dos assuntos objetos dos artigos: desafios do programa compliance social de caráter trabalhista da empresa JBS S.A; o compliance sob a ótica do combate à corrupção e a busca pela cidadania; a não intervenção estatal nas entidades sindicais patronais e a pretensão de fiscalização pelo Tribunal de Contas da União; autorregulação regulada e a lei anticorrupção no Brasil; compliance como aliado no combate à corrupção na Administração Pública; bloqueio do “WHATSAPP”: a política de segurança de transferência de dados e as medidas de compliance; e responsabilidade civil e a aplicabilidade da teoria do desestímulo no ordenamento jurídico no Brasil.

Essa amostragem revela a diversidade e interdisciplinariedade dos temas debatidos sob a coordenação, apresentação e participação dos Professores Doutores que este subscrevem.

Mais uma vez o CONPEDI e a sua competente equipe estão de parabéns pela seleção das linhas de pesquisa e organização do evento. Neste particular “organização do evento” merecem reconhecimento a Diretoria, professores e funcionários da UNICURITIBA, que não mediram esforços para proporcionar aos participantes do evento a operante organização adequada e funcional da Universidade.

Espera-se que os leitores encontrem nos textos publicados, subsídios para as suas pesquisas.

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria, Professor Doutor - PUC Minas

Prof. Dr. Miguel Kfourir Neto, Professor Doutor - UNICURITIBA

**RESPONSABILIDADE CIVIL E A APLICABILIDADE DA TEORIA DO
DESESTÍMULO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

**CIVIL RESPONSIBILITY AND THE APPLICABILITY OF DISINCENTIVE
THEORY IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM.**

**Angela Alves De Sousa
Miguel Kfourri Neto**

Resumo

O presente artigo tem o enfoque de analisar o instituto da responsabilidade no aspecto punitivo das indenizações e a adoção da teoria do valor do desestímulo ou Punitive Damages, de origem norte americana, que vem sendo habitualmente empregado pelo Poder Judiciário brasileiro, tendo em vista a necessidade de expandir a função de reparação, prevenção e punição da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Esponsabilidade civil, Dano, Indenização, Função punitiva, Teoria do desestímulo

Abstract/Resumen/Résumé

This article has the approach of analyze the institute of responsibility in the punitive aspect of compensation and the adoption of the theory of value of discouragement or Punitive Damages, of North American origin, which has usually been employed by the Brazilian judiciary, given the need to expand the repair function, prevention and punishment of civil liability.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil responsibility, Damage, Indemnity, Punitive function, Theory disincentive

INTRODUÇÃO

Ante as necessidades reais e atuais de uma sociedade que padece com a prática de comportamentos lesivos, o Instituto da Responsabilidade Civil é um fator determinante para garantir a reparação do dano decorrente de tais comportamentos, possibilitando a definição do mérito de necessidade, ou falta dela, da aplicação das indenizações punitivas em âmbito nacional, tornando fundamental a análise da Responsabilidade Civil, a qual, perante o silêncio legislativo e as muitas vozes da doutrina e da jurisprudência, processa, desde sua concepção a, restauração da harmonia social quanto à reparação do dano.

Inicialmente, em razão da constante mutabilidade do direito e do combate à prática de novos atos ilícitos, passou-se a tratar detidamente das diversas modalidades de Responsabilidade Civil vigentes no ordenamento, a exemplo da responsabilidade penal, contratual, extracontratual, subjetiva, objetiva, etc., passando a delinear, a partir da configuração de três pressupostos, a conduta, o nexo causal e o dano.

Nesse sentido, foram abordados pressupostos os quais presença se faz necessária para que o dever de indenizar seja configurado como uma relação entre o agir (conduta) culposo (dolo ou culpa em sentido estrito) do lesionador, contrário ao direito, e o dano injusto sofrido pela vítima.

A partir de sua conceituação e enquadramento dentro da Responsabilidade Civil restou por óbvio que a obrigação de indenizar só existirá se anteriormente houver a ocorrência de um dano injusto que tenha ocasionado prejuízo à pessoa da vítima.

Na sequência, passou-se a delinear acerca do caráter punitivo da Responsabilidade Civil. Essa temática é de grande relevo em virtude da postura inovadora trazida pelo supramencionado instituto, a qual vem ganhando adeptos não somente nos países servidos pelo sistema conhecido como “Common Law”, mas também, naqueles pertencentes à família da “Civil Law”, pois vem crescendo a ideia de que a indenização não deve apenas reparar o prejuízo experimentado pela vítima, mas, também, educar pedagogicamente o ofensor do bem jurídico e a sociedade que o observa, intimidando ambos do cometimento de práticas delituosas futuras.

A partir da aceitação por grande parte dos juristas do caráter exemplar da responsabilidade civil, deu-se margem à discussão no que concerne ao Instituto do Dano Punitivo, também conhecido pela doutrina nacional como a Teoria do Valor do Desestímulo.

RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra “*responsabilidade*” vem do latim “*respondere*”, que significa responder, que acaba, de certa forma, exprimindo o conceito de “a capacidade de assumir responsabilidade e de a elas se obrigar é um dos traços mais característicos da condição humana (...). Esta responsabilidade tem a ver com a *liberdade* e portanto com a possibilidade de escolher entre o bem e o mal, levando cada homem a assumir de forma consciente a *autoria* do seu agir em todas as suas consequências” (GONZÁLEZ, 2013, pág. 56).

Denota-se que “termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação a qual alguma pessoa, natural ou jurídica deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negocio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar” (VENOSA, 2010, pág. 74).

Dessa forma a responsabilização de ações ou omissões que perturbam o equilíbrio e o direito garantido nas relações dos indivíduos entre si, onerando física, moral ou pecuniariamente os lesados, é tratada no âmbito jurídico, reguladas por normas do Direito Civil como Responsabilidade Civil.

Embora a doutrina não seja uniforme na conceituação da responsabilidade civil, é unânime na afirmação de que este instituto jurídico firma-se no dever de “reparar o dano”, podendo assim definir a Responsabilidade Civil “como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2000, pág. 125).

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

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

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

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

A teoria da Responsabilidade Civil evoluiu, com o intuito de garantir a estabilidade social, de um conceito em que se exigia a existência de culpa para a noção de

responsabilidade civil sem culpa, fundamentada no nosso ordenamento Artigo 927, parágrafo único:

Artigo 927:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

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

RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL

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

Vale salientar que “por qualquer motivo peculiar à instância criminal quanto a condições de imposição de suas sanções, nada impede que em procedimento civil seja condenado a reparar o dano, assim, a sentença condenatória criminal tem influência na ação cível, e a sentença cível nenhuma influência tem na instância criminal, porque esta funciona em órbita consideravelmente mais estreita” (DIAS, 1976, pág. 48).

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

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

“Ao imputar a quem incorre em ilícito a obrigação de indenizar aos prejuízos decorrentes, a lei prestigia a noção de que a vontade é a fonte de todas as obrigações” (COELHO, 2012, pág. 147).

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

Diante da necessidade do dano consumado “a teoria subjetiva ou teoria da culpa continua a fundamentar, como regra geral, a responsabilidade civil, mas, em face das dificuldades inerentes à sua prova, o novo Código adota, diante de previsão legal expressa ou de risco na atividade do agente, a teoria objetiva ou teoria do risco” (DINIZ, 2014, pág. 52).

Sendo assim, “na Responsabilidade Civil Objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade relação entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, que tenha este último agido ou não culposamente”(RODRIGUES, 2000, pág. 147). O sujeito lesado só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do agente, porque sua culpa já é presumida, baseada no ônus da prova, o qual é dispensado ao sujeito lesado do referido ônus.

“A Responsabilidade Civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, o exercício de atividade cria um risco de dano para terceiros, ora encarada como “risco proveito”, que se fundamenta no princípio que é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi ônus*)” (GONÇALVES, 2003, pág. 58).

“Como se verifica na teoria do risco criado, a responsabilidade civil é realmente objetiva, por prescindir de qualquer elemento subjetivo, de qualquer fator anímico; basta a ocorrência do dano ligado causalmente a uma atividade geradora de risco, normalmente exercida pelo agente” (DINIZ, 1993, pág. 114).

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

A responsabilidade civil objetiva está presente no Código Civil que prevê em sua aplicação, como o abuso de direito (art. 187 CC/02), o exercício de atividade de risco ou perigoso (art. 927, parágrafo único, CC/02), os danos causados por produtos (art. 931 CC/02), a responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932 e art. 933 do CC/02), a responsabilidade pelo

fato da coisa ou do animal (art. 936, 937 e 939 do CC/02), a responsabilidade dos incapazes (art. 928 CC/02), dentre outras constantes em outras legislações.

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

RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

O Código Civil Brasileiro entende “que a responsabilidade civil pode surgir de duas formas distintas: pelo descumprimento de uma norma contratual ou pela inobservância de uma imposição da lei. Há, portanto, a responsabilidade civil contratual e extracontratual, esta última também denominada de “Responsabilidade Civil Aquiliana”, face à “Lex Aquilia Damno”, que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual” (DINIZ, 2009, pág. 187).

Sendo que em ambas ocorrem à violação de dever jurídico antecedente, mas a distinção entre as classificações é concebida quando da origem do dever de indenizar, se deriva de um inadimplemento contratual ou de uma violação da ordem legal.

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

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

“Outro elemento de diferenciação poderia ser apontado no tocante à graduação da culpa. Em regra, a responsabilidade, seja extracontratual (art.186), seja contratual (arts. 389 e 392), funda-se na culpa. A obrigação de indenizar, em se tratando de delito, deflui da lei, que vale *erga omnes*” (GONÇALVES, 2003, pág. 257).

PRESSUPOSTOS DA REPARAÇÃO CIVIL

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

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

“O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade, deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgrida um dever” (VENOSA, 2003, pág. 256). E no lugar de o agente praticar um ato que a lei lhe proíba, pode ocorrer também de o agente não ter realizado um ato que a lei lhe exija, ocorrendo assim a omissão (comissiva/omissiva).

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

A lei estabelece alguns casos em que o agente deve suportar conseqüências do fato de terceiro, o qual “o ato ilícito pode ser praticado pelo próprio imputado ou a ação ofensiva pode ser praticada por terceiro que esteja sob a sua esfera jurídica. Se o ato é praticado pelo próprio imputado, a responsabilidade civil classifica-se como direta. Se o ato é praticado por terceiro, ligado ao imputado, sendo que essa ligação deve constar da lei, a responsabilidade é indireta. Assim, há responsabilidade indireta quando alguém é chamado pela lei para responder pelas conseqüências de fato de terceiro, expressão que também se utiliza na responsabilidade pelo fato provocado por animal ou coisa, com o qual o responsável está ligado juridicamente” (DINIZ, 2003, pág. 47).

O elemento subjetivo "culpa" é requisito importante para a caracterização da Responsabilidade Civil Subjetiva, o comportamento agente não visava causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia resultou um dano à pessoa, sendo assim “culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar” (VENOSA, 2003, pág. 196).

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

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

O dever de reparação somente se dará, quando houver o elemento dolo ou a culpa. Para caracterização do dolo a ação e omissão voluntário esta diretamente ligado a vontade de agir ou não do agente, “que antevendo o dano que sua atitude vai causar, deliberadamente

prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso” (RODRIGUES, 2000, pág. 123).

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

Na Responsabilidade Civil Subjetiva o nexo de causalidade é formado pela culpa genérica ou “lato sensu” que inclui o dolo e a culpa estrita (art. 186 C.C.). Na

Responsabilidade Civil Objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco. Vale salientar que são excludentes de responsabilidade “a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou de força maior e, atuando exclusivamente no campo contratual, a cláusula de não indenizar” (RODRIGUES, 2000, pág. 236).

Para que haja reparação necessária se faz comprovar o nexo de causalidade “em sede indenizatória por dano patrimonial e moral, mesmo levando-se em conta a teoria da distribuição do ônus da prova, a cabência desta está ao encargo do autor provar o nexo causal constituidor da obrigação ressarcitória, pois, inexistindo causalidade jurídica, ausente esta a relação de causa e efeito” (CHAHALI, 2002, pág. 124). Há que se verificar a previa existência do dano na esfera jurídica do lesado.

O “dano é qualquer lesão, injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito, incluindo, pois, o de caráter moral” (BITTAR, 2015, pág. 456), sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. “Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano” (MELO, 2011, pág. 258). Neste contexto, o “dano é um pressuposto da Responsabilidade Civil, entendendo-se como tal qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais” (BITTAR, 2015, pág. 41).

O dano extrapatrimonial ou moral configura uma lesão sofrida pelo sujeito, englobando “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no

descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral” (CAHALI, 1999, pág. 254).

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

FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil decore de uma conduta voluntária, violadora de um dever jurídico, onde aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando, por consequência, obrigado a repará-lo.

Assim é caracterizada a função primária da Responsabilidade Civil, a de ressarcir ou reparar os prejuízos da vítima, uma vez “não sendo possível a reparação *in natura* do dano, busca-se ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima ou compensar o seu dano de um equivalente ou sucedâneo pecuniário” (ANDRADE, 2007, pág. 258).

A Responsabilidade Civil funda-se no princípio “*suum cuique tribuere*. Quem causa danos a outrem priva alguém de benefícios a que tinha direito e a mais elementar justiça impõe – lhe o dever de restabelecer as coisas no estado anterior à lesão, com o fim de reintegrar o ofendido na situação patrimonial de que ilegitimamente foi privado” (GONZÁLES, 2013, pág. 321). Restaurando o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano, restabelecendo a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano, podendo afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano.

Ante a mudança social “o “paradigma reparatório”, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não possui resposta jurídica satisfatória” (ANDRADE, 2007, pág. 258).

Diante da ineficaz função de reparação necessário se fez a evolução jurídica, emergindo assim “a noção de uma responsabilidade civil que desempenhe a função prevenção de danos” (ANDRADE, 2007, pág. 24).

Entretanto “o caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio do lesado” (GONÇALVES, 2003, pág. 156).

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

TEORIA DO DESISTIMULO - PUNITIVE DAMAGES

Na busca por atribuir um caráter punitivo mais severo à Responsabilidade Civil, entende-se a importância de redirecionar parte de seu foco para o ofensor, para a conduta ofensiva propriamente dita. Desta maneira, afirma-se que as indenizações punitivas atuam de forma a não deixar impunes as condutas que ofendem gravemente direitos humanos, coletivos e difusos, especialmente nos casos em que é difícil demonstrar a extensão do alcance social e econômico atingido pelo dano.

O Instituto do Dano Punitivo, advém do sistema jurídico do “common law” e pode ser entendido como “um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil” (RESEDÁ, 2009, pág. 456).

“O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização, com o sentido de sancionar condutas específicas reprováveis. Como o próprio nos indica, é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos” (COELHO, 2005, pág. 147).

No Brasil, onde é conhecida como “Teoria do Valor do Desestímulo”, é utilizada no caso de um ato lesivo, provocar danos seja na esfera moral ou material, momento em que terá que apagar uma determinada quantia, pelas práticas ilícitas, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana. É importante salientar que a Teoria do Valor do Desestímulo não se identifica totalmente com o padrão do *punitive damages* utilizado nos Estados Unidos, uma vez que “o âmbito de aplicação dos *punitive damages* é variado, alcançando praticamente todas as áreas da responsabilidade civil” (ANDRADE, 2007, pág. 45).

A aplicação do *punitive damages* restringe-se à indenização por danos extrapatrimoniais ou morais, tendo em vista que o dano moral não pode ser medido pela sua efetiva extensão, e o artigo 944 do Código Civil 2002, versa que a indenização por danos patrimoniais mede-se pela extensão do dano. Possuindo, assim, a indenização a função de caráter compensatório e punitivo, ou seja, “a teoria do valor de desestímulo é um instituto que através da condenação a uma soma milionária, pretende obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e proporcionar um exemplo á sociedade, como meio preventivo e profilático” (DELGADO, 2011, pág. 236).

Assim “a indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A ideia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos de personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, responderia a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico” (ANDRADE, 2007, pág. 458), dando efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e as normas constitucionais que preveem a indenização por danos morais e aos direitos personalíssimos, consolidando as funções de punição e prevenção de danos contra esses direitos. Desta maneira, o conceito *punitive damages* traz uma amplificação ao conceito de responsabilidade civil, atribuindo a esta as funções de prevenção e punição, através de um acréscimo monetário na indenização concedida a vítima do dano, em decorrência da gravidade do ato ilícito e da sua prática frequente.

No ordenamento jurídico, “a lei contempla algumas hipóteses de indenização punitivas. Cabe, por exemplo, na cobrança indevida (CC, arts. 931 e 940; CDC, art. 42, parágrafo único – cap. 22, subitem 7.2), na construção que invade solo alheio se houver má – fé (CC, arts. 1.258, parágrafo único, e 1.259) e nas relações internas do condomínio edilício (CC art. 1.337). Não há, portanto, incompatibilidade entre o direito brasileiro e o instituto” (COELHO, 2012, pág. 29). Vale salientar que, apesar da dificuldade de aplicação do instituto, alguns julgados já vêm aplicando com maestria as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, vejamos o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Tribunal de Justiça da Bahia e o Tribunal de Justiça de São Paulo, proferindo decisões pautadas na teoria do desestímulo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COM PEDIDO LIMINAR. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CESSÃO DE CRÉDITO E EXISTÊNCIA DO DÉBITO NÃO COMPROVADOS. APELAÇÃO DA EMPRESA RÉ. AFASTADA ILEGITIMIDADE PASSIVA. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL PRESUMÍVEL. RELAÇÃO JURÍDICA COMPROVADA. VALOR INDENIZATÓRIO MANTIDO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESESTÍMULO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. A inscrição do nome de qualquer pessoa em cadastro negativo de proteção de crédito, sem lastro em transação comercial ou prestação de serviço, gera reparação in re ipsa, sem necessidade de comprovação do abalo sofrido porquanto este decorre da inscrição ilícita. (AC 20120407380 SC 2012.040738-0 (Acórdão), Relator(a): Saul Steil, Julgamento: 13/08/2012, Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil Julgado).

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE APELAÇÃO.[...] grau de culpa do agente, terceiro ou da vítima (arts. 944 e 955, do CC); aspectos psicológicos dos envolvidos; finalidade da sanção reparatória; emprego dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e a aplicação da teoria do desestímulo; Assim, não merece prosperar o requerimento do Apelante para a redução da verba indenizatória, posto que cotejando os critérios acima enumerados a indenização fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) revela-se adequada às circunstâncias fáticas apuradas na lide; Por fim, não merece prosperar o pedido de redução dos honorários advocatícios, calcado no § 1º, do art. 11, da Lei 1.060 /50, pois, apesar da redação do referido dispositivo, a jurisprudência pátria reconhece a possibilidade de fixação de honorários sucumbenciais superiores a quinze por cento; Ademais, os honorários de vinte por cento, arbitrados pela sentença de piso, importam, tão somente em um mil reais, quantia que se mostra

adequada, nos termos do § 3º, do art. 20, do CPC, à remuneração dos serviços prestados pelos advogados do Autor. RECURSO CONHECIDO E IM- PROVIDO. (Processo: APL 00007484920098050245 BA 0000748-49.2009.8.05.0245, Julgamento: 10/02/2014, Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível, Publicação: 12/02/2014).

RESPONSABILIDADE CIVIL Dano moral Pagamento da fatura de telefone fixo com antecedência devido à greve Ainda assim houve cobrança, cancelamento da linha e negativação do nome da apelada Negligência Inacolhíveis as ponderações e postulações do recurso - Conduta do recorrente traduz a ocorrência de danos morais “in reipsa” - Impossibilidade de fixação do “quantum” em salários mínimos Indenização fixada em R\$ 10.900,00 - Aplicação da teoria do valor do desestímulo para a definição do “quantum” indenizatório Recurso não provido. (TJ- SP - APL: 00081143920098260445 SP 0008114-39.2009.8.26.0445, Relator: Marcia Dalla Déa Barone, Data de Julgamento: 26/03/2014, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/03/2014).

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

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

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

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

Por fim, necessário se faz aludir a existência do projeto de Lei no 276/2007, elaborado pelo deputado Leonardo Alcântara, que altera o artigo 944 do Código Civil de 2002, passando a dispor da seguinte forma:

Art.944 [...]

§ 1o Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização;

§ 2o A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante. (NR) (BRASIL, 2010).

Vale frisar que “dotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos, vem-se cristalizando orientações na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americanos e inglês. É a da fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos punitive ou exemplary damages da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante”(BITTA, 2001, pág. 79).

A doutrina e jurisprudência se divergem no que tange a possibilidade de aplicação do *punitive damages* no direito brasileiro.

O argumento utilizado por aqueles que se posicionam contra a adoção das indenizações punitivas no Brasil, é o de que o instituto constitui uma sanção penal em âmbito

cível, e sendo sanção penal, deveria ter prévia cominação legal, de acordo com o artigo 5^a, inciso XXXIX da Constituição Federal.

Acrescenta-se que “ademais, o próprio sentido que se outorga presentemente à responsabilidade civil não encontra ressonância na esfera do direito penal. O processo indenizatório do dano não nos parece ser um procedimento destinado a punir o infrator, senão a assegurar à vítima um indiscutível direito à reposição do bem perdido. Na esfera do direito penal há inequívoca pretensão da vítima de que o delinquente seja punido em razão da sua atividade antissocial e lesiva aos seus interesses particulares” (REIS, 2003, p. 131).

CONCLUSÃO

Discorreu-se no presente artigo, de forma sintética e objetiva, as diversas características da responsabilidade civil, em uma análise que abrange o seu conceito, bem como as espécies, pressupostos e função.

Conforme exposto, a Responsabilidade Civil encontra respaldo no Código Civil Brasileiro. Por outro lado, após o surgimento da teoria do desestímulo, a mesma passou a ser utilizada por operadores do direito, como forma de parâmetro para aplicação das penalidades.

A teoria do desestímulo foi importada do direito norte americano, tornando-se, atualmente, bastante relevante para o direito brasileiro, uma vez que a teoria está em consonância com os direitos personalidade, buscando-se garantir uma maior efetividade e prevenção ante a responsabilidade civil do causador do dano.

O Poder Judiciário brasileiro, com parcimônia, vem reiteradamente utilizando-se da teoria do desestímulo para fixar o quantum indenizatório das condenações, de modo a desestimular novas condutas. Conforme demonstrado, a mesma possui um caráter preventivo e punitivo, pois a sua maior finalidade é evitar o cometimento de atos lesivos.

Na doutrina contrária a aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro há a alegação de esta caracterizar um enriquecimento ilícito, e que a sanção penal não pode ser aplicada em âmbito civil, sem mencionar o fomento a promoção de milionárias indenizações.

Por fim, denota-se que a teoria do desestímulo deve ser aplicada com cautela e em conjugação de diversos outros critérios ao serem aplicados nos casos especialíssimos em que restar configurar a gravidade da conduta do agente e sua reiteração, com o intuito de efetivar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os direitos personalíssimos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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